

SPUNTI DI RIFLESSIONE SULL'APPLICAZIONE DELLA LEGGE RELATIVA ALLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE

SOMMARIO: 1) INTRODUZIONE

- 2) QUANDO PUO' DIRSI SODDISFATTA LA CONDIZIONE DI PROCEDIBITA'?
- 3) RAPPORTI TRA MEDIAZIONE E CAUSA CIVILE.
- 4) LA MEDIAZIONE E PARTICOLARI ISTITUTI PROCESSUALI.
- 5) PROFILI PROBLEMATICI DELL'ACCORDO DI CONCILIAZIONE.
- 6) A COSA SERVE L'OMOLOGAZIONE DELL'ACCORDO DI CONCILIAZIONE?
- 7) CONSEGUENZE DELL'ACCETTAZIONE, DEL RIFIUTO E DELLA MANCATA CONCILIAZIONE.
- 8) IL PROBLEMA DELLE INDENNITA' DI MEDIAZIONE.
- 9) IL PROBLEMA DELLA RIPETIBILITA' DELLE SPESE.
- 10) CRITERI DI DETERMINAZIONE DELL'IMPORTO MASSIMO DELLE INDENNITA'.
- 11) E' GARANTITA L'INDIPENDENZA DEGLI ORGANISMI DI MEDIAZIONE E DEL MEDIATORE?
- 12) QUALI CRITERI PER L'ISCRIZIONE NEL REGISTRO DEL MINISTERO?
- 13) CONCLUSIONI.

ABSTRACT: La mediazione in materia civile e commerciale non deve essere vista come un'alternativa deteriore al processo civile, poiché, se ben gestita, potrebbe essere una risoluzione extragiudiziale, conveniente e rapida, delle controversie. Dunque un'opportunità da sfruttare.

- 1) INTRODUZIONE

Il decreto legislativo 4 marzo 2010, n° 28, sulla mediazione in materia civile e commerciale, regola il procedimento di composizione stragiudiziale delle controversie, vertenti su diritti disponibili, ad opera delle parti.

La mediazione può essere: a) facoltativa, cioè scelta dalle parti; b) demandata, quando il giudice, a cui le parti si siano già rivolte, invita le stesse a tentare la mediazione; c) obbligatoria, quando per poter procedere davanti al giudice, le parti devono aver tentato, senza successo, la mediazione¹².

L'introduzione della citata legge ha comportato una profonda "rivoluzione culturale", a cui gli operatori del diritto dovranno piano piano abituarsi: la mediazione, infatti, a modesto avviso della scrivente, è destinata ad avere sempre più un ruolo importante, nella gestione del sistema giustizia.

D'ora in poi, bisognerà, infatti, abbandonare l'idea radicata che l'unico soggetto preposto a poter amministrare la giustizia sia il giudice e abbracciare l'idea che il ricorso a questa figura professionale, dovrà essere considerato l'ipotesi estrema, a cui rivolgersi, quando le soluzioni alternative (mediazione, arbitrato) siano fallite.

Senza entrare troppo nel dettaglio, gli aspetti salienti della disciplina D.lgs 28/10 sembrano poter essere individuati nei seguenti.

- 1) Introduzione dell'obbligo, quale condizione di procedibilità dell'eventuale giudizio, del previo esperimento del tentativo di conciliazione stragiudiziale per una vastissima categoria di controversie riguardanti: i diritti reali, la divisione, le successioni ereditarie, i patti di famiglia, la locazione, il comodato, l'affitto di aziende, il risarcimento danni da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità. L'obbligatorietà per le numerosissime controversie in materia di condominio e risarcimento del danno, derivante dalla circolazione di veicoli e natanti è stata differita al marzo 2012, per consentire un graduale avvio della nuova procedura.
- 2) Previsione di una serie di agevolazioni fiscali: tutti gli atti, relativi al procedimento di mediazione, sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni altra spesa. Inoltre il verbale di conciliazione è esente dall'imposta di registro, sino all'importo di €. 50,000; l'imposta è dovuta solo per la parte eccedente detto importo. In caso di successo della mediazione, le parti avranno diritto ad un credito di imposta fino ad un massimo di €. 500,00 per il

1 Informazioni tratte da sito giustizia: <http://www.giustizia.it/it/mg/27521.wp>. Approfondimenti sulla mediazione.

2 Altro tipo di mediazione, esclusa però dal Dlgs 28 /10 è quella definita PARITETICA. Si tratta di una negoziazione svolta direttamente fra due soggetti cui le parti, che di regola non partecipano al procedimento, hanno conferito mandato con rappresentanza. In detta negoziazione è assente l'intervento di un soggetto terzo imparziale indipendente ed equidistante tra le parti.

pagamento delle indennità complessivamente dovute all'organismo di mediazione; in caso di insuccesso, il credito d'imposta è ridotto alla metà. Resta tuttavia l'incertezza sull'importo effettivo del credito, che sarà riconosciuto alla parte, che richiede il beneficio, solo in base alle risorse stanziare, annualmente, dal Ministero dell'economia.³

- 3) Obbligo di informativa: è quella prevista dall'art. 4 comma 3, D.lgs 28/10, che impone a carico dell'avvocato l'obbligo di informare il proprio assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione e di documentare lo svolgimento di tale informativa, pena la nullità del contratto d'opera professionale, che lo stesso abbia stipulato con il proprio cliente.
- 4) L'introduzione, a carico del mediatore, di una serie di obblighi, (es. dovere di riservatezza) e garanzie (es. possibilità di opporre il segreto professionale a fronte dell'intimazione a testimoniare su circostanze apprese in ragione del proprio ufficio).
- 5) Tendenziale equiparazione, quanto all'efficacia giuridica della conciliazione, alla decisione giurisdizionale. All'uopo sono state introdotte delle sanzioni a carico delle parti, che ingiustificatamente non soltanto si sottraggano all'iniziativa della mediazione, ma anche rifiutino le eventuali proposte conciliative, che siano formulate dal mediatore, ove permesso dal regolamento dell'organismo.
- 6) Introduzione di una serie di deroghe al principio della soccombenza, in tema di liquidazione delle spese di giudizio⁴.

Il D.lgs 28/10 presenta, tuttavia, alcuni profili applicativi problematici, su cui tenterò, in queste poche righe, di avviare una riflessione, necessariamente da approfondire in successivi e più specifici dibattiti.

- 2) QUANDO PUO' DIRSI SODDISFATTA LA CONDIZIONE DI PROCEDIBILITA'?

Nella mediazione obbligatoria, occorre chiedersi se, al fine di soddisfare la condizione di procedibilità, sia necessario dimostrare di aver proceduto all'effettivo esperimento del tentativo di mediazione o se sia sufficiente la mera allegazione della domanda, depositata, ai sensi dell'art. 4 e 8 D.lgs 28/10, unitamente al decorso del termine dei quattro mesi, di cui all'art. 6 D.lgs 28/10, anche a prescindere dall'effettivo svolgimento del tentativo⁵.

Sulla scorta dell'art. 6 del citato D.lgs, sembrerebbe che l'impedimento processuale, posto dall'art. 5, I comma, D.lgs 28, venga meno, in ogni caso, una volta decorsi quattro mesi dal deposito della domanda.

Ma quali conseguenze comporta la mancata fissazione dell'incontro di mediazione, entro i quattro mesi?

