

LE ANFIBOLOGIE DELLA CONSULENZA TECNICA PREVENTIVA (696-BIS C.P.C.) ED IL TENTATIVO OBBLIGATORIO DI MEDIAZIONE (ART. 5 COMMA I D.LGS. 28/2010): NON SI INTERPELLI LA SIBILLA PER CAPIRE SE OCCORRE «MEDIARE PER CHIEDERE DI MEDIARE»

di Giuseppe Buffone

Sommario: 1. Le decisioni. 1.1. Incompatibilità logico-giuridica (Trib. Varese, 21 aprile 2011 in *Foro It.*, 2012, 1). 1.2. Procedimento a carattere urgente (Trib. Pisa, 4 agosto 2011 in *Foro It.*, 2012, 1). 1.3. Procedimento non contenzioso (Trib. Milano, sez. VI civ., 24 aprile 2012 in *www.ilcaso.it*, 2012). 1.4. Procedimento sottoposto alla mediazione obbligatoria (Trib. Siracusa, sez. II civ., 14 giugno 2012 in *www.ilcaso.it*, 2012). 2. Gli Spunti. 2.1. La Ctu preventiva ha natura cautelare (Cass. civ., Sez. Un., 20 giugno 2007 n. 14301 in *Giur. It.*, 2007, 11, 2525). 2.2. La CTU preventiva non introduce una controversia in materia di diritti (in Dottrina: Masoni, v. infra). 3. Le conclusioni. L'ibis redibis e la Sibilla.

1. Le decisioni. L'art. 696-bis cod. proc. civ. introduce, in favore della parte ricorrente, la possibilità di richiedere una “*consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*”. Le anfibologie dell'istituto (collocato nel ventre dei procedimenti di istruzione preventiva a connotazione urgente ma messo in moto da presupposti oggettivi e soggettivi diversi da quelli da cui tipicamente traggono linfa i provvedimenti cautelari) hanno posto agli interpreti un dubbio emerneutico differentemente risolto in giurisprudenza: per le controversie sottoposte alla condizione di procedibilità di cui all'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010, la promozione del giudizio ex art. 696-bis c.p.c. deve essere anticipata dal tentativo obbligatorio di mediazione? Come detto, diverse sono le tesi.

1.1. Incompatibilità logico-giuridica.

Trib. Varese, 21 aprile 2011 in *Foro It.*, 2012, 1.

Questa tesi esclude l'ammissibilità di "un tentativo di mediazione per provare una mediazione": certo, fallito eventualmente il tentativo condotto dal perito, in seno al procedimento ex art. 696-bis c.p.c., comunque, a quel punto, sarebbe necessario ricorrere ai mediatori per realizzare la condizione di procedibilità necessaria per il giudizio finalizzato a risolvere la lite (non necessario, invece, per quello destinato a comporla in modo conciliativo). Secondo questa lettura, la consulenza tecnica preventiva (696-bis c.p.c.) e la mediazione (d.lgs. 28/2010) perseguono la medesima finalità, introducendo entrambi gli istituti un procedimento finalizzato alla composizione bonaria della lite, così da apparire tra loro alternativi e, quindi, apparendo le norme di cui al d.lgs. 28/2010 incompatibili logicamente e, quindi, non applicabili dove la parte proponga una domanda giudiziale per una CTU preventiva.

1.2. Procedimento a carattere Urgente

Trib. Pisa, 4 agosto 2011 in *Foro It.*, 2012, 1

Questa tesi (con ricchezza di motivazioni) esclude la necessità del tentativo di mediazione, prima di una CTU preventiva, in virtù del carattere comunque "urgente" del provvedimento con cui si conclude la procedura, per cui dunque trova applicazione la espressa clausola di esclusione di cui all'art.5, comma 3, d.lgs. 28/2010 (tesi salutata con favore anche da Trib. Varese, sez. I civ., decreto 2 marzo 2012).

1.3. Procedimento a carattere non contenzioso

Trib. Milano, sez. VI civ., 24 aprile 2012 in *www.ilcaso.it*, 2012

Secondo la tesi sposata dal giudice milanese, l'istanza di accertamento tecnico preventivo svolta ex art. 696 bis c.p.c. non richiede il preliminare tentativo di mediazione ex art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010: secondo questa tesi, la condizione di procedibilità deve essere soddisfatta solo nell'ipotesi in cui si debbano introdurre "procedimenti di natura contenziosa e non già ai procedimenti, quale quello di CTU preventiva, con finalità di conciliazione della lite".

1.4. Procedimento sottoposto alla mediazione obbligatoria

Trib. Siracusa, sez. II civ., 14 giugno 2012 in *www.ilcaso.it*, 2012

Secondo la tesi sposata dal giudice siciliano (invero, impreziosita da diversi rilievi, sempre puntuali), la CTU preventiva non ha né carattere urgente, né

cautelare, perseguendo finalità meramente conciliative al fine di far conseguire al ricorrente una prova “in luogo del processo” e non prima del processo o in vista del processo. Ne discende la inapplicabilità della clausola di esclusione riferita a quei tipi di provvedimenti. D’altro canto, sempre secondo questa tesi, il procedimento mantiene comunque carattere “contenzioso” e, dunque, ricade nel fascio operativo dell’art. 5, comma 1, c.p.c.

2. Gli Spunti. Le tesi sin qui esposte, prestano tutte il fianco a delle critiche, là dove si valorizzino gli spunti forniti da altri arresti (però di legittimità) o dal contributo della Dottrina.

