



MARILENA MAIONE

## Rapporti tra mediazione obbligatoria e processo civile alla luce della Riforma Cartabia.

La riforma del diritto processuale civile di cui al d.lgs. n. 149/2022 interviene anche sulla normativa speciale della mediazione civile e commerciale. L'autrice analizza le principali modifiche apportate al d.lgs. n. 28/2010 ed i rapporti della mediazione obbligatoria con il processo civile in primo grado, al fine di evidenziare i risvolti applicativi della novella e la tecnica legislativa adoperata.

The reform of the civil procedural law referred to in d.lgs. n. 149/2022 also intervenes on the special legislation of the civil and commercial mediation. The author analyzes the main changes made to the d.lgs. n. 28/2010 and the relationship between compulsory mediation and the civil process at first instance, to highlights the applicative aspects of the reform and the legislative technique used.

Sommario: 1. – Introduzione; 2. – La mediazione obbligatoria; 3. – La mediazione nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo; 4. – La mediazione demandata dal giudice; 5. – La mediazione derivante da clausola (contrattuale o statutaria); 6. – Il patrocinio a spese dello Stato.

### 1. Introduzione

Il 10 ottobre 2022 è entrato in vigore il d.lgs. n. 149, attuativo della legge 26 novembre 2021, n. 206, con la quale il Governo era stato delegato ad adottare misure per l'efficienza del processo civile, nonché «*per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata*». Nell'intento di rimediare ancora una volta all'inefficienza della giustizia civile, il legislatore delegante ha promosso un intervento di riforma che va oltre la mera revisione delle norme del codice del processo civile, individuando principi e criteri direttivi tesi a potenziare per un verso, l'Ufficio per il processo nell'organizzazione dell'amministrazione della giustizia<sup>1</sup>, e per altro verso le forme di risoluzione alternativa della lite, per la loro dichiarata ed auspicata valenza deflattiva, conscio dell'incapacità di una riforma processuale di carattere esclusivamente tecnico – normativo di incidere sulla durata del processo civile, ritendo all'uopo necessarie misure di carattere (anche) ordinamentale ed organizzativo<sup>2</sup>. L'intervento, pertanto, diventa occasione

---

<sup>1</sup> Sul punto si veda il d.lgs. 10.10.2022, n. 151, recante «*Norme sull'ufficio per il processo in attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, e della legge 27 settembre 2021, n. 134*».

<sup>2</sup> Cfr. P. BIAVATI, *La riforma del processo civile: motivazione e limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2022, pp. 45 ss. L'opinione è ampiamente diffusa in dottrina: S. BOCCAGNA, *Il nuovo ufficio del processo e l'efficienza della giustizia, tra buone intenzioni e nodi irrisolti*, in questa *Rivista*, 2021, 261; M. Sciacca, *Pnrr e prime ipotesi di modellizzazione dell'ufficio per il processo*, in [www.foroplus.it](http://www.foroplus.it).

utile per svolgere prime considerazioni intorno alla disciplina, riformata, della mediazione di cui al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28<sup>3</sup>, specie in ordine ai risvolti applicativi della novella e della tecnica legislativa adoperata.

## 2. La mediazione obbligatoria

Nell'ottica di promuovere (il più possibile) il ricorso alla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali nonché di renderla un'alternativa funzionante alla tutela giurisdizionale, l'art. 7 del d.lgs. n. 149/2022 incide sull'intero corpo normativo del d.lgs. n. 28/2010, per un verso, introducendo nuove prescrizioni, e per altro verso modificando talune esistenti. Nello specifico, gli interventi alle prime norme editate, quali gli artt. 2, 3 e 4 del d.lgs. n. 28/2010, paiono formali e di mero coordinamento rispetto a quelli (invece) sostanziali che hanno interessato le norme successive, a cominciare dall'intervento all'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010, completamente riscritto.

La norma, conservando la rubrica «*Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*», conserva anche il monopolio di norma primaria in ordine all'individuazione delle ipotesi in cui la mediazione finalizzata alla conciliazione si profila obbligatoria per specifiche controversie, individuate qui dalla legge.

Nel corpo della disposizione viene abrogato il co. 1 *bis* e la selezione delle controversie, dopo la nota pronuncia costituzionale del 2012<sup>4</sup>, torna nel comma di apertura dell'art. 5, con un intervento, non soltanto sistematico, giacché in applicazione del criterio di delega di cui all'art. 1, co. 4, lett. c), della legge n. 206/2021<sup>5</sup>, l'ambito applicativo della mediazione obbligatoria

---

<sup>3</sup> In dottrina sulla mediazione cfr. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale. Composizione della lite e processo nel d.lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011; M. BOVE, (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Milano, 2011; F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, Bologna, 2011; G.P. CALIFANO, *Procedura della mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2011; Id., *L'ennesima riforma del sistema di mediazione delle controversie civili e commerciali*, in questa Rivista, 2023, pp. 102 ss.; F. CAMPIONE, *Il d.lgs. 149/2022, la Legge di bilancio 2023 e il regime transitorio delle modifiche in tema di mediazione e negoziazione assistita: una brevissima riflessione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); F. LOCATELLI, *Complementarietà tra mediazione e processo nel D.lgs. 149/2022: "l'occasione è difficile che si offra ed è facile che si perda"*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

<sup>4</sup> Cfr. C.Cost., 06.12.2012, n. 272. In dottrina, commenti alla pronuncia sono offerti *ex multis* da F.P. LUISSO, *L'eccesso di delega della mediazione obbligatoria e le incostituzionalità consequenziali – Il Commento*, in *Le Società*, 2013, pp. 76 ss.; I. PAGNI, *Gli spazi e il ruolo della mediazione dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 dicembre 2012, n. 272*, in *Corr. giur.*, 2013, pp. 262 ss.; E. DALMOTTO, *Mediazione ancora obbligatoria, se il contratto o lo statuto la prevedono*, in *Giur. it.*, 2013, pp. 894 ss.; C. BESSI, *La Corte costituzionale e la mediazione*, in *Giur. it.*, 2012, pp. 605 ss.; C. GAMBÀ, *La Corte costituzionale e la mediazione: un «giudice indifferente al conflitto» o una Corte che tace?*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2013, 1, pp. 350 ss.

<sup>5</sup> Così dispone l'art. 1, co. 4, lett. c) della legge n. 206/2021: «*estendere il ricorso obbligatorio alla mediazione, in via preventiva, in materia di contratti di associazione in partecipazione, di consorzio, di franchising, di opera, di rete, di somministrazione, di società di persone e di subfornitura, fermo restando il ricorso alle procedure di risoluzione alternativa delle controversie previsto da leggi speciali e fermo restando che, quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, le parti devono essere necessariamente assistite da un difensore e la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo e che, in ogni caso, lo svolgimento della mediazione non preclude la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della*

*ope legis* viene esteso a domande ulteriori che, per la natura del rapporto sotteso, (pure) si prestano alla composizione guidata e negoziata del conflitto che questo procedimento va realizzando.

Si tratta del contenzioso in materia di contratti di «*associazione in partecipazione, consorzio, franchising, opera, rete, somministrazione, società di persone e subfornitura*», che affianca il contenzioso per il quale la mediazione di cui al d.lgs. n. 28/2010 era già obbligatoria, vale a dire quello «*in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari*».

Al co. 2 dell'art. 5, viene, poi, ribadito che per le controversie individuate, il tentativo obbligatorio di mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziaria, come previsto nell'abrogato co. 1 *bis*, e che l'eventuale improcedibilità della domanda per mancato assolvimento della condizione può essere eccepita dal convenuto o rilevata d'ufficio dal giudice, ma non oltre la prima udienza: viene, dunque, mantenuto il rilievo ufficioso del giudice, in ragione dell'interesse pubblicistico sotteso alla disciplina, ma con il limite temporale preclusivo della prima udienza, senz'altro in ragione delle esigenze deflattive sul processo civile che hanno sospinto il legislatore (prima) alla sua introduzione e (poi) al suo potenziamento<sup>6</sup>. Ma se ciò non accade, parte appellante e il giudice di secondo grado non possono rilevarla, poiché si tratta di un'eccezione non rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo<sup>7</sup>.

Al co. 2, ultimo periodo, viene inoltre aggiunta la disciplina del controllo giudiziale sull'avveramento della condizione, che consta sempre di una udienza in prosecuzione da fissare nel rispetto del termine della mediazione di cui all'art. 6 del d.lgs n. 28/2010, all'esito della quale, «*accerta(ta)*» la mancata realizzazione della condizione, il giudice «*dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziale*».