L'art. 8 stabilisce che l'organismo di mediazione adito debba provvedere alla fissazione dell'incontro di mediazione, entro quindici giorni dalla presentazione della domanda.

Ma entro tale termine (di quindici giorni), l'organismo deve obbligatoriamente anche fissare l'incontro o può solo limitarsi a comunicare il provvedimento di fissazione dell'incontro, ben potendo la riunione svolgersi, anche successivamente?

La soluzione che prevede il solo obbligo da parte dell'organismo di comunicare, entro i quindici giorni, unicamente la data dell'incontro di mediazione, al di là dell'effettivo svolgimento dello stesso, sembra preferibile, in quanto la parte non vedrebbe pregiudicato il proprio diritto di difesa dall'inefficienza dell'organismo, che non dovesse fissare l'incontro entro i quattro mesi.

Diversamente l'obbligo di esperire, effettivamente, l'incontro entro tale data, non sarebbe invece, conforme alla costituzione, in quanto la parte vedrebbe limitato il proprio diritto di agire in giudizio, per una causa (inefficienza dell'organismo), a lei non addebitabile.

3 Disposizioni generali D.LGS 28/10, art. 20, in Guida al diritto, Il Nuovo Codice della Mediazione Civile, aprile 2011, pag. 51 ;

4 21 marzo 2011: per molte liti civili il processo diventa l'ultima carta, in Guida al diritto, Il Nuovo Codice della Mediazione Civile, aprile 2011, pag. 11 ;

5 F. Cuomo Ulloa, La mediazione nel processo civile riformato, Zanichelli, 2011, pag. 128;

Facendo una comparazione con la procedura davanti alla CO.RE.COM, in materia di telecomunicazioni, si sottolinea come il solo trascorrere del termine di 30 giorni, nanti detto organismo, soddisfi comunque la condizione di procedibilità, al di là dell'effettivo esperimento del tentativo di conciliazione.

L'art. 8, I comma, D.lgs 28/10, inoltre, prevede che, pur essendo lasciata alla parte la facoltà di provvedere personalmente all'invio della domanda di mediazione all'altra parte, sia l'organismo, al fine di soddisfare gli effetti processuali e sostanziali della domanda, a dover evadere gli oneri legati alla fissazione dell'incontro e alla nomina del mediatore.

Un'ulteriore conseguenza del mancato esperimento del tentativo di mediazione, entro i quattro mesi, al di là delle conseguenze che l'organismo potrebbe subire, in esito ad eventuali controlli ministeriali, sarebbe anche la perdita del diritto di percepire le indennità, che sono dovute, ai sensi dell'art 16 DM 180/10, non al momento del deposito della domanda di mediazione, ma bensì in occasione dell'incontro di mediazione⁶.

Sicuramente si può ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità nell'ipotesi, in cui l'incontro si svolga prima dei quattro mesi, senza che sia necessario attendere il decorso del termine, previsto dall'art. 6 D.lgs 28.

Occorre, invece, chiedersi se si possa ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità anche prima dei quattro mesi, qualora l'incontro si svolga senza successo o non si svolga affatto, per mancata comparizione di una o entrambe le parti.⁷

E' evidente che in presenza di un verbale negativo di fallita conciliazione, il giudice non potrebbe che ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità, senza imporre ulteriori dilazioni nella prosecuzione della causa⁸.

Nel caso, invece, di mancata comparizione di una o entrambe le parti, nonostante la tempestiva fissazione dell'incontro da parte dell'organismo, ci si deve chiedere se la mancata partecipazione al tentativo impedisca o consenta il maturarsi della condizione di procedibilità e quindi se serva attendere il decorso dei quattro mesi dalla domanda, nel corso dei quali potrà essere eventualmente fissato un nuovo incontro.

La risposta positiva significherebbe uno svuotamento del regime di obbligatorietà e di aggiramento dell'obbligo di mediazione, a vantaggio, però, di una effettiva riduzione non solo dei tempi ma anche dei costi della procedura, in tutti i casi in cui, le parti non abbiano reale intenzione di tentare una conciliazione⁹.

Nel senso di ridimensionare i costi della mediazione, soprattutto nei casi in cui questa è obbligatoria o ancor più quando al procedimento, destinato a concludersi con esito negativo, non partecipa la parte chiamata dall'istante, è il recente DM n° 145 del 6 luglio 2011, che analizzeremo successivamente nel dettaglio.

Ma tornando al nostro discorso si sottolinea come alcuni autori ritengono che sia possibile conferire un riconoscimento di efficacia processuale al comportamento omissivo della parte, consentendo al giudice di ritenere assolta la condizione di procedibilità, anche prima dei quattro mesi, ove dal verbale risulti che, prima di tale termine, si è tenuto un incontro, al quale una delle parti o entrambe le parti non abbiano partecipato¹⁰.

Questa conclusione sembra pacifica nel caso in cui a non comparire sia il convenuto; in tal caso l'attore può immediatamente agire in giudizio, allegando la domanda di mediazione ed il verbale di mancata partecipazione, senza che debba attendere il decorso dei quattro mesi.

Nel caso invece a disertare sia il proponente si dovrebbe ritenere che dalla sua mancata comparizione discenda anche la mancata soddisfazione della condizione di procedibilità.¹¹

Tuttavia, l'adesione a tale ultimo orientamento, comporterebbe una disparità di trattamento tra la

6 F. Cuomo Ulloa, cit, pag. 129;

7 F. Cuomo Ulloa, cit., pag. 130;

8 F. Cuomo Ulloa, cit., pag. 130;

9 F. Cuomo Ulloa, cit., pag. 131;

10 F. Cuomo Ulloa, cit., pag 132;

11 F. Cuomo Ulloa, cit., pag 133;

parte istante e la parte aderente alla mediazione, in palese violazione dell'art. 3 della Costituzione. Invece nel caso di mancata partecipazione di entrambe le parti, occorre chiedersi se la manifestazione bilaterale di disinteresse, rispetto alla mediazione, sia sufficiente a soddisfare la condizione di procedibilità o se l'attore debba comunque attendere i quattro mesi per poter agire in giudizio¹².

L'ultimo comma dell'art. 8 D.lgs, prevede che dalla mancata partecipazione della parte o delle parti al tentativo, senza giustificato motivo, il giudice possa desumerne argomenti di prova nel successivo giudizio, ai sensi dell'art. 116 c.p.c.

Ma sul punto si segnala un'autorevole dottrina che esclude che dal comportamento della parte, che abbia ingiustificatamente rifiutato di partecipare al tentativo di conciliazione, il giudice possa trarre argomenti a sostegno della fondatezza o meno della domanda giudiziale¹³.

L'art 8, V comma, del D.lgs 28, prevede detta sanzione per l'ipotesi che sia il convenuto a non partecipare all'incontro.

Ma parte della dottrina sostiene che, per la sua generica formulazione, detta norma possa essere estesa a tutte le ipotesi di mancata partecipazione, o di entrambe le parti, o anche del solo proponente.

E' vero che la legge prevede che, in caso di insuccesso della mediazione, nel successivo processo, il giudice possa verificare che la scelta dell'organismo non sia stata ragionevole, ad esempio per mancanza di qualsiasi collegamento tra la sede dell'organismo e i fatti della lite ovvero la residenza e il domicilio della controparte.