2.1. La CTU preventiva ha natura cautelare

Cass. civ., Sez. Un., 20 giugno 2007 n. 14301 in *Giur. It.*, 2007, 11, 2525

Le Sezioni Unite della Suprema Corte, nell’arresto n. 14301 del 2007, hanno avuto modo di affermare che la consulenza tecnica preventiva (di cui all’art. 696 bis c.p.c.), è stata aggiunta (dall’art. 2, comma 3, lett. e bis, D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con L. n. 80 del 2005, a decorrere dal 1° marzo 2006) tra i “procedimenti di istruzione preventiva”, già previsti dal codice di rito, “*per cui non vi è ragione per non ritenere che ne condivide la natura*”. Secondo le Sezioni Unite, pertanto, anche la CTU ex art. 696-bis c.p.c. può essere qualificata come atto d’istruzione preventiva e, come noto, gli atti di istruzione in via anticipata hanno natura cautelare. Dallo sfoglio dei lavori preparatori al codice di rito, infatti, emerge che si ritenne di escludere i provvedimenti d’istruzione preventiva dall’ambito applicativo del procedimento cautelare uniforme, solo perché essi, pur avendo natura cautelare, non sono collegati al giudizio di merito. La natura cautelare dei provvedimenti di istruzione preventiva è, peraltro, confermata dalla collocazione sistematica dell’istituto ed è stata anche affermata dalla Consulta, che ne ha sottolineato la ratio ispiratrice, diretta ad evitare che la durata del processo si risolva in un danno per la parte che dovrebbe vedere riconosciute le proprie ragioni (ex multis: Corte cost., 28 gennaio 2010, n. 26 in *Giur. It.*, 2010, 7, 1647). Aderendo alla tesi della Suprema Corte, dovrebbe essere affermata la “natura cautelare formale” della CTU preventiva e, dunque, dovrebbe concludersi nel senso della piena applicabilità dell’art. 5, comma 3, d.lgs. 28/2010.

2.2. La CTU preventiva non introduce una controversia in materia di diritti
Masoni, *Mediazione e processo: rassegna della prima giurisprudenza edita in Giur. Merito*, 2012, 5, 1085

Il Collegio di legittimità del 2007, già cit., nella sua massima composizione, ha anche precisato che la conciliazione di cui all'art. 696 bis c.p.c. non può essere equiparata, nemmeno sotto il profilo sostanziale ad una sentenza (nel senso che, conservando carattere meramente strumentale ed accessorio, non ha la vocazione a distribuire torti e ragioni, come accade all'esito del procedimento contenzioso di merito). In altri termini, non si tratta di un procedimento che involge, da un punto di vista tecnico, una "controversia" strictu sensu intesa. Ecco perché, secondo la Dottrina, resa "ovvia la constatazione secondo cui l'istituto disciplinato dall'art. 696 bis c.p.c. non introduce, a norma dell'art. 2 del decreto legislativo 28/2010, "una controversia in materia di diritti disponibili" e, dunque, non trova applicazione l'art. 5, comma 1, del medesimo decreto (mediazione obbligatoria). In effetti, l'art. 2, comma 1, del decreto cit. è abbastanza chiaro e preciso nell'individuare i casi in cui la legge trova applicazione: "*chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili*" (sul tema, anche se non viene assunta una posizione sul punto, v. anche Cesaretti M., *Inapplicabilità delle norme di cui al d.lg. n. 28 del 2010 in caso di domanda giudiziale per una c.t.u. preventiva in Giur. merito* 2012, 4, 856).

3. Le Conclusioni. La consulenza tecnica preventiva, pur non avendo "sostanziale" carattere cautelare, conserva una relazione di accessorietà rispetto all'eventuale futuro giudizio di merito, posto che se la conciliazione non riesce, "*ciascuna delle parti può chiedere che la relazione depositata dal consulente sia acquisita agli atti del successivo giudizio di merito*" (art. 696-bis, comma V, c.p.c.). Incidendo, pertanto, sui tempi di definizione dell'eventuale futuro giudizio di merito, se ne deve quantomeno riconoscere il carattere "urgente", in adesione alla collocazione formale dell'istituto nell'ambito dei procedimenti di istruzione preventiva, pur là dove non si voglia attribuire alla CTU preventiva la natura "cautelare formale", proposta dalle Sezioni Unite. Ne discende l'esclusione dell'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010 in ragione della deroga di cui al successivo terzo comma della medesima disposizione.

Comunque, la CTU preventiva non rientra nell'ambito delle controversie di cui all'art. 2 del d.lgs. 28/2010, in quanto il procedimento, conservando

carattere accessorio e strumentale, non è idoneo ad integrare i presupposti oggettivi per l'introduzione di una controversia in senso tecnico-giuridico. Ne discende l'esclusione dell'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/10 in ragione del precedente art. 2.

Abbandonando il terreno strettamente giuridico, per approdare a quello della logica, persiste tuttavia quantomeno un dubbio: ma ha senso richiedere un preliminare tentativo di mediazione al cospetto della domanda del litigante intesa ad ottenere l'intervento di un tecnico, in sede giudiziale, per un tentativo di conciliazione? Occorre cioè mediare per chiedere di mediare? Come noto, nel mondo classico, non era raro rivolgersi ad una Sibilla se i riti e i culti in onore degli dei non conducevano a risposte. C'è da chiedersi se le disposizioni qui discusse siano davvero un «*ibis redibis*» e se, al cospetto di una domanda come quella qui discussa, il responso della Sibilla non sarebbe stato, piuttosto che una risposta sibillina, un profetico sorriso.