Col riordino, viene mantenuta ferma la possibilità di ottemperare alla condizione ricorrendo a procedure stragiudiziali alternative, segnatamente indicate ora in un autonomo comma, il terzo, ove di fianco al già previsto procedimento di cui all'art. 128 *bis* del T.U.B., innanzi all'Arbitro Bancario Finanziario (A.B.F.), ed al procedimento di cui all'art. 187.1 del d.lgs. n. 209/2005, per la composizione stragiudiziale delle controversie assicurative, figurano il

---

*domanda giudiziale. In conseguenza di questa estensione rivedere la formulazione del comma 1-bis dell'articolo 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28. Prevedere, altresì, che decorsi cinque anni dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo che estende la mediazione come condizione di procedibilità si proceda a una verifica, alla luce delle risultanze statistiche, dell'opportunità della permanenza della procedura di mediazione come condizione di procedibilità».*

<sup>6</sup> Cfr. C. GAMBA, *La mediazione nel progetto di riforma della commissione Luiso*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2021, pp. 941 ss. In giurisprudenza per la finalità deflattiva si veda la pronuncia C.Cost., 18.04.2019, n. 97.

<sup>7</sup> Si veda C.App., Napoli, sez. II, 12.10.2022, n. 3780.

procedimento di cui all'art. 32 *ter* del d.lgs. n. 58/98, innanzi all'istituto Arbitro per le Controversie Finanziarie (A.C.F.), ed i procedimenti *ex art. 2, co. 24, lett b)*, della legge n. 481/1995, innanzi alle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità. Tale ultima previsione tiene conto dell'evoluzione delle carte dei servizi dei soggetti pubblici o privati, tenuti a predisporre a tutela degli utenti anche procedure di conciliazione, unitamente a quelle di reclamo, per cui si coordina con la modifica apportata all'art. 2 del d.lgs. n. 28/2010, nella parte in cui vengono incluse tra le negoziazioni volontarie e paritetiche le procedure di conciliazione previste (appunto) dalle carte dei servizi, esperibili alternativamente alla procedura di mediazione facoltativa di cui al d.lgs. n. 28/2010.

I successivi commi quarto, quinto e sesto riproducono, in buona sostanza, prescrizioni già presenti nell'originario art. 5, rispettivamente ai commi 2 *bis*, 3 e 4, salvo l'individuazione nel co. 6 di una ulteriore ipotesi in cui l'azione giudiziaria si sottrae alla condizione di procedibilità, qual è l'azione inibitoria regolamentata dall'art. 37 del codice del consumo (d.lgs. n. 206 del 2005).

### **3. La mediazione nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo**

L'art. 7 del d.lgs. n. 149/2022 aggiunge al d.lgs. n. 28/2010 cinque nuove norme, quali gli artt. 5 *bis* a 5 *sexies*, delle quali alcune recano attuazione ai principi e ai criteri direttivi contenuti nella legge delega, altre invece, derivano dal detto riordino sistematico, trattandosi appunto di disposizioni già presenti nella normativa previgente.

Nello specifico, l'art. 5 *bis* dà attuazione al criterio di delega contenuto all'art. 1, co. 4, lett. *d)*, della legge n. 206/2021, che prescrive di individuare, nel corso del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo e con riferimento alle ipotesi di mediazione obbligatoria, la parte onerata a presentare la relativa domanda di mediazione, nonché di definire il regime del decreto ingiuntivo qualora la parte non ottemperi alla condizione di procedibilità<sup>8</sup>.

L'introdotta disposizione prescrive, in breve, che l'onere spetti alla parte che ha proposto ricorso per decreto ingiuntivo, e che il giudice nella prima udienza del giudizio di opposizione, vagliata l'eventuale concessione della provvisoria efficacia esecutiva al decreto ingiuntivo, fissi una nuova udienza per consentire alla parte opposta di ottemperare all'onere processuale, pena l'improcedibilità della domanda e la revoca del decreto ingiuntivo opposto.

Ora, per un verso, risulta di meridiana evidenza come la norma abbia recepito il principio di diritto stabilito in via giurisprudenziale dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione con la sentenza n. 19596 del 18 settembre 2020, secondo cui «*nelle controversie soggette a mediazione obbligatoria ai sensi dell'art. 5, comma 1-bis, del d.lgs. n. 28 del 2010, i cui giudizi*

---

<sup>8</sup> Il criterio di delega così testualmente dispone: «*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*».

vengano introdotti con richiesta di 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»<sup>9</sup>. Ma, per altro verso, il legislatore delegato sembra aver compiuto un passo in avanti rispetto alle conclusioni raggiunte dalle Sezioni Unite, essendosi premurato di dare una coerenza sistematica, sul fronte delle regole processuali, all'annosa *querelle*.

Tralasciando, infatti, gli orientamenti contrapposti che hanno richiesto l'intervento delle Sezioni Unite, queste ultime indubbiamente hanno posto un punto fermo per la corretta individuazione sia della parte onerata a promuovere la procedura stragiudiziale (creditore opposto), sia della sanzione applicabile (revoca del d.i.). Hanno riconosciuto che il d.lgs. n. 28/2010 tiene conto della peculiare struttura processuale del procedimento d'ingiunzione, al punto di far scattare l'onere della mediazione solo dopo il vaglio dei provvedimenti sulla provvisoria esecutività del d.i. opposto<sup>10</sup>. Ed hanno riconosciuto, altresì, che «*le regole processuali ... costituiscono uno strumento finalizzato a permettere alle parti il corretto*

---

<sup>9</sup> Il contrasto interpretativo risolto dalle Sezioni Unite era stato già esaminato dalla III sezione civile della Corte di cassazione, con la sentenza 03.12.2015, n. 24629, che nell'occasione aveva riconosciuto l'onere di proposizione del tentativo obbligatorio di mediazione in capo al debitore opponente per considerazioni legate prevalentemente alla natura deflattiva del procedimento di mediazione, alla peculiare struttura del procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo e ad ulteriori ragioni di opportunità indicate in pronuncia. Successivamente la questione è stata vagliata anche dalla VI sezione con le ordinanze 21.09.2017, n. 22017, e 16.09.2019, n. 23003, adesive all'orientamento della III sezione (sentenza n. 24629/2015). La soluzione, tuttavia, non aveva raccolto consenso unanime soprattutto da parte della giurisprudenza di merito che prospettava, talora, la soluzione opposta di porre l'onere in capo al creditore opposto e, talora, prospettava soluzioni intermedie, che ravvisavano l'onere in capo all'opponente o all'opposto a seconda della provvisoria esecutorietà concessa al decreto ingiuntivo, o ancora in capo all'opponente qualora avesse proposto in sede di opposizione una domanda riconvenzionale (cfr. per la giurisprudenza di merito Trib. Bologna, sez. II, 18.09.2020, n. 1279; Trib. Caltagirone, 02.03.2020, n. 91; Trib. Monza, sez. I, 23.01.2020, n. 77; C.App. Ancona, sez. I, 20.11.2019, n. 1554; Trib. Torino, 22.07.2019, n. 3670; Trib. Napoli, sez. II, 19.07.2019, n. 7358; Trib. Nocera Inferiore, sez. I, 28.03.2019, n. 419; Trib. Milano, sez. VI, 30.01.2019; Trib. Roma, sez. VI, 28.12.2018, n. 24835; Trib. Bari, sez. IV, 11.09.2018, n. 3748; Trib. Rovigo, 09.09.2018; Trib. Napoli Nord, sez. III, 28.06.2018. Cfr. in dottrina E. GABELLINI, *Mediazione nelle cause di opposizione a decreto ingiuntivo: le sezioni unite imputano al creditore-opposto l'onere di attivare la procedura di mediazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2021, pp. 585 ss.; M. CAPUTO, *Onere della mediazione nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Ilprocessocivile.it*, 2020; F. VALERINI, *Opposizione a decreto ingiuntivo: l'onere della mediazione incombe all'opposto*, in *Diritto & Giustizia*, 2020, p. 1; F. ESPOSITO, *Opposizione a decreto ingiuntivo: l'onere di avviare la mediazione grava sul creditore opposto*, in *GiustiziaCivile.com*, 2021; C. CONSOLO, *Mediazione nelle cause di opposizione a decreto ingiuntivo (equo processo, garanzia di difesa versus ovvia breve durata del processo negato)*, in *Corr. giur.*, 2019, pp. 1279 ss.; G. BALENA, *Opposizione a decreto ingiuntivo e mediazione obbligatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, pp. 1287 ss.; D. DALFINO, *Mediazione e opposizione a decreto ingiuntivo: quando la Cassazione non è persuasiva*, in *Foro it.*, 2016, I, pp. 1330 ss.; M. BOVE, *Le condizioni di procedibilità con funzioni di prevenzione: problematiche processuali ed opportunità per la giustizia civile*, in *Il giusto proc. civ.*, 2018, pp. 370 ss.