Ma la sola previsione del criterio temporale, quale criterio per dirimere i conflitti di competenza tra i vari organismi, in caso di elezione di un organismo lontano dalla residenza e/o domicilio di una o entrambe le parti, non esime quest'ultime dall'obbligo di presentazione nanti l'organismo adito.

Allora occorre chiedersi se la lontananza della sede dell'incontro, rispetto alle residenze delle parti, potrà essere considerato motivo sufficiente per giustificare, in sede processuale, la mancata presenza alla riunione, di una o entrambe le parti.

Soprattutto nell'ipotesi di particolare competenza dell'organismo prescelto.

Occorre, inoltre, chiedersi se nel caso di mancata partecipazione il verbale debba necessariamente essere redatto dal mediatore o possa essere predisposto dalla segreteria dell'organismo, cui le parti abbiano comunicato la volontà di non partecipare.

Quest'ultimo dubbio è stato risolto da una circolare del 4 aprile 2011, con cui il Ministero della Giustizia ha dato istruzione agli organismi di conciliazione, sia in merito al regolamento di procedura che in merito ai requisiti dei mediatori.

In particolare Via Arenula ha escluso che la segreteria dell'organismo possa rilasciare una dichiarazione di conclusione del procedimento per mancata adesione della parte invitata, in quanto detta dichiarazione non soddisferebbe la condizione di procedibilità, prevista dall'art 5 del D.lgs 28/10.

La conseguenza è che l'unico soggetto legittimato secondo la legge, a redigere il verbale di esito negativo della mediazione è il mediatore, precedentemente designato, che dovrà essere, comunque, presente alla data fissata per l'incontro e, a cui la parte che, intende munirsi del verbale di mancata partecipazione, dovrà versare le indennità, che, prima del DM 145/11, erano ridotte di 1/3. E, complessivamente, di 2/3, se l'oggetto della mediazione riguardava una delle materie, ove la mediazione è prevista come condizione di procedibilità. Con il DM 145, come vedremo in seguito, i precedenti criteri di determinazione delle indennità sono stati modificati.

Infine, in merito agli effetti sostanziali della domanda di mediazione, il comma 6, dell'art. 5 D.lgs 28, chiarisce che detti effetti maturano dal momento in cui la domanda è comunicata alle altre parti. Da detto momento si producono sulla prescrizione i medesimi effetti, previsti per la domanda giudiziale, (effetto interruttivo permanente) e dal medesimo momento si produce anche l'effetto impeditivo (per una sola volta) della decadenza; il relativo termine ricomincerà a decorrere dalla

12 F. Cuomo Ulloa, cit., pag 133 e 134;

13 G. Finocchiaro, *Dal 2011 si parte con il tentativo obbligatorio*, in Guida Dir., 2010, 12, 67;

data, in cui sarà redatto il verbale di mancato accordo, ex art 11 D.lgs 28, comma 4¹⁴.

In merito alla trascrizione della domanda giudiziale, l'art 5, comma 3, afferma che la mediazione non preclude la trascrizione della domanda giudiziale, che dunque dovrà essere effettuata, nonostante l'esperimento del tentativo di mediazione, nei casi ove sia prevista *ex lege*.

- 3) RAPPORTI TRA MEDIAZIONE E CAUSA CIVILE.

La legge non indica un termine perentorio per instaurare la procedura conciliativa.

Unico parametro è dato dall'art. 5 D.lgs 28/10, che dice che l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale (nelle materie per cui lo è) e che l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza.

Inoltre il tentativo di mediazione ha una durata massima stabilita dalla legge di quattro mesi e non è soggetta a sospensione feriale.

Sulla base della disciplina contenuta nell'art 5, I comma, D.lgs 28/10, il termine di quattro mesi dovrà, dunque, essere trascorso al momento dell'udienza ex 183 c.p.c., potendo lo stesso decorrere anche in pendenza del termine di comparizione: con evidente vantaggio per l'attore, il quale potrà notificare l'atto di citazione anche prima dei quattro mesi, previsti dall'art 6, avendo cura di fissare la prima udienza (scadente), in data successiva.

Questa scelta di portare avanti parallelamente le due procedure comporta, però, la necessità di versare le spese di mediazione, unitamente al versamento del contributo unificato.

Ciò comporta il rischio professionale che se la mediazione riuscisse, l'avvocato avrebbe fatto spendere al proprio cliente dei denari (contributo unificato), che poteva fargli risparmiare, attendendo l'esito (positivo) della mediazione. Mi chiedo se tale condotta non integri una responsabilità professionale dell'avvocato, salvo manleva rilasciata dal proprio assistito.

Il fatto, poi, che la norma non preveda testualmente il differimento della prima udienza, in caso di mancato espletamento del tentativo di mediazione significa che, trascorsi i quattro mesi, il giudice debba e possa fissare la successiva udienza di 184 c.p.c., assegnando a norma dell'art 183 , VII comma, c.p.c., oltre al termine per la presentazione della domanda di mediazione, ai sensi dell'art 5, I comma, D.lgs 28/10, anche i termini previsti dall'art 183, VI comma, c.p.c., i quali dunque potrebbero decorrere, parallelamente, allo svolgimento della mediazione.

Se invece il giudice ritenesse necessario disporre la prosecuzione dell'udienza di 183 c.p.c., il rinvio per espletare le incombenze di tale norma (il 183 c.p.c.) dovrà essere superiore ai quattro mesi, onde consentire anche l'espletamento del tentativo di mediazione¹⁵.

L'art.5, poi, non affronta il problema delle conseguenze del mancato esperimento del tentativo a seguito del differimento di udienza.

Nel silenzio della legge, se la parte non provvede nei quindici giorni ad avviare il procedimento o vi provvede in ritardo, in modo tale da non consentirne la conclusione, entro la nuova udienza fissata dal giudice, ai sensi dell'art. 5, cosa succede al processo?

Nel processo del lavoro, prima della riforma¹⁶, il Giudice, se verificava il mancato tentativo di conciliazione, prima della radicazione della causa, dichiarava improcedibile il processo, a cui seguiva l'estinzione dello stesso.

Nella mediazione ci si deve chiedere se il mancato avveramento della condizione di procedibilità comporti la dichiarazione di estinzione del processo, che dovrebbe essere riavviato *ex novo*, o se il giudice debba ipotizzare soluzioni diverse, disponendo un ulteriore differimento dell'udienza, per il tempo necessario ad avviare e/o completare il procedimento di mediazione¹⁷.

C'è anche una terza tesi, che si fonda sulla previsione contenuta nell'art 6, II Comma, la quale con

14 Disposizioni generali D.LGS 28/10, art. 20, in Guida al diritto, Il Nuovo Codice della Mediazione Civile, aprile 2011, pag. 41;

15 F. Cuomo Ulloa, cit., pag 114;

16 Si veda Collegato al Lavoro 2011;

17 F. Cuomo Ulloa, cit., pag .115;

riferimento alla decorrenza del termine massimo di quattro mesi di durata del tentativo, individua quale *dies a quo*, alternativamente, la data del deposito della domanda o la scadenza del termine di quindici giorni fissato dal giudice per il deposito.

Con ciò sembrerebbe che si possa ritenere che il termine necessario a soddisfare la condizione di procedibilità, decorra utilmente da quel momento, anche a prescindere dall'effettivo avvio della procedura di mediazione.