<sup>10</sup> Come si legge nella relazione illustrativa al d.lgs. n. 28/2010, l'onere qui risulta posticipato in ragione dell'incompatibilità tra l'esigenza di rapidità che caratterizza il procedimento monitorio e l'eventuale fase di opposizione, sino ai provvedimenti di cui agli artt. 648 e 649 c.p.c.

*esercizio del diritto di difesa attraverso la proposizione delle rispettive posizioni»*; diritto di difesa destinato finanche a prevalere nel conflitto col principio di efficienza e ragionevole durata del processo<sup>11</sup>. Tuttavia, nell'individuare le ragioni alla base della soluzione prospettata, sembra che non abbiano guardato in concreto all'applicazione delle regole processuali, non avendo evidenziato nella dovuta prospettiva la natura di condizione di procedibilità del tentativo di mediazione e, dunque, di condizione per l'accesso alla tutela giurisdizionale. Detto diversamente, non hanno evidenziato che si tratta di un presupposto processuale, sanabile con efficacia *ex tunc*, ma la cui mancanza preclude la prosecuzione del giudizio, ciononostante avviato, determinandone la chiusura in rito<sup>12</sup>.

Per cui, già solo da questo punto di vista, l'adozione di una soluzione diversa da quella affermata da ultimo dalle Sezioni Unite come, per esempio, quella di sanzionare il mancato avvio della procedura con l'irrevocabilità, *i.e.* con l'irretrattabilità del decreto opposto, mal si concilia (anche) con le regole processuali, poiché una soluzione di questo tipo determinerebbe la paradossale situazione per la quale l'assenza di una condizione di procedibilità avrebbe l'effetto di stabilizzare un accertamento di merito, piuttosto che di evitarlo<sup>13</sup>.

Si consideri, inoltre, che in ragione della natura unitaria del procedimento monitorio<sup>14</sup>, l'opposizione a decreto ingiuntivo va realizzando il principio del contraddittorio in modalità differita e non una impugnazione del provvedimento d'ingiunzione<sup>15</sup>, per cui il giudice dell'opposizione è investito della cognizione sull'intero rapporto giuridico tra le parti, piuttosto che sul singolo atto. Ragion per cui, dal mancato avveramento della condizione non può non derivare l'improcedibilità della domanda originariamente prodotta nelle forme sommarie, dalla quale consegue, per l'intima connessione sostanziale e processuale, la revoca del decreto ingiuntivo opposto.

La mancata realizzazione della condizione ha, dunque, l'effetto di azzerare l'azione già avviata, facendone derivare una improcedibilità (postuma) della domanda originariamente introdotta

---

<sup>11</sup> Si veda Cass., S.U., 18.09.2020, n. 19596, cit. che sul punto richiamano le sentenze Cass., 28.04.2021, nn. 8240 e 8241, relative al tentativo di conciliazione nell'ambito dei servizi di telefonia promosso in seno al giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo per evidenziare che nonostante la natura deflattiva della disciplina della mediazione, il diritto di difesa deve prevalere sul principio di efficienza e ragionevole durata del processo. Per osservazioni critiche si veda E. Gabellini, *op. cit.*, § 3.2.

<sup>12</sup> Cfr. F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile, V – La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, XI ed., Milano, 2021, p. 82; M. BOVE, *La mediazione delegata*, in *Riv. arb.*, 2018, p. 476; ID., *Le condizioni di procedibilità con funzione di prevenzione: problematiche processuali ed opportunità per la giustizia civile*, cit., p. 372; R. TISCINI, *op. cit.*, p. 177; I. ZINGALES, *La fase della mediazione obbligatoria nel quadro delle garanzie costituzionali*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

<sup>13</sup> E. GABELLINI, *Op. cit.*, § 3.1.

<sup>14</sup> Cfr. Cass., 06.05.2013, n. 10503; Cass., 18.09.2020, n. 19596, cit.

<sup>15</sup> A. RONCO, *Procedimento per decreto ingiuntivo*, in S. CHIARLONI, C. CONSOLO (a cura di), *I procedimenti sommari e speciali*, I, Torino, 2005, p. 76; E. VULLO, *La domanda riconvenzionale. Nel processo ordinario di cognizione*, Milano, 1995, p. 384 ss.; F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile. I modelli del processo di cognizione (ordinaria e sommaria) e di esecuzione*, II ed., Bologna, 2021, p. 435.

nelle forme monitorie, da cui non può non derivare la revoca del provvedimento d'ingiunzione. Da questo punto di vista, risulta altresì naturale ancorare l'onere di ottemperare alla condizione in capo al solo creditore opposto, il quale, al di là della veste formale assunta nel giudizio di opposizione, resta – come noto – l'attore sostanziale della domanda su cui il giudice è chiamato a decidere, in quanto titolare della pretesa giuridica azionata<sup>16</sup>.

Ebbene, di tale profilo non sembra tenere conto la Corte di cassazione, che poggia la condivisibile motivazione della decisione su (altre) ragioni, di ordine testuale, costituzionale e logico-sistematico<sup>17</sup>. Il legislatore delegato, invece, tenuto conto che la giurisprudenza di merito in sede applicativa ha ripetutamente sanzionato il mancato avvio del tentativo obbligatorio di mediazione con l'improcedibilità del giudizio di opposizione e con la "conseguente" revoca del decreto ingiuntivo opposto<sup>18</sup>, nella introdotta disposizione, testualmente precisa che, in caso di mancato assolvimento, il giudice «*dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziale proposta con il ricorso per decreto ingiuntivo, revoca il decreto opposto e provvede sulle spese*», così meglio specificando il richiamato principio di diritto delle Sezioni Unite.

Quindi l'intervento legislativo, da questo punto di vista, non solo legifera il principio di diritto delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, ma rafforza ulteriormente il valore delle regole processuali, sulla scorta delle quali conferisce una maggiore coerenza sistematica alla soluzione affermata dal giudice di legittimità.

#### **4. La mediazione demandata dal giudice**

Restando nell'alveo delle ipotesi in cui il procedimento per mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziaria rilevante appare, altresì, l'intervento di modifica che ha interessato la mediazione demandata dal giudice, già prevista dal previgente co. 2, dell'art. 5, del d.lgs. n. 28/2010, ma ora divenuta oggetto di autonoma norma, con un intervento più incisivo.

Rispetto al modello offerto dall'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010, l'obbligatorietà del tentativo di mediazione qui sopraggiunge in un momento successivo alla proposizione della domanda giudiziaria, su ordine del giudice e con riferimento a controversie non predeterminate *ex lege*, se non in negativo.

---

<sup>16</sup> G. Balena, *I poteri delle parti nel giusto processo di opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Il giusto proc. civ.*, 2020, p. 332. In giurisprudenza cfr. Trib. Firenze, 30.10.2014; Trib. Bologna, 20.01.2015; Trib. Ferrara, 08.09.2016.

<sup>17</sup> Sia consentito sul punto rinviare alle puntuali motivazioni testuali, logico-sistematiche e costituzionali, argomentate dalla Suprema Corte nella richiamata sentenza S.U., 18.09.2020, n. 19596, cit.

<sup>18</sup> Proprio la fattispecie concreta, che ha richiesto l'intervento delle Sezioni Unite, muoveva da una pronuncia del Tribunale, sindacata in appello e poi in cassazione, dichiarativa dell'improcedibilità dell'opposizione. Cfr. Cass., 22.03.2021, 8015; G.d.P. Bari, 29.06.2021, n. 1250; Trib. Savona, 27.09.2018; Trib. Napoli Nord, sez. III, 28.06.2018, cit.

L'introdotta art. 5 *quater*, rubricata appunto «*Mediazione demandata dal giudice*», ottempera all'indicazione direttiva contenuta nell'art. 1, co. 4, lett. o), della legge delega (l. n. 206/2021) nella parte in cui richiede al Governo di incentivare e valorizzare questa forma di mediazione<sup>19</sup>. Il proposito, però, induce da subito a domandarsi se l'intervento di modifica possa avere l'antitetico effetto di disincentivare l'ulteriore strumento giudiziale di composizione alternativa della lite di cui all'art. 185 *bis* c.p.c., ad oggi in disuso ma che con l'ausilio degli addetti all'Ufficio per il processo, potrebbe ricevere (ora) un impulso di impiego maggiore. In ogni caso, per entrambe le ipotesi, traspare la volontà del legislatore di coinvolgere in maniera attiva e proficua gli addetti all'Ufficio per il processo nell'organizzazione giudiziaria e nell'amministrazione della giustizia, in un regime di collaborazione necessaria tra gli Uffici giudiziari, l'avvocatura e gli organismi di mediazione<sup>20</sup>, affiancando il Giudice di esperti che, in un caso, motivino l'opportunità di demandare le parti in mediazione, nell'altro, predispongano essi stessi una bozza di proposta conciliativa per le parti.