Dunque, secondo tale tesi il giudice all'udienza successiva, rilevato il decorso del termine dei quattro mesi, decorrente (in assenza di domanda) dal termine che egli stesso aveva fissato per il deposito della stessa, potrebbe normalmente proseguire il giudizio, desumendo dal comportamento delle parti, che hanno omesso di provvedere in tal senso, l'assenza della volontà di conciliare¹⁸. Non si può però escludere che i giudici decidano di seguire l'orientamento più rigoroso, emettendo una sentenza rito di non luogo a procedere, in caso venga disatteso il menzionato invito.

Sembra, dunque, che si possa escludere che, la mancata rilevazione da parte del giudice dell'improcedibilità o la fissazione di un termine inferiore a quello previsto dalla norma, comportino la nullità del procedimento, in assenza di norme che espressamente la prevedano¹⁹.

Infatti l'art 5 configura in capo al giudice il potere di rilevare d'ufficio l'improcedibilità e di differire l'udienza, ma non contempla alcuna conseguenza nel caso di omissione.

Nel caso, invece, sia la parte ad eccepire il mancato esperimento del tentativo e il giudice ometta di fissare la nuova udienza, a norma del I comma, dell'art 5, ci si deve chiedere se detta eventuale nullità possa essere considerata motivo di appello.

In detta ipotesi quali provvedimenti dovrà assumere il Giudice di appello? E' esclusa in radice la possibilità di rimessione al primo giudice ai sensi dell'art. 354 c.p.c., che prevede ipotesi tassative di rimessione. Forse si può ipotizzare che possa essere lo stesso giudice di appello a differire l'udienza di trattazione, ai sensi dell'art. 350 c.p.c., ad almeno quattro mesi di distanza, onde consentire l'esperimento del tentativo di mediazione, inizialmente omesso²⁰.

Anche per il procedimento in Corte di appello a mio avviso, si possono fare le stesse considerazioni svolte per il procedimento di merito, tenuto conto che anche in questa sede, il giudice potrà valutare se formulare l'invito alle parti a ricorrere agli organismi di mediazione, in base allo stato del processo, alla natura della causa e al comportamento della parti.

Infine, attesi i lunghi tempi di rinvio tra un udienza e l'altra, adottati dalle Corti di Appello, si auspica che il Collegio riunirà in un unico rinvio sia l'udienza di trattazione e il differimento per la mediazione.

- 4) LA MEDIAZIONE E PARTICOLARI ISTITUTI PROCESSUALI.

Non è chiaro se la legge sulla mediazione abbia abrogato la vecchia disciplina in materia di telecomunicazioni.

Quindi c'è da chiedersi se, per espletare la condizione di procedibilità, ci si debba rivolgere ai nuovi organismi o ancora al Co.re.com.

Allo stato sembra che il Co.re.com abbia mantenuto le sue vecchie prerogative, anche se si può ritenere che nulla vieti di rivolgersi anche ai nuovi organismi.

Per la materia di lavoro si veda il nuovo collegato al lavoro, che ha sostituito la procedura obbligatoria con una facoltativa e introdotto la disciplina dell'arbitrato.

Inoltre l'art.5 D.lgs 28/10 nulla dice, in ordine, all'operatività dell'obbligo di mediazione, in caso di domande riconvenzionali e chiamate di terzo²¹.

Sembrerebbe che, in caso di domanda riconvenzionale, non sia necessario radicare un nuovo tentativo di mediazione, impregiudicato il potere del giudice di sollecitare la mediazione, nel caso in cui lo ritenga necessario.

18 F. Cuomo Ulloa, cit., pag 118;

19 Cass. n° 23044 del 15 novembre 2005, in *Impresa*, 2006, 149, vedi nota 58, F. Cuomo Ulloa, cit.;

20 F. Cuomo Ulloa, cit. pag. 120,

21 F. Cuomo Ulloa, cit., pag. 124;

Ma nel caso in cui si ritenesse assoggettata all'obbligatorietà anche la domanda riconvenzionale, ci si deve chiedere, entro quale termine il convenuto debba esperire il tentativo: prima di costituirsi in giudizio e comunque prima dell'udienza di 183 c.p.c., o attendere detta udienza, nella quale il giudice, preso atto della domanda riconvenzionale, disporrà il differimento, ai sensi dell'art.5, onde consentire alle parti di effettuare il tentativo di mediazione?²²

In caso di chiamata di terzo sembrerebbe necessario allargare il contraddittorio ai nuovi soggetti chiamati. Come? La legge sul punto nulla dice.

Alcuni autori sostengono che gli organismi di mediazione potranno prevedere nei loro regolamenti modalità di integrazioni del contraddittorio. Più facilmente riuniranno le domande di mediazione connesse.

Ma in assenza di indicazione da parte della legge, non mi pare che, allo stato, gli organismi da me esaminati²³, abbiano previsto la facoltà di estendere il contraddittorio della procedura di mediazione, a terzi.

In merito ai provvedimenti cautelari la legge dispone che lo svolgimento della mediazione non preclude la concessione degli stessi da parte del giudice.

Il tentativo potrà essere iniziato anche successivamente alla richiesta della misura cautelare, che potrà essere concessa anche in pendenza della procedura di mediazione.

Il tentativo di mediazione, dunque, è solo differito e dovrà essere assolto, prima dell'instaurazione dell'eventuale successivo giudizio di merito, o dovrà essere concluso, nell'ipotesi che, fosse già stato radicato il merito.

Nel caso che nessuna parte intenda promuovere il giudizio di merito non vi sarà alcun onere di radicare la procedura di mediazione.

Nel caso invece una parte abbia interesse a promuovere il giudizio di merito, avrà l'onere di promuovere la domanda giudiziale nel termine dei 60 giorni, in ossequio all'art 669 octies c.p.c, dalla pronuncia o dalla comunicazione del provvedimento cautelare, provvedendo al contestuale avvio della procedura conciliativa.

In detta fattispecie spetterà al giudice fissare la successiva udienza, ai sensi dell'art. 5 D.lgs 28/10, nel rispetto della scadenza dei quattro mesi; in tal modo risulterà garantita anche la validità e l'efficacia della misura cautelare, sino all'esito del giudizio²⁴.

Più incerta la questione relativa al rapporto tra il tentativo obbligatorio di mediazione ed il procedimento di consulenza tecnica preventiva, ai fine della composizione della lite, disciplinato dall'art. 696 bis c.p.c.

I due istituti devono essere considerati funzionalmente alternativi l'uno all'altro?

Non è chiaro se si possa applicare anche a questo particolare tipo di procedimento cautelare, la clausola di esonero, prevista dall'art 5, III comma, Dlgs 28/10.

Alcuni autori ritengono che l'accertamento tecnico preventivo sia escluso dal procedimento di mediazione (obbligatorio), in ragione proprio della sua finalità conciliativa, in quanto, se previsto, il tentativo di conciliazione sarebbe comunque un doppione rispetto alla relazione che il consulente dovrebbe depositare, ai sensi dell'art. 696 bis c.p.c..

A ciò si aggiunga che verrebbe pregiudicato il ricorso a questo tipo di procedimento preventivo se la parte sapesse, che in caso di mancata conciliazione dovesse comunque esperire un nuovo tentativo obbligatorio, ai sensi dell'art 5, I comma, D.lgs 28, prima di poter agire in giudizio.

Altri ritengono che si possa prevedere che almeno nelle materie indicate nel I comma, dell'art 5 D.lgs 28, lo spazio applicativo del procedimento 669 bis c.p.c. risulti sostanzialmente annullato, mentre al di fuori delle materie indicate nell'art. 5, la mediazione e il procedimento 669 bis c.p.c. rappresentano una doppia alternativa al giudizio ordinario, che sarà facoltà delle parti scegliere dopo aver verificato quale dei due procedimenti alternativi, sia più adeguato alle loro specifiche

22 F. Cuomo Ulloa, cit., pag. 126 e ss;

23 Regolamento Camera Commercio Genova; Regolamento Ordine Avvocati Genova. Detti regolamenti sono reperibili su internet nei siti dei rispettivi organismi;

24 F. Cuomo Ulloa, cit., pag. 135 e ss;

esigenze conciliative o di strategia giudiziale²⁵.

Per quanto riguarda i procedimenti monitori, l'art. 4, I comma, D.Lgs 28, prevede che la condizione di procedibilità non si applichi, fino alla decisione sulla concessione o sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto. Ciò significa che il tentativo di mediazione dovrà essere avviato nel giudizio di opposizione, dopo la pronuncia dei provvedimenti ex art 642 e 648 c.p.c., dovendo il giudice provvedere in tal senso – qualora la controversia rientri tra quelle indicate nell'art. 5, I comma D.lgs 28, nel corso dell'udienza di 183, dopo aver deciso sulle istanze formulate dalle parti, fissando la successiva udienza (o comunque rinviando l'udienza di trattazione) di almeno quattro mesi, necessari a consentire l'espletamento del tentativo e contestualmente assegnando alle parti il termine per depositare la domanda di mediazione²⁶.

A norma del comma III, dell'art 5, D.lgs 28/10, non sono soggetti all'obbligo del preliminare espletamento del procedimento di mediazione i procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito, di cui all'art 667 c.p.c.

Dunque dopo la pronuncia dei provvedimenti, previsti dagli artt. 665 e 666 cpc, la condizione di procedibilità, torna dunque ad applicarsi.

Il giudice, emanati i provvedimenti previsti dagli artt. 665 e 666 c.p.c., dovrà pronunciare l'ordinanza di mutamento del rito ex art. 426 c.p.c., fissando la successiva udienza ex 420, ad almeno quattro mesi, onde consentire alle parti di procedere alla mediazione, concedendo al contempo i termini per l'eventuale integrazione degli atti introduttivi e delle produzioni documentali²⁷.

Infine, con riferimento ai procedimenti possessori, il I comma dell'art 5 D.lgs 28/10 non si applica sino alla pronuncia dei provvedimenti, di cui all'art. 703 c.p.c., III comma.

La condizione di procedibilità non opera nel caso che nessuna delle parti proponga l'istanza di fissazione dell'udienza 703, IV comma, c.p.c., anche se rimane l'obbligo di esperire il tentativo prima dell'instaurazione dell'eventuale giudizio petitorio, qualora la controversia rientri tra quelle indicate nell'art. 5, I comma D.lgs 28/10.

Invece, la norma non chiarisce se il tentativo debba necessariamente essere proposto, prima, della presentazione dell'istanza di fissazione dell'udienza di 703 c.p.c., IV comma, (che tuttavia per essere tempestiva, deve essere depositata entro 60 giorni dalla comunicazione del provvedimento possessorio) o successivamente, dovendo, in tal caso il giudice differire l'udienza per i quattro mesi necessari a consentire alle parti di effettuare il tentativo di mediazione²⁸.

- 5) PROFILI PROBLEMATICI DELL'ACCORDO DI CONCILIAZIONE.

L'art.1 D.lgs 28/10 distingue tra il verbale di conciliazione e l'accordo.

Da detta distinzione discende, sia la possibilità per le parti della contestuale redazione del verbale e dell'accordo, sia la possibilità che l'accordo sia redatto e concluso, anche prima della redazione del verbale e solo successivamente, allegato al verbale.

L'art 11 D.lgs 28/10 richiede che il verbale di conciliazione sia sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale deve anche certificare l'autografia delle sottoscrizioni.

Nulla dice la norma con riferimento all'accordo, lasciando intendere che lo stesso possa essere sottoscritto dalle sole parti, le quali in tal modo se ne assumono la paternità e la responsabilità²⁹.

Da indagare sono gli ulteriori effetti previsti dall'art. 28 D.lgs 28/10, con particolare riferimento alla possibilità di trascrizione, ai sensi del 2643 c.c., presso i registri immobiliari e alla conseguente idoneità a spiegare effetti nei confronti dei terzi.

Di particolare riguardo è l'ipotesi, in cui con l'accordo le parti concludano uno dei contratti o compiano uno degli atti previsti dal 2643 c.c., che elenca gli atti che devono, necessariamente,

25 F. Cuomo Ulloa, cit., pag. 140 e ss;

26 F. Cuomo Ulloa, 146 e ss;

27 F. Cuomo Ulloa, 151 e ss;

28 F. Cuomo Ulloa, 152 e ss;

29 Cass, Sez. Un, n° 25032, del 28 novembre 2005, in Foro It, 2006, I, 1065;

essere trascritti.³⁰

In questo caso per procedere alla trascrizione dell'accordo, la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale, a ciò autorizzato.

La legge non chiarisce quali siano i pubblici ufficiali, *autorizzati*: allo stato, lo sono, sicuramente i notai.

Ma sarebbe il caso che venissero individuati anche altri pubblici ufficiali, che in alternativa ai notai, notoriamente a volte un po' esosi in fatto di parcelle, possano essere investiti di tale potere.

Ai fini della trascrizione non è sufficiente la mera certificazione che il mediatore appone al verbale di conciliazione, ai sensi dell'art. 11, ma occorre l'intervento di un pubblico ufficiale, il quale però, stando alla lettera della legge, parrebbe chiamato ad autenticare le sottoscrizioni sul verbale e non quelle sull'accordo, che contiene l'atto o il contratto.

In questo caso, essendo il verbale e l'allegato accordo un corpo unico, è sufficiente l'autenticazione delle sottoscrizioni del primo per consentire la trascrizione del secondo?

Nell'ipotesi che l'accordo contenga un trasferimento di beni immobili, non sembra sufficiente l'autenticazione da parte del notaio delle sottoscrizioni in calce al verbale; ma sembra necessario che lo stesso intervenga sull'accordo, sia per provvedere all'autentica delle sottoscrizioni, ai sensi del 2703 c.c sia per compiere le attività per conseguire il risultato voluto dalle parti³¹.

Una soluzione potrebbe essere redigere l'accordo davanti al notaio con scrittura privata o atto pubblico e poi allegarlo al verbale, che verrà redatto dal mediatore e da questo sottoscritto insieme alle parti.

Si ricorda che la procedura di mediazione vale unicamente ad aggiungere agli effetti contrattuali contenuti nell'accordo quelli esecutivi, eccezionalmente riconosciuti dal D.lgs 28/10, dunque gli eventuali vizi dell'accordo costituiranno normali motivi di invalidità, rilevabili secondo le normali regole codicistiche e processualistiche.

Infine, dovendosi ritenere coperta da pubblica fede la certificazione dell'autografia delle sottoscrizioni delle parti, operata dal mediatore, ci si deve chiedere se il verbale del mediatore abbia valore di pubblica fede. In caso di risposta positiva, se e come sia impugnabile.