L'art. 5 *quater* del d.lgs. n. 28/2010 conferma il previgente ambito applicativo della mediazione obbligatoria *ope iudicis*, essendo demandabile dal giudice sia nel corso del giudizio di primo grado che del giudizio di appello<sup>21</sup>, fino all'udienza di precisazione delle conclusioni; termine ultimo per l'esercizio di tale potere ufficioso, che in ragione dell'intervenuta novella dell'art. 189 c.p.c., sarebbe stato preferibile individuare quanto meno con riferimento alla neo udienza di rimessione della causa in decisione, sì da realizzare il necessario coordinamento tra norme che qualsiasi riforma impone<sup>22</sup>. Certo è che con il passaggio in fase decisoria, l'invito alla mediazione non è più possibile, salvo che la causa retroceda alla fase della trattazione. Quanto ai presupposti di esercizio, il potere del giudice viene ampliato, avendo il legislatore incluso nel novero delle valutazioni determinative, oltre alle già previste, quali la natura della causa, lo stato dell'istruzione ed il comportamento delle parti, la valutazione di «*ogni altra*

---

<sup>19</sup> La delega sul punto così dispone: «o) valorizzare e incentivare la mediazione demandata dal giudice, di cui all'articolo 5, comma 2, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, in un regime di collaborazione necessaria fra gli uffici giudiziari, le università, nel rispetto della loro autonomia, l'avvocatura, gli organismi di mediazione, gli enti e le associazioni professionali e di categoria sul territorio, che consegua stabilmente la formazione degli operatori, il monitoraggio delle esperienze e la tracciabilità dei provvedimenti giudiziari che demandano le parti alla mediazione. Agli stessi fini prevedere l'istituzione di percorsi di formazione in mediazione per i magistrati e la valorizzazione di detta formazione e dei contenziosi definiti a seguito di mediazione o comunque mediante accordi conciliativi, al fine della valutazione della carriera dei magistrati stessi».

<sup>20</sup> C. GAMBA, *La mediazione nel progetto di riforma della commissione Luiso*, cit., pp. 941 ss.

<sup>21</sup> Sulla mediazione demandata nel giudizio di appello si veda il recente contributo di A. PIZZELLA, *Riforma Cartabia e mediazione in appello*, in questa *Rivista*, 2023, pp. 385 ss.

<sup>22</sup> Si veda il neo art. 189 c.p.c., rubricato ora «(r)imessione al collegio», così come riformulato dall'art. 3, contenente «(m)odifiche al codice di procedura civile», co. 13, lett. l), del d.lgs. n. 149/2022, di attuazione della delega al Governo per l'efficienza del processo (e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata) di cui alla legge 26.11.2021, n. 206.



*circostanza»* ritenuta utile. Si tratta di una sorta di clausola di chiusura dovuta altresì all'onere ora previsto per il giudice di motivare con ordinanza la decisione di demandare le parti in mediazione e, dunque, di condizionare a tale onere la procedibilità del giudizio. Si tratta, comunque, di criteri elastici che, «*considerati unitariamente confluiscono in una prognosi di possibile successo della mediazione»*<sup>23</sup>, giustificando il proposito del giudice.

Ora, poiché l'iniziativa giudiziale introduce una condizione di procedibilità alla lite pendente, il neo art. 5 *quater* opera un richiamo testuale all'art. 5, co. 4, relativo all'avveramento della condizione, al co. 5, relativo alla eventuale concessione di provvedimenti urgenti e cautelari nonché alla trascrizione della domanda, ed al co. 6, del d.lgs. n. 28/2010 che, nell'individuare le ipotesi in cui la mediazione finalizzata alla conciliazione non ha l'attitudine a condizionare la domanda giudiziaria, *a contrario* consente di individuare le ipotesi in cui il giudice non possa esercitare tale potere.

Sempre al fine di garantire l'uniformità di disciplina con le altre ipotesi di mediazione obbligatoria, il legislatore al co. 3 dell'art. 5 *quater* prevede la descritta udienza di verifica, all'esito della quale, qualora accerti il mancato esperimento della procedura, il giudice dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziaria.

Orbene, si consideri che per ottemperare alla condizione, la disciplina precedente prevedeva l'assegnazione da parte del magistrato di un «*termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione»*<sup>24</sup>; assegnazione dalla quale sono derivati non pochi contrasti interpretativi in ordine alla sanzione da applicarsi, qualora le parti non avessero adempiuto nel termine prescritto. La giurisprudenza e la dottrina hanno prospettato, invero, soluzioni differenti a seconda della natura perentoria o ordinatoria di volta in volta accordata al termine<sup>25</sup>. Dirimente, anche in questo caso, è stato l'intervento della Corte di cassazione, che con una pronuncia della II sezione civile, la n. 40035 del 14 dicembre 2021, ha chiarito che, «*ai fini della sussistenza della condizione di procedibilità di cui all'art. 5, comma 2, e comma 2bis d.lgs. n. 28/2010, ciò che rileva nei casi di mediazione obbligatoria ope iudicis 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 de-legante con l'ordinanza che dispone la mediazione»*, per cui «*se in quella udienza risulta che vi sia stato*

---

<sup>23</sup> F.P. LUISO, *Diritto processuale civile, V – La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, cit., p. 63.

<sup>24</sup> Si veda l'art. 5, co. 2, d.lgs. n. 28/2010, ante riforma Cartabia.

<sup>25</sup> Per la natura perentoria del termine si veda *ex multis* Cass., 19.09.2013, n. 21468; Cass., 12.01.2010, n. 262; Cass., 05.03.2004, n. 4530. Per la natura ordinatoria del termine si veda Trib. Roma, 13.02.2019, n. 3360; Trib. Monza, 30.12.2017, e Trib. Vasto, 27.09.2017, con nota di M. STELLA, *La natura del termine per dare inizio alla mediazione e le conseguenze del mancato rispetto*, in *Corr. giur.*, 2018, pp. 98 ss. Cfr. A. RONCO, *Rilievi sulla natura del termine per il versamento della cauzione finalizzata a partecipare all'incanto immobiliare*, in *Giur. It.*, 2010, p. 2130.

*il primo incontro ... il giudice non potrà che accertare l'avveramento della condizione di procedibilità e proseguire il giudizio»<sup>26</sup>.*

Ebbene, da una lettura combinata dell'art. 5 *quater*, co. 3, con l'art. 5, co. 4, e con l'art. 6 del d.lgs. n. 28/2010, traspare la volontà del legislatore delegato di risolvere definitivamente il contrasto interpretativo, avendo omesso nella nuova disciplina il riferimento esplicito al termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e legiferato, anche per la fattispecie in esame, un principio di diritto affermato dalla Corte di cassazione che, a bene vedere, nella occasione richiamata, ha ancorato la statuizione di improcedibilità della domanda, non al mancato rispetto del termine a provvedere, quanto all'inutile esperimento della procedura di mediazione e, dunque, alla sua natura di condizione dell'azione<sup>27</sup>. L'art. 5, co. 4, del d.lgs. n. 28/2010, così come novellato, stabilisce, infatti, che quando la mediazione è condizione di procedibilità, la stessa si considera avverata anche se il primo incontro innanzi al mediatore si conclude senza accordo, purché l'incontro si sia realizzato. L'art. 6, pure novellato, relativamente alla durata di tre mesi della mediazione, ne consente ora la proroga di ulteriori tre mesi dalla sua instaurazione, anche nell'ipotesi di mediazione demandata, con l'onere per le parti di notiziare il giudice di tale proroga (art. 6, co. 3, d.lgs. n. 28/2010). Dunque, l'incontro innanzi al mediatore legittima le parti, all'udienza di rinvio fissata dal giudice per la verifica dell'avveramento della condizione, a richiedere un ulteriore rinvio per la prosecuzione e conclusione della mediazione, impedendo che in quella sede il giudice possa dichiarare la improcedibilità della domanda giudiziaria.