Inoltre se abbia contenuto confessorio, ciò che la parte potrebbe verbalizzare, durante la mediazione, al di là della previsione di inutilizzabilità nel processo avente il medesimo oggetto, ma non in uno diverso, anche se connesso, stabilita dall'art.10 D.lgs 28/10.

Si ricorda che l'art 3 prevede l'obbligo per gli organismi di mediazione, di stabilire nei rispettivi regolamenti regole idonee a garantire la riservatezza della procedura.

Dovere di riservatezza che non dovrebbe riguardare solo coloro "che prestano la loro opera o il proprio servizio nell'organismo o nell'ambito del procedimento di mediazione", ma anche le parti.

Altro problema è l'ammissibilità o meno dell'interrogatorio formale del mediatore in una futura causa tra le stesse parti.

Se l'inammissibilità potrebbe discendere dalla generale previsione di inutilizzabilità delle informazioni di cui, al I comma, art.11 D.lgs 28/10, è altrettanto vero, che il mancato richiamo a tale mezzo di prova, nella seconda parte della norma, potrebbe suggerire la soluzione opposta³².

- 6) A COSA SERVE L'OMOLOGAZIONE DELL'ACCORDO DI CONCILIAZIONE?

Ai sensi dell'art 12 D.lgs 28/10 e art 8, II comma, DM 180/10, il verbale di raggiunta conciliazione contenente l'accordo, potrà essere richiesto dalla parte per essere depositato ai fini dell'omologazione.

Il verbale è omologato mediante istanza con decreto del Presidente del Tribunale, nel cui circondario ha avuto luogo la conciliazione e costituisce titolo esecutivo per espropriazione forzata, per esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale³³.

Il primo problema che si ci deve porre è quale sia il Tribunale competente a rilasciare l'omologa, se

30 F. Cuomo Ulloa, cit., pag. 250 e ss;

31 F. Cuomo Ulloa, cit., pag. 251 e ss;

32 F. Cuomo Ulloa, cit., pag. 239 e ss;

33 F. Cuomo Ulloa, cit., pag. 257 e ss;

il verbale è stato redatto in una sede secondaria dell'organismo di mediazione.

Sarà competente il Tribunale del circondario della sede principale (legale) dell'organismo o quello ove le parti materialmente si sono accordate, che, in caso di sede secondaria, potrebbe essere una sede diversa dalla sede legale dell'organismo?

Il verbale di conciliazione omologato, poi, equivale ad una sentenza.

Pertanto il Presidente del Tribunale dovrà verificare la regolarità formale del verbale e la non contrarietà a norme di ordine pubblico e imperative, dovendo quindi rifiutare l'omologazione qualora ravvisi l'esistenza di siffatta contrarietà³⁴.

Sembrerebbe, dunque, che la valutazione del Tribunale non si limiti ad una sola valutazione formale, ma entri anche nel merito del provvedimento, con il rischio che detta ulteriore valutazione sostanziale violi il principio del contraddittorio.

Atteso che l'oggetto della mediazione possono essere solo diritti disponibili, ai sensi dell'art. 12 D.lgs 28/10, il giudice nel procedimento di omologazione sembra che debba e possa rilevare anche d'ufficio la natura non disponibile dei diritti controversi, anche se la soluzione più ovvia sarebbe quella che fosse direttamente il mediatore a declinare l'incarico, ove ritenga che la lite riguardi diritti non disponibili.

Ma in relazione al rapporto del mediatore con l'organismo, forse potrebbe essere meno problematica la soluzione che, fosse direttamente l'organismo a vagliare, preventivamente, l'oggetto delle istanze, filtrando le richieste, aventi ad oggetto diritti indisponibili.

Inoltre in caso di rifiuto dell'omologazione che efficacia si deve attribuire al verbale di conciliazione? Nullo, ai sensi dell'art.1418, I comma, c.c. Devo e come devo impugnare detto rifiuto? Inoltre. Qual è l'organo giurisdizionale competente, a cui poter sottoporre la richiesta di verifica della legittimità o meno del rifiuto?

La soluzione più condivisa è quella che, assimilando il procedimento di omologazione a quello di delibazione, ritiene si possano utilizzare anche per la mediazione le regole proprie del procedimento di delibazione.

Naturalmente l'omologazione non è prescritta *ex lege*, quando l'accordo ha valore di semplice scrittura privata tra le parti istanti e aderenti, che potranno riservarsene la richiesta per eventuali necessità future.

Inoltre il provvedimento del Trib. che concede l'*exequatur*, non impedisce eventuali future impugnazioni volte a far dichiarare la nullità dell'accordo e non preclude l'opposizione all'esecuzione avverso a titolo, asseritamente nullo³⁵.

- 7) CONSEGUENZE DELL'ACCETTAZIONE, DEL RIFIUTO E DELLA MANCATA CONCILIAZIONE.

Ai sensi dell'art 11, in caso di mancato accordo, su istanza congiunta delle parti o su determinazione del conciliatore, che potrebbe essere anche una persona diversa da quello che ha condotto la mediazione nella fase preliminare, formula una proposta, rispetto alla quale ciascuna parte indica la propria definitiva posizione.

Lo stesso articolo prevede che le parti abbiano un termine di sette giorni per decidere se accettare o meno.

Non è chiaro quali siano le conseguenze in cui: 1) la parte o le parti accettino tardivamente; 2) la parte inizialmente rifiuti e poi accetti; 3) la parte accetta e poi non si presenta all'incontro³⁶.

Nel primo caso sembrerebbe che si debba consentire alle parti di raggiungere l'accordo, salva la possibilità, che una volta scaduto il termine di sette giorni, la parte che abbia manifestato la sua adesione sia libera di ritirarla. Lo stesso vale per il secondo caso.

Nel terzo caso, adesione della parte e mancata presentazione all'incontro, occorre chiedersi se l'accordo possa considerarsi concluso e quale debba essere il contenuto del verbale redatto dal mediatore.

34 F. Cuomo Ulloa, cit., pag. 258 e ss;

35 F. Cuomo Ulloa, cit., pag. 259 e ss;

36 F. Cuomo Ulloa, cit., pag. 254 e ss;

Semberebbe che il mediatore si debba limitare nel verbale a dare atto sia dell'avvenuta comunicazione dell'adesione alla proposta, sia della mancata comparizione della parte.

Nel caso invece le parti abbiano rifiutato la proposta o non abbiano manifestato la propria adesione nel termine, il mediatore redigerà un verbale di mancata conciliazione.

Un verbale di mancata conciliazione dovrà essere redatto anche in tutti i casi in cui la mediazione sia fallita, senza che il mediatore abbia formulato la proposta³⁷.

Ci si deve chiedere altresì se questi verbali siano impugnabili e come. Radicando una causa di accertamento?

Di notevole interesse è la norma inserita anche nel codice etico della Union Camere che impone al mediatore al quale sia richiesto dalle parti di formulare una proposta conciliativa *di verificare con estrema attenzione l'esistenza di elementi sufficienti alla definizione della stessa*, anche se il mediatore non potrà esimersi dalla proposta, qualora vi sia richiesta concorde delle parti, adducendo la carenza di elementi sufficienti. Il mediatore potrà far presente la necessità di acquisire ulteriori informazioni per poter utilmente procedere. Viceversa mi chiedo se si potrà impugnare la proposta fatta su iniziativa del mediatore che, manchi di elementi sufficienti³⁸.

- 8) IL PROBLEMA DELLE INDENNITA' DI MEDIAZIONE.

L'importo delle spese dovute agli organismi pubblici è indicato nella tabella A del decreto ministeriale n° 180/2010.

Passando ad analizzare la menzionata tabella è doveroso sottolineare alcune criticità: si nota come la legge non abbia previsto un importo minimo delle indennità, lasciando ai singoli organismi libertà di scelta nella determinazione dell'importo minimo.

Sul punto è intervenuta una recente modifica, introdotta dal DM 145/ 2011, che consente anche agli organismi costituiti da enti pubblici, la derogabilità dei minimi tabellari.

L'organismo dell'ordine avvocati di Ge, nel proprio regolamento (art 13), prevede che si considerano importi minimi quelli dovuti come massimi per il valore della lite, ricompreso nello scaglione immediatamente precedente a quello effettivamente applicabile. Ma nulla dice, allo stato, in merito al primo scaglione della tabella. Con la novella introdotta dal DM 145 si auspica una integrazione sul punto.

Non è stato individuato, poi, il criterio di calcolo e le modalità di ripartizione tra le parti dell'indennità, né sono state stabilite le indennità degli esperti, di cui il mediatore potrebbe avvalersi, nella procedura conciliativa. La soluzione che più facilmente verrà impiegata sarà quella dell'adozione delle tariffe utilizzate per la liquidazione degli ausiliari del giudice.

Non vi è traccia di criteri per l'approvazione delle tabelle delle indennità proposte dagli organismi, costituiti da enti privati,³⁹ che hanno un loro tariffario, diverso da quello degli organismi pubblici. Detto tariffario è, comunque, sempre approvato dal Ministero della Giustizia.

Non vi è traccia dei criteri delle maggiorazioni massime delle indennità dovute. Li stabiliranno i decreti di attuazione, di prossima emanazione? Per intanto dobbiamo prendere per buono, quanto stabilito dall'art. 16 D.lgs 28/10 e dall'art 5 del D.M 145/11, che stabiliscono i criteri di determinazione degli importi massimi delle spese di mediazione per ciascun scaglione di riferimento.

In ordine alla prescritta riduzione delle indennità, il DM 145 del 6 luglio 2011 ha stabilito che in caso di mancata partecipazione la parte istante dovrà corrispondere all'organismo di mediazione un importo di €. 40,00, oltre IVA, qualora il valore della controversia sia inferiore a mille euro, ovvero di €. 50,00, oltre IVA, qualora il valore della controversia ecceda i mille euro.

Questa modifica riduce drasticamente i previsti introiti per gli organismi di mediazione, in quanto

37 F. Cuomo Ulloa, cit., pag. 255 e ss;

38 Unioncamere determinante per il Regolamento Unico, in Guida al diritto, Mediazione Civile, inserto 3, numero 13 del 26 marzo 2011, pag. 9;

39 In vista della svolta del 21 marzo 2011 occhi puntati sui ricorsi presentati al TAR, in Guida al diritto, Mediazione Civile, inserto 3, numero 13 del 26 marzo 2011, pag. 4;

prima del DM 145/11 la mancata partecipazione comportava soltanto la riduzione di un terzo delle spese di mediazione, secondo i diversi scaglioni, quindi in base al valore della controversia (a questa riduzione si sommava quella di un ulteriore quota di un terzo, qualora ci si fosse trovati nel campo della mediazione obbligatoria).

Ulteriore problema è la mancata previsione di una tabella di valore indeterminato.

Il DM 145 del 6 luglio 2011 ha affrontato il problema, stabilendo che quando il valore della controversia sia indeterminato o indeterminabile o vi sia tra le parti una notevole divergenza sulla stima, sarà l'organismo a decidere il valore di riferimento, ma sino al valore di €. 250mila, mentre se all'esito del procedimento, il valore risultasse diverso, l'importo dell'indennità sarà dovuto secondo il corrispondente valore di riferimento.

In precedenza era comunque l'organismo a decidere il valore, ma non era posto alcun limite.

L'organismo dell'ordine avvocati di Ge, nel proprio regolamento (art 13), prevede che ove il valore risulti indeterminato, indeterminabile o vi sia una notevole divergenza sulla stima sia lo stesso organismo ad individuare lo scaglione da utilizzare e a comunicarlo alle parti. Ci si chiede se ciò sia legittimo, senza la previsione dell'utilizzo dello scaglione più basso, in caso di contestazione motivata da parte degli utenti del servizio di mediazione, sulla scelta operata dall'organismo.

Altro problema che merita un approfondimento, è l'individuazione della tariffa forense applicabile, nel caso di assistenza alla parte di un difensore di fiducia, nella procedura di mediazione.

Infine è bene sottolineare come la mediazione sia completamente gratuita per i soggetti che nel processo beneficiano del gratuito patrocinio. In tal caso all'organismo non è dovuta alcuna indennità.⁴⁰ Ma in detta ipotesi, la parte è tenuta a depositare dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, la cui sottoscrizione può essere autenticata dal mediatore e a produrre, se l'organismo lo richiede la documentazione necessaria a comprovare la veridicità di quanto dichiarato⁴¹.

- 9) IL PROBLEMA DELLA RIPETIBILITA' DELLE SPESE.

Il costo complessivo che grava su ciascuna parte è definito *indennità di mediazione*.

L'indennità comprende le *spese di avvio* del procedimento e le *spese di mediazione*.

Per le spese di avvio, a valere sull'indennità complessiva, è dovuto da ciascuna parte un importo di €. 40,00, oltre IVA.

Detto importo è versato dall'istante al momento del deposito della domanda di mediazione e dalla parte chiamata alla mediazione, al momento della sua adesione al procedimento.

Per le spese di mediazione è dovuta per ciascuna parte l'importo indicato nella tabella A del DM 180/10. Dette spese sono corrisposte prima dell'inizio del primo incontro di mediazione in misura non inferiore alla metà.

Ma ci si deve domandare se le spese che si devono versare all'organismo per la procedura di mediazione siano ripetibili.

L'art 13 del D.lgs 28/10 prevede che:

1) quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, ma solo di quelle riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa e la condanna al pagamento delle spese processuali della parte soccombente, riferite al medesimo periodo e al versamento di una somma corrispondente al contributo unificato dovuto.

2) Se invece il provvedimento decisorio non corrisponde interamente, solo se ricorrono gravi motivi il giudice motivando la decisione, può escludere la ripetizione delle spese sostenute per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dell'esperto di cui all'art. 8, comma .

Dunque, nel primo caso, nel silenzio della legge, sembrerebbe che le spese di avvio del procedimento e le spese di mediazione, essendo antecedenti, siano ripetibili.

Nel secondo caso la ripetibilità si potrebbe evincere, in negativo, dalla locuzione: *il giudice può escludere la ripetizione....*, interpretando detta locuzione nel senso che, negli altri casi, le spese sono

40 Informazioni tratte da sito giustizia: <http://www.giustizia.it/it/mg/27521.wp>. Approfondimenti sulla mediazione.

41 "Tariffe liberalizzate per spingere la mediazione" Il Sole 24 ore del 6 settembre 2011, pag. 1 inserto;

ripetibili?

Parte della dottrina sostiene che lo siano interamente. Ad avviso della scrivente non lo sono quelle antecedenti *il periodo successivo alla formulazione della proposta*.