*Rebus sic stantibus*, il giudice è tenuto a verificare non solo che il procedimento sia stato utilmente attivato, cioè si sia verificato almeno il primo incontro davanti al mediatore, non potendo l'avvio tardivo del procedimento, vale a dire oltre il termine a provvedere, che pur nel silenzio della norma il giudice continuerà ad assegnare, precludere la prosecuzione del processo, ma che vi sia una intenzione reale delle parti a coltivare la procedura stragiudiziale, attraverso il vaglio d'intenti che dovranno ora manifestare in un accordo scritto, a supporto della richiesta di rinvio della mediazione e ad impedimento della improcedibilità della domanda giudiziaria. Tale ultimo onere va guardato senz'altro con favore, potendo evitare le finalità dilatorie che nella prassi si verificavano tutte le volte in cui la domanda di mediazione veniva presentata a ridosso dell'udienza di prosecuzione, al solo fine di impedire la chiusura in rito del processo e non per un reale intento conciliativo della controversia, a discapito del principio della ragionevole durata del processo.

---

<sup>26</sup> Cass., sez. II, 14.12.2021, n. 40035; cfr. C.App. Firenze, 13.01.2020. In dottrina O. Desiato, *La mediazione ex officio iudicis e la natura ordinatoria del termine assegnato alle parti per l'instaurazione della procedura conciliativa*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), § 2; G.D. GIAGNOTTI, *La mediazione ope iudicis come condizione di procedibilità della domanda*, in *Diritto & Giustizia*, 2021, pp. 11 ss.; M. VACCARI, *La natura del termine per presentare l'istanza di mediazione secondo la Cassazione*, in *Ilprocessocivile.it*, 2022.

<sup>27</sup> Cass., 14.12.2021, n. 40035, cit.

Da questo punto di vista la disciplina derivata sembra, allora, definitivamente risolvere la questione interpretativa evidenziata, sebbene proprio con riferimento ai giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo<sup>28</sup>, l'art. 5 *quater* del d.lgs. n. 28/2010, così come formulato, faccia trasparire (ancora una volta) un vuoto normativo.

Si consideri, infatti, che l'art. 5 *bis* del d.lgs. n. 28/2010 nel coordinare la mediazione obbligatoria con i procedimenti di opposizione a decreto ingiuntivo, in virtù della sua collocazione sistematica (in prosieguo all'art. 5) e del richiamo esplicito al co. 1 dell'art. 5, disciplina la fattispecie con riferimento espresso ai soli casi di mediazione obbligatoria *ope legis*.

È pur vero che, alla luce delle considerazioni svolte, sia ragionevole concludere per una pacifica applicazione analogica dell'art. 5 *bis* anche alle ipotesi di mediazione obbligatoria *ope iudicis* per cui, laddove il procedimento monitorio sia avviato fuori dai casi predeterminati dal co. 1 dell'art. 5 e in sede di opposizione ex artt. 645 o 650 c.p.c. il giudice - valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione, il comportamento delle parti ed ogni altra circostanza - con ordinanza motivata decida di demandare le parti in mediazione ai sensi dell'art. 5 *quater*, si ritiene che il giudicante, introducendo pur sempre di una condizione di procedibilità della domanda, per uniformità di disciplina, sia tenuto a prescrivere l'onere in capo al solo creditore opposto, piuttosto che in capo ad entrambe le parti, pena anche qui l'improcedibilità della domanda originariamente proposta nelle forme sommarie e la revoca del decreto ingiuntivo derivato.

Tuttavia, se si enfatizza la diversa natura delle due condizioni (originaria e sopravvenuta), è altresì vero che quel richiamo testuale al solo co. 1 dell'art. 5, contenuto nell'art. 5 *bis*, unitamente all'assenza di una disposizione analoga nell'art. 5 *quater* del d.lgs. n. 28/2010, possono divenire terreno fertile per una diversa interpretazione normativa, specie da parte di quella dottrina che in più occasioni ha evidenziato che, mentre la mediazione *ope legis* è stata costruita dal legislatore come un presupposto processuale positivo, vale a dire come una condizione che consente al giudice la decisione nel merito della causa, quella *ope iudicis* è stata costruita nella diversa prospettiva del *case management*, cioè del potere del giudice di gestire al meglio la lite e il proprio carico di lavoro, trattandosi, non a caso, di una mediazione delegata a seguito di talune valutazioni determinative. Ne deriverebbe che, mentre nel primo caso il giudice non può non onerare alla mediazione il titolare del diritto affermato in giudizio (*i.e.* parte opposta), nel secondo caso, dipendendo la condizione da valutazioni discrezionali e contingenti circa la mediabilità della lite, nulla esclude che il giudice possa onerare questa

---

<sup>28</sup> Cfr. Trib. Pavia, 26.09.2016, secondo cui sarebbe a discrezione del giudicante scegliere a chi addossare la condizione della mediazione delegata; Trib. Benevento, 18.01.2017; Trib. Bologna, 19.07.2017; Trib. Ferrara, 08.09.2016, cit.; Trib. Firenze, 30.10.2014, cit. In dottrina v. E. GABELLINI, *op. cit.*, § 5.

volta parte opponente o fissare l'onere in capo ad entrambe le parti<sup>29</sup>, con l'auspicio che vi provveda la parte più diligente. Del resto, *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

Certamente l'esperienza prossima potrà fornire indicazioni utili a risolvere (anche) le ulteriori questioni interpretative che la norma lascia al momento irrisolte, specie con riferimento alla mediazione demandata in grado di appello, dove pure si pone il problema di correttamente individuare la parte onerata ad adempiere alla condizione (appellante – appellato), nonché di correttamente ancorare la declaratoria di improcedibilità, in caso di inadempimento, alla domanda di primo grado ovvero a quella di impugnazione, tanto più se si considera che nel primo caso all'avente diritto non sarebbe preclusa la riproposizione della domanda giudiziaria, laddove invece la declaratoria di improcedibilità dell'appello avrebbe l'effetto di stabilizzare la sentenza di primo grado ex art. 358 c.p.c.<sup>30</sup>.

### **5. La mediazione derivante da clausola (contrattuale o statutaria)**

Persiste alla riforma la mediazione che principia da una clausola inserita in un contratto o in uno statuto societario, dunque, da un accordo stipulato prima dell'insorgere della controversia, con la quale le parti si impegnano a ricorrere al procedimento di mediazione di cui al d.lgs. n. 28/2010, in caso di necessità.

Pur senza dimenticare le rispettive funzioni e conseguenze processuali, la clausola di mediazione, per certi aspetti, può essere avvicinata alla clausola compromissoria<sup>31</sup>, cui spesso si accompagna negli statuti societari e nei contratti, integrando le c.d. clausole *multistep*, in virtù delle quali le parti contestualmente si impegnano ad esperire (prima) il procedimento di mediazione e (poi) quello arbitrale per la risoluzione delle controversie<sup>32</sup>.

Essendo espressione del principio dell'autonomia privata, nulla osta nel nostro Ordinamento alla stipula di clausole di questo tipo, che esprimono la volontà dei contraenti di prediligere la via stragiudiziale a quella giudiziale per le controversie di un certo tipo e con le quali, pertanto,

---

<sup>29</sup> Si veda M. BOVE, *La mediazione delegata*, cit., pp. 476 ss.; ID., *Le condizioni di procedibilità con funzione di prevenzione: problematiche processuali ed opportunità per la giustizia civile*, cit., pp. 370 ss.; ID., *Onere della domanda di mediazione nel procedimento per ingiunzione*, cit., § 6. *Contra* v. E. GABELLINI, *Op. ult. cit.*, § 5, la quale evidenza come tale ricostruzione sebbene recepisca il diverso spirito che connota la mediazione obbligatoria e quella delegata, l'identità degli effetti ora riconosciuti dalla legge, in caso di mancato esperimento di entrambi gli oneri, è sintomatica della volontà del legislatore di parificare le due forme di mediazione.

<sup>30</sup> In merito si veda A. PIZZELLA, *Riforma Cartabia e mediazione in appello*, cit., pp. 385 ss.; ID., *La mediazione disposta dal giudice d'appello e le conseguenze della non compliance delle parti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, pp. 1307 ss.; G. BALENA, *Opposizione a decreto ingiuntivo e mediazione obbligatoria*, cit., pp. 1288 ss.; M. BOVE, *Mediazione disposta dal giudice di secondo grado e improcedibilità dell'appello*, in *Società*, 2017, pp. 348 ss.

<sup>31</sup> La clausola compromissoria comporta una deroga alla tutela giurisdizionale, mentre la clausola di mediazione aggiunge una fase preprocessuale al giudizio, senza precludere o rendere estremamente difficoltoso l'accesso alla tutela giurisdizionale. Come rilevato in dottrina, infatti, le due clausole, pur essendo espressioni di ADR, «puntano allo svolgimento di una attività – ad opera del terzo – profondamente diversa» (R. TISCINI, *op. cit.*, p. 173).

<sup>32</sup> F.P. LUISO, *Diritto processuale civile, V – La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, cit., p. 65.

si impegnano reciprocamente a svolgere il tentativo di mediazione, prima di accedere alla tutela giurisdizionale o arbitrale. Si pensi a titolo esemplificativo alla conciliazione ex art. 412 *ter* c.p.c. che trova fondamento negoziale nella contrattazione collettiva per le materie di cui all'art. 409 c.p.c.

La mediazione derivante da clausola non è, dunque, un fenomeno nuovo, che il d.lgs. n. 28/2010 ha provveduto a rendere strumento generale per le controversie civili e commerciali, prendendo però a modello l'esempio offerto per i soli rapporti societari dal d.lgs. n. 5/2003. L'art. 12, co. 4, della legge 3 ottobre 2001, n. 366 aveva delegato il Governo «*a prevedere forme di conciliazione delle controversie civili in materia societaria anche dinanzi ad organismi istituiti da enti privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza e che siano iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della giustizia*»<sup>33</sup>, e il procedimento derivato nel d.lgs. n. 5/2003 (artt. 38 a 40) è presto divenuto il modello di riferimento per la risoluzione stragiudiziale di controversie afferenti anche a settori diversi dal diritto societario<sup>34</sup>, come quelle derivanti da patti di famiglia, ai sensi dell'art. 768 *octies* c.c.<sup>35</sup>, o da contratti *franchising* (affiliazione commerciale), ai sensi dell'art. 7 della legge n. 129/2004<sup>36</sup>.

Relativamente al rapporto con il processo civile, la clausola per la conciliazione societaria, pur sollecitando le parti al tentativo, non conferiva alla procedura carattere obbligatorio e, soprattutto, non era capace di condizionare la procedibilità della successiva azione giudiziale, determinando formalmente l'effetto di sospendere il giudizio in corso: nello specifico, l'art. 40, co. 6, del d.lgs. n. 5/2003 prevedeva che, qualora il tentativo non risultasse esperito, il giudice, su istanza dell'interessato, da proporsi nella prima difesa, disponeva la sospensione del procedimento pendente, fissando un termine, non inferiore a trenta giorni e non superiore a sessanta giorni, per il deposito dell'istanza di conciliazione davanti ad un organismo abilitato ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. n. 5/2003 ovvero al diverso organismo indicato dal contratto o dallo statuto. Ma a ben vedere, sospendendo il giudizio ed assegnando alle parti un termine per provvedere, il giudice adottava provvedimenti in rito per favorirne lo svolgimento<sup>37</sup> e il

---

<sup>33</sup> Una raccolta organica di materiali, testi e documenti che hanno scandito l'iter di riforma del diritto societario è offerto da F. AULETTA, G. LO CASCIO, U. TUMBARI, M. VIETTI, A. ZOPPINI (a cura di), *La riforma del diritto societario. Lavori preparatori. Testi e materiali*, Milano, 2006.

<sup>34</sup> Cfr. M. MARINARO, *La mediazione riformata e le relazioni d'impresa*, in *Le Società*, 2023, p. 360.

<sup>35</sup> L'art. 768 *octies* c.c. è stato abrogato dal d.lgs. n. 28/2010 per aver assorbito l'ipotesi tra i casi di mediazione obbligatoria *ex lege* di cui all'art. 5 del detto decreto.

<sup>36</sup> L'art. 7 della legge n. 129/2004 è stato abrogato dal d.lgs. n. 149/2022 per aver incluso l'ipotesi tra i casi di mediazione obbligatoria *ex lege* di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010.

<sup>37</sup> Cfr. sul punto *contra* R. TISCINI, *op. cit.*, p. 173, secondo la quale, la clausola, «*in assenza di una espressa disciplina che ne agganciasse i contenuti al processo ..., ... non poteva viziare il processo stesso, né il giudice in sua presenza poteva assumere provvedimenti in rito per favorirne l'ottemperanza*». In giurisprudenza si veda Cass., 28.11.2008, n. 28042, secondo cui «*(l)a clausola .... non poteva comportare l'inammissibilità o l'improcedibilità della domanda giudiziale, ma solo un diritto al risarcimento del danno*» e Cass., 13.07.1992, n. 8476.

processo versava (di fatto) in una temporanea improcedibilità, poiché destinato a «*rimane(re) sospeso fino a che non (fossero) decorsi i termini previsti*»<sup>38</sup>.

Gli artt. 38 a 40 del d.lgs. n. 5/2003 sono stati abrogati proprio dal d.lgs. n. 28/2010 (art. 23), che ha in gran parte recepito la normativa offerta per le specifiche controversie in materia societaria, col pregio di meglio disciplinare i rapporti di questa forma di mediazione convenzionale con il processo civile. Si consideri, infatti, che il previgente co. 5 dell'art. 5, nell'assorbire l'ipotesi, sanzionava in maniera esplicita l'inottemperanza con l'improcedibilità (non più temporanea) della domanda giudiziale, adeguando in buona sostanza la lettera della prescrizione normativa con il reale effetto prodotto. Ora, considerato che la clausola di mediazione integra uno di quei «*casi previsti dalla legge*» che consentono ai terzi di giovare degli effetti favorevoli di una pattuizione contrattuale ex art. 1372, co. 2, c.c., può ritenersi, allora, fuor dubbio che il d.lgs. n. 28/2010, rispetto al d.lgs. n. 5/2003, abbia avuto il merito di rafforzare l'effetto della clausola di mediazione sul processo e sul giudice. E proprio il principio di relatività del contratto unitamente al fondamento negoziale di questo tentativo di mediazione, sembra che abbiano indotto il recente legislatore con la riforma in commento a potenziare (anche) la mediazione derivante da clausola, là dove nella lettera della norma (art. 5 *sexies*) conferisce all'espletamento del tentativo stragiudiziale la natura di condizione di procedibilità della eventuale e successiva domanda giudiziaria, ancorando, per l'effetto, la sanzione dell'improcedibilità al mancato assolvimento della condizione, piuttosto che - come previsto dalla disposizione previgente - al mancato rispetto del termine a provvedere assegnato dal giudice.

Tra l'altro, va rilevato che, già nella Relazione illustrativa del d.lgs. n. 28/2010, il legislatore spiegava come l'estensione della condizione di procedibilità a materie diverse trovasse ragione nell'intento di «*garantire alla nuova disciplina una reale spinta deflattiva e contribuire alla diffusione della cultura della risoluzione alternativa delle controversie*»<sup>39</sup>. Per cui, alla luce delle risultanze statistiche del 2020, pubblicate dal Ministero della Giustizia, secondo le quali «*la stragrande maggioranza delle mediazioni viene avviata ... solo nelle materie dove è previsto il primo incontro di mediazione come condizione di procedibilità*», non deve stupire che il legislatore si sia avvalso della medesima tecnica normativa ed abbia esteso l'obbligatorietà del tentativo a controversie ulteriori, relative soprattutto a rapporti di durata<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Cfr. l'art. 332 c.p.c.

<sup>39</sup> R. TISCINI, *op. cit.*, 11.

<sup>40</sup> Cfr. la Relazione di chiusura dei lavori compiuti dalla Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumenti alternativi – presieduta dal prof. F.P. Luiso e nominata con D.M. 12.03.2021 – relativamente alle «(p)roposte in materia di mediazione» (art. 2 disegno di legge delega AS 1662), 22, che per le controversie relative a rapporti di durata «*prevede una consistente crescita del contenzioso a causa delle conseguenze economiche derivanti dalla*

È chiaro, allora, che l'acquisita natura di condizione di procedibilità (anche) del tentativo di mediazione derivante da clausola risponde al proposito generale di valorizzare la pratica dell'autonomia privata conciliativa, assistita da professionisti competenti, per il tramite di forme di mediazione obbligatoria, capaci di condizionare la procedibilità della domanda giudiziaria. Il che rafforza l'idea per la quale le prescrizioni del neo art. 5 *sexies* del d.lgs. n. 28/2010 diano attuazione ai medesimi principi e criteri direttivi che hanno determinato il legislatore, ex art. 1, co. 4, lett. c), della legge delega (l. n. 206/2021), ad ampliare le ipotesi di mediazione obbligatoria *ope legis* di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010. Di qui la scelta discrezionale del legislatore di valorizzare per il tramite di un'autonoma norma un rimedio stragiudiziale in cui l'obbligatorietà del tentativo e la buona riuscita dello stesso dipende proprio dalla volontà degli interessati<sup>41</sup>.

In altri termini, l'art. 5 *sexies* è frutto di un'operazione normativa per la quale il delegato, nel bilanciare l'interesse pubblicistico al deflazionamento del contenzioso civile con l'esigenza, propria dell'autonomia contrattuale, all'autoregolamentazione degli interessi privati, anziché rendere la mediazione preventiva condizione di procedibilità di tutte le azioni in materia civile e commerciale, ha preferito con l'art. 5, co. 1, limitarla a domande selezionate *ex lege* per tipo di controversie, e rimettere in via residuale alle parti ai sensi dell'art. 5 *sexies* la decisione di condizionare la procedibilità di altre domande giudiziarie, per le quali la volontà delle parti svolge un ruolo determinante per la composizione amichevole e, se del caso, per la prosecuzione del rapporto giuridico sotteso.

Del resto, se la stipula di una clausola di mediazione è espressione della volontà dei suoi contraenti di prediligere la via stragiudiziale a quella giudiziale per la risoluzione di una controversia, allora può ammettersi (anche alla luce del richiamato art. 1372 c.c.) che, in casi predeterminati dalla legge, rientri nella disponibilità delle parti non solo subordinare l'eventuale successiva domanda giudiziaria «*alla previa sottoposizione del rapporto controverso ad un terzo*»<sup>42</sup>, ma neanche rinunciare, in un secondo momento, alla via prescelta. Il che è tanto vero che, stando alla lettera del co. 1 dell'art. 5 *sexies*, d.lgs. n. 28/2010,

---

*pandemia*», con la Relazione di chiusura dei lavori compiuti dalla Commissione di studio per l'elaborazione di ipotesi di una organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato – presieduta dal prof. G. Alpa e nominata con D.M. 07.03.2016 – 34 ss., nella parte in cui proponeva l'estensione dell'obbligatorietà della mediazione «*ai rapporti di durata o che comunque comportino relazioni durature tra le parti e ai rapporti societari nelle società di persone, ambiti in cui viene in evidenza la relazione tra le parti che può essere preservata o definita in modo da contemperare i vari interessi ponendo in evidenza come nelle materie societarie le parti perseguono uno scopo comune e hanno tutto l'interesse a risolvere il conflitto endo – societario con un metodo che favorisca la definizione amichevole, assicurando riservatezza e flessibilità di soluzioni*».

<sup>41</sup> Cfr. la Relazione di chiusura dei lavori compiuti dalla Commissione Luiso, cit., pp. 21 ss.; la Relazione tecnica e linee programmatiche del Tavolo sulle procedure stragiudiziali in ambito civile e commerciale, a firma di P. Lucarelli, 27.07.2000, in [www.mondoadr.it](http://www.mondoadr.it); M. MARINARO, *op. cit.*, 359 ss., che ricostruisce il percorso legislativo della mediazione, prestando particolare attenzione alle liti derivanti dalle relazioni d'impresa.

<sup>42</sup> Cfr. Trib. Roma, sez. VIII, 04.11.2017, n. 20690.

l'omissione del tentativo di mediazione è rilevabile solo su eccezione della parte e fino alla prima udienza<sup>43</sup>. La disciplina previgente (art. 5, co. 5, d.lgs. n. 28/2010), con l'inciso «(f)ermo quanto previsto dal comma 1 bis», conservava, in effetti, al giudice il rilievo officioso nelle ipotesi in cui la clausola fosse stata pattuita sopra domande per le quali il tentativo di mediazione aveva *ope legis* carattere obbligatorio. L'art. 5 *sexies*, d.lgs. n. 28/2010, nel disciplinare l'istituto, non conserva questa ipotesi, ma opera un rinvio testuale alle sole prescrizioni di cui ai commi 4, 5 e 6 dell'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010, onde assicurare per quanto possibile una uniformità di disciplina alle diverse ipotesi di mediazione obbligatoria. L'esclusione del rilievo officioso dell'*exceptio* potrebbe (allora) apparire ingiustificata per l'acquisita natura di condizione di procedibilità, ma trova giustificazione proprio nel fondamento qui negoziale della mediazione e, dunque, nel ruolo determinante svolto dalla volontà delle parti, potendo la mancata eccezione della parte valere quale rinuncia alla mediazione preventiva. Nonostante l'acquisita natura di condizione di procedibilità, il rilievo del mancato espletamento del tentativo di mediazione preventiva conserva, quindi, la qualificazione di eccezione in senso stretto che, ove non sollevata dall'interessato, consente al giudice ciononostante di decidere il merito della causa<sup>44</sup>.

## 6. Il patrocinio a spese dello Stato

Da ultimo, appare rilevante l'aggiunta al d.lgs. n. 28/2010 del CAPO II-*bis*, sotto la rubrica «Disposizioni sul patrocinio a spese dello Stato nella mediazione civile e commerciale». L'intervento innovativo, per un verso, reca attuazione allo specifico criterio di delega, contenuto nell'art. 1, co. 4, lett. a) della legge n. 206/2021, riferito (appunto) all'estensione del patrocinio a spese dello Stato in via generalizzata alle procedure di mediazione e di negoziazione assistita, e per altro verso, reca attuazione ad un altro principio giurisprudenziale, affermato questa volta dalla Corte costituzionale, con la recente sentenza del 20 gennaio 2022, n. 10<sup>45</sup>.

Nell'occasione la Consulta era stata adita per vagliare la legittimità costituzionale di alcune norme del Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia (d.P.R. 30.05.2002, n. 115), quali in particolare gli artt. 74, co. 2, 75, co. 1, e 83, co. 2<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> Cfr. l'attuale art. 5 *sexies*, co. 1, con il previgente art. 5, co. 5, del d.lgs. n. 28/2010.

<sup>44</sup> Cfr. R. TISCINI, *op. cit.*, pp. 175-177, nella parte in cui evidenzia come la volontà delle parti nella mediazione convenzionale rilevi non solo per conferire al terzo il potere di gestire il conflitto, «*ma anche perché in mancanza di accordo tra le parti, la procedura conciliativa è destinata a risolversi in nulla di fatto (dando così pienamente spazio alla via giurisdizionale)*».

<sup>45</sup> C.Cost., 20.01.2022, n. 10, cit.

<sup>46</sup> L'art. 74, co. 2, T.U. in materia di spese di giustizia assicura ai non abbienti il beneficio del patrocinio a spese dello Stato facendo riferimento esclusivo al «*processo*». L'art. 75, co. 1, T.U. in materia di spese di giustizia delimita l'ambito di validità dell'ammissione al patrocinio a ogni grado e fase «*del processo e per tutte le eventuali procedure, derivate ed accidentali, comunque connesse*» al processo di cui presuppone l'introduzione. L'art. 83, co. 2, T.U. in materia di spese di giustizia, da



Spiega la Corte costituzionale, che così come formulate, tali disposizioni pregiudicano l'art. 3, co. 1 e co. 2, e l'art. 24, co. 3, della Costituzione, poiché il patrocinio viene escluso proprio laddove il procedimento di mediazione raggiunge l'intento deflattivo, impedendo, a chi versa in una condizione non abbiente, «l'effettività dell'accesso alla giustizia, con conseguente sacrificio del nucleo intangibile del diritto alla tutela giurisdizionale»<sup>47</sup> e *vulnus* al diritto di difesa.

Ancor più nello specifico, la Corte spiega che nei casi di mediazione obbligatoria, trattandosi di un procedimento imposto dalla legge e che «rientra nell'esercizio della funzione giudiziaria giacché condiziona l'esercizio del diritto di azione»<sup>48</sup>, per la necessaria presenza dell'avvocato, privare i non abbienti del patrocinio a spese dello Stato, significa di fatto destinarli ad una asimmetria ingiustificata rispetto agli abbienti. Al Giudice delle leggi è apparso, quindi, irragionevole che la liquidazione del compenso a spese dello Stato sia impedita proprio dall'evento che evita la celebrazione del processo e realizza la finalità deflattiva sottesa al procedimento di mediazione<sup>49</sup>. Per di più il mancato riconoscimento dell'accesso al beneficio potrebbe spingere i non abbienti, piuttosto che a conciliare, ad insistere per la via giudiziale al fine di vedersi riconosciuto in quella sede il patrocinio a spese dello Stato, con l'ulteriore rischio di strumentalizzare la funzione giurisdizionale per il raggiungimento di obiettivi diversi dallo *ius dicere*. Di qui la declaratoria di illegittimità costituzionale degli artt. 74, co. 2, e 75, co. 1, T.U. spese giustizia, «nella parte in cui non prevedono che il patrocinio a spese dello Stato sia applicabile anche all'attività difensiva svolta nell'ambito dei procedimenti di mediazione di cui all'art. 5, co. 1 bis, del d.lgs. n. 28/2010, quando nel corso degli stessi è stato raggiunto un accordo, nonché del successivo art. 83, comma 2, del medesimo testo unico sulle spese di giustizia, nella parte in cui non prevede che, in tali ipotesi, alla liquidazione in favore del difensore provveda l'autorità giudiziaria che sarebbe stata competente a decidere la controversia»<sup>50</sup>.

Sintomatico della necessità di un intervento in materia è che la pronuncia sia stata deliberata lo stesso giorno dell'entrata in vigore della legge n. 206/2021, di cui la Corte costituzionale peraltro tiene conto là dove, in motivazione, rimette al delegato in sede attuativa di valutare

---

ultimo, attribuisce la competenza a liquidare il compenso all'autorità giudiziaria «che ha proceduto», ribadendo l'a necessaria instaurazione del giudizio per la detta liquidazione.

<sup>47</sup> C.Cost., 20.01.2022, n. 10, cit.

<sup>48</sup> C.Cost., 20.01.2022, n. 10, cit.

<sup>49</sup> Cfr. C.Cost., 18.04.2019, n. 97, cit.

<sup>50</sup> C.Cost., 20.01.2022, n. 10, cit. Cfr. M. TROISI, *L'istituto del patrocinio a spese dello Stato quale "spesa costituzionalmente necessaria". Osservazioni a margine della sentenza n. 10 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2022, pp. 148 ss.; M. LUPANO, *La Corte estende il patrocinio a spese dello Stato in mediazione*, in *Giur. cost.*, 2022, p. 141C.; P. SANDULLI, *Mediazione e patrocinio a spese dello Stato (nota a sentenza n. 10 del 20 gennaio 2022 della Corte Costituzionale)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2022, pp. 641 ss.

l'opportunità di introdurre, «*nel rispetto dei suddetti principi costituzionali*», una disciplina più compiuta e specifica per la mediazione di cui al d.lgs. n. 28/2010.

In effetti, già prima dell'intervento costituzionale, all'opinione prevalente che negava l'estensione generalizzata del patrocinio all'assistenza per le attività stragiudiziali, segnali di apertura si erano avuti a seguito di una pronuncia della Corte di cassazione, la n. 24723 del 23 novembre 2011, con la quale il giudice di legittimità, pur esprimendosi negativamente, aveva rilevato che le volte in cui l'attività stragiudiziale si pone in rapporto di strumentalità necessaria con la successiva azione giudiziaria, allora quella attività potrebbe essere qualificata finanche come giudiziale<sup>51</sup>. E proprio in ragione di detta strumentalità, all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. 28/2010, autorevole dottrina aveva già evidenziato la necessità di un coordinamento della disciplina del T.U. delle spese di giustizia, che lega la concessione del beneficio allo svolgimento di attività giurisdizionali, con gli introdotti casi di mediazione obbligatoria<sup>52</sup>.

Può ritenersi, allora, che l'auspicato coordinamento, in linea anche con quanto previsto per le controversie transfrontaliere<sup>53</sup>, sia stato compiuto dal legislatore del 2022, al punto di inserire la previsione e la relativa disciplina, come richiesto dalla Consulta, in un apposito capo del d.lgs. n. 28/2010, piuttosto che nel T.U. delle spese in materia di giustizia. Nella Relazione illustrativa del d.lgs. n. 149/2022, sul punto si motiva che «*la scelta di non inserire la disciplina dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per la mediazione e la negoziazione assistita nel testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia (TUSG) è dovuta al fatto che la procedura ivi prevista mal si concilierebbe con procedimenti semplificati quali quelli di composizione stragiudiziale delle liti e con gli scopi di velocizzazione e semplificazione dei procedimenti civili che il legislatore intende conseguire con la legge delega al d.lgs. n. 28/2010. Il procedimento per l'ammissione del patrocinio gratuito a spese dello Stato descritto nel TUSG si svolge in più fasi di una certa complessità (ammissione in via anticipata e provvisoria da parte del Consiglio dell'ordine degli avvocati, conferma e liquidazione del compenso da parte dell'autorità giudiziaria, recupero delle somme versate dallo Stato dalla parte rimasta soccombente nel giudizio) e prevede infatti il necessario coinvolgimento del giudice, a conclusione della lite, per la conferma definitiva dell'ammissione al beneficio e la liquidazione del compenso, mentre con gli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle liti si intende proprio evitare di adire l'autorità giudiziaria* ». Di qui

---

<sup>51</sup> Cass., 23.11.2011, n. 24723; P. Licci, *La Consulta estende il patrocinio a spese dello Stato anche alla mediazione obbligatoria*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

<sup>52</sup> F.P. Luiso, *Orientamenti giurisprudenziali sul patrocinio a spese dello Stato in materia civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, pp. 623 ss.

<sup>53</sup> La previsione si coordina a quella prevista per le controversie transfrontaliere, dall'art. 10, del d.lgs. 27.05.2005, n. 116, attuativo della direttiva 2003/08/CE, secondo cui il patrocinio a spese dello Stato è esteso anche ai procedimenti stragiudiziali qualora questi siano obbligatori.

l'adozione di una disciplina specifica per le ipotesi in cui il beneficio è richiesto in ragione della necessaria assistenza dell'avvocato nei procedimenti di mediazione obbligatoria di cui al d.lgs. n. 28/2010

Fin qui *nulla quaestio*, se non fosse che l'art. 15 *bis*, che apre il Capo II *bis*, del d.lgs. n. 28/2010, assicura il patrocinio a spese dello Stato alla parte non abbiente soltanto se l'accordo di conciliazione sia raggiunto all'esito di un procedimento di mediazione *ex art.* 5, co. 1, d.lgs. n. 28/2010. La norma sembra quindi limitare l'accesso al beneficio nelle sole ipotesi di mediazione obbligatoria *ex lege*, discostandosi, pertanto, dall'indicazione della legge delega che non ha previsto tale limite applicativo. Viene naturale domandarsi, a questo punto, se si sia trattato di una mera disattenzione del legislatore oppure se la prescrizione, così come formulata, celi un reale intento preclusivo. Certo è che l'esigenza di simmetria tra abbienti e non abbienti si pone in egual misura per tutte le ipotesi in cui la mediazione obbligatoria è preventiva. Detto diversamente, l'esigenza di garantire l'accesso al gratuito patrocinio dei non abbienti si pone non solo per le ipotesi di mediazione obbligatoria *ope legis*, ma anche per le ipotesi di mediazione obbligatoria derivante da clausola (contrattuale o statutaria), in quanto procedimento pure avente l'attitudine di condizionare *ab origine* la domanda giudiziaria ed impedire l'avvio della successiva azione giurisdizionale. Va da sé, che la medesima esigenza non si pone per le ipotesi di mediazione obbligatoria *ope iudicis*, in cui la condizione di procedibilità sopraggiunge su indicazione del giudice, a lite già pendente.

Per evitare *querelle* ulteriori in sede applicativa, allora, sarebbe stato opportuno per il legislatore inserire nell'art. 15 *bis* del d.lgs. n. 28/2010 un richiamo esplicito anche all'art. 5 *sexies*, tanto più se si considera, come evidenziato dalla Consulta nella richiamata pronuncia, che l'assistenza giudiziaria dei non abbienti si colloca nel quadro delle garanzie processuali che la Costituzione ha elevato al rango di diritti inviolabili (art. 24, co. 3, Cost.)<sup>54</sup>, e che si lega al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, ponendo in connessione la titolarità del diritto d'azione con la possibilità concreta di far valere le proprie ragioni in giudizio anche per colui che risulti sprovvisto dei mezzi necessari. Lo Stato, d'altro canto ai sensi dell'art. 3, co. 2, Cost. ha il dovere di assicurare anche a chi non ha i suddetti mezzi di poter agire e difendersi in giudizio, e il processo, ai sensi dell'art. 111 Cost., per essere giusto, deve svolgersi nel contraddittorio tra le parti in condizioni di parità davanti a un giudice terzo ed imparziale.

Per concludere, a chi scrive sembra che l'analisi fin qui svolta consenta di ritenere in breve che gli interventi di modifica alle norme della mediazione civile e commerciale muovono tutti dall'esperienza concreta, monitorata dalle relazioni ministeriali e vagliata in sede giurisprudenziale dalla Corte di cassazione e dalla Corte costituzionale, essendosi premurato il legislatore recente di conferire veste normativa ai principi via via affermati in materia. Il che sembra espressione di quella tendenza, anche per il diritto italiano, di spostare l'asse portante

---

<sup>54</sup> M. TROISI, *op. cit.*, 148 ss.

dell'ordine giuridico dai produttori di leggi agli interpreti, attraverso un ridimensionamento dei tradizionali principi di separazione dei poteri e di stretta legalità, che consente di riconoscere l'importanza del diritto giurisprudenziale nelle attività di produzione ed interpretazione delle leggi (anche) nel nostro sistema ordinamentale.

Marilena Maione

Assegnista di ricerca dell'Università degli Studi di Napoli Federico II