Irrisolto allo stato la problematica dell'eventuale erronea individuazione dello scaglione tariffario da parte dell'organismo. Non è dato sapere cosa dovrebbero fare le parti, in caso di rifiuto dell'organismo di rivedere lo scaglione contestato.

Nel caso, poi, di mancato pagamento della quota di spesa di una delle parti, l'altra parte può avvalersi del verbale di mediazione, munito di efficacia esecutiva, per ripetere quanto le venisse richiesto dall'organismo, in via solidale?

Allo stato sembrerebbe che la parte diligente che abbia pagato anche per l'altra parte, inadempiente, abbia la sola possibilità di radicare una causa di merito per far accertare dal giudice l'avvenuto inadempimento. Sarebbe stato più agevole prevedere procedure più snelle e veloci per il recupero del versato, in via solidale.

Il DM 145/11 ha cercato di risolvere il problema stabilendo, che il regolamento di procedura dell'organismo possa prevedere che le indennità debbano essere corrisposte per intero, prima del rilascio del verbale di accordo, di cui all'art 11 del D.lgs 28.

La legge più che affrontare e cercare di risolvere detti dubbi si è più preoccupata di costruire un sistema sanzionatorio, punitivo per la parte che rifiuti la proposta conciliativa, senza peraltro approfondire l'ambito di applicazione e l'interconnessione con altre norme previste dal codice di procedura civile, in tema di spese.

Nell'ambito dell'integrale o parziale corrispondenza tra il contenuto della proposta e il contenuto del provvedimento giudiziale, al fine di stabilire quale sanzione applicare alla parte che rifiuta, la legge distingue, a seconda che la mediazione sia avvenuta prima del giudizio (nel qual caso la sanzione varrà per tutte le spese) o nel corso di questo.

Nel primo caso, prevede a carico della parte che non abbia accettato la proposta conforme al responso giudiziale la sanzione della corresponsione di una sanzione pari, al contributo unificato, oltre alla condanna al pagamento dell'indennità, dovuta al mediatore e al compenso dell'esperto⁴².

Anche in questo caso non è dato sapere se possano essere ulteriormente applicate le sanzioni, previste dall'art 96 c.p.c., per l'ipotesi di lite temeraria.

-10) CRITERI DI DETERMINAZIONE DELL'IMPORTO MASSIMO DELLE INDENNITA'.

Il DM 145 ha, poi, previsto alcuni ritocchi nella determinazione dell'importo massimo delle spese di mediazione per ciascun scaglione di riferimento, come determinato dalla tabella A del DM 180/10.

L'importo massimo potrà essere aumentato fino ad un quinto, in caso di particolare importanza, complessità o difficoltà dell'affare.

Detto importo dovrà, invece, essere aumentato, in misura non superiore a un quarto, in caso di successo della mediazione.

Dovrà essere aumentato di un quinto l'importo massimo nel caso di formulazione della proposta di mediazione, ai sensi dell'art 11 del D.lgs 28.

Nelle materie in cui la mediazione è obbligatoria ex lege, l'importo massimo, invece, deve essere ridotto di un terzo, per i primi sei scaglioni (dunque fino al valore di €. 250mila) e della metà per i restanti.

In caso di contumacia o di mancata partecipazione l'importo massimo deve essere ridotto a €. 40,00 per il primo scaglione e a 50,00 per gli altri, restando l'aumento, in caso di formulazione della proposta.⁴³

- 11) E' GARANTITA L'INDIPENDENZA DEGLI ORGANISMI DI MEDIAZIONE E DEL

42 F. Cuomo Ulloa, cit., pag. 219 e ss;

43 DM 145/11 in <http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg-1-8-1.wp?previousPage=m...>

MEDIATORE?

Il DM 180/10 prevede che gli organismi di mediazione devono solo garantire l'indipendenza nel *servizio di mediazione* (art 4, lett. e DM 180/2010), ma non essere indipendenti in assoluto. Ciò trova ulteriore conferma nella lettera *d* articolo citato che consente la costituzione di un organismo quale mera articolazione interna di un diverso ente.

Detta previsione è in aperto contrasto con la legge delega (legge 69/09), secondo la quale l'organismo dovrebbe sempre garantire l'indipendenza, non soltanto nello svolgimento delle funzioni.

Si sottolinea poi la mancanza di qualsiasi criterio di individuazione e selezione degli organismi che garantiscano l'imparzialità.

La legge richiede, infatti, solo il rispetto del parametro di serietà ed efficienza. (art 16).

Il DM poi non prevede né l'obbligo di astensione da parte del mediatore in conflitto di interessi né la facoltà di riconsiliazione del mediatore da parte di colui che eccipisca una eventuale incompatibilità, come, ad esempio, nel caso in cui il mediatore, fosse anche avvocato e si trovasse a dover conciliare nella mediazione, eventuali parti istanti o aderenti, presso lo stesso organismo, in cui svolga la funzione di mediatore (es. presso l'organismo dell'ordine, ove è iscritto).

La legge prevede solo l'obbligo del mediatore di informare l'organismo di un possibile pregiudizio nello svolgimento della mediazione, con facoltà dell'organismo di sostituire il mediatore (art. 14, III comma), salvo, la previsione, in caso di reiterata violazione degli obblighi di comunicazione da parte del mediatore, della sospensione o cancellazione dello stesso dal registro da parte del responsabile dell'organismo.

Detta elevata autonomia concessa agli organismi garantisce, dunque, la loro l'imparzialità?

Alcuni organismi sono corsi al riparo prevedendo nei loro regolamenti che, il mediatore non potrà svolgere in seguito tra le parti stesse e in merito alla stessa controversia funzioni di consulente, difensore o arbitro o ricevere alcun tipo di incarico professionale di qualunque natura per la durata di dodici mesi dalla conclusione della mediazione. Che il mediatore non possa in seguito svolgere per le stesse parti e per la stessa controversia il ruolo di arbitro è circostanza assolutamente pacifica, che trova testuale conferma nel divieto previsto dall'art 14 d.lgs 28/10 di assumere diritti o obblighi, connessi con gli affari trattati in mediazione.

La *ratio* di tale divieto viene individuata nell'esigenza di garantire l'imparzialità e l'indipendenza del mediatore, ma anche nella necessità di preservarne il ruolo di mero promotore dell'accordo. Quel ruolo, infatti, verrebbe completamente alterato, ove in seguito al fallimento della mediazione, il terzo potesse in qualità di arbitro, formulare un giudizio vincolante per le parti⁴⁴.

In questo contesto e nell'ambito del perimetro delineato dalla cornice normativa di riferimento sopra richiamata, si segnala la novella del codice deontologico forense, che con l'introduzione dell'articolo 55 bis e la modifica degli artt. 54 e 16 ha disciplinato, nei suoi aspetti deontologici e nelle sue ricadute disciplinari, l'attività dell'avvocato/mediatore.

I canoni II e III dell'art. 55 bis sono stati posti a presidio degli obblighi di imparzialità, indipendenza e terzietà dell'avvocato che svolga la funzione di mediatore.

In particolar modo il canone II, fa divieto di assumere la predetta funzione quando vi siano delle evidenti ragioni di incompatibilità con un'attività professionale in corso o svoltasi nell'ultimo biennio, mentre il canone IV ha la funzione di tutelare anche l'apparenza di terzietà ed indipendenza che la disciplina del nuovo istituto, introdotto dalla legge n° 69/2009, richiama con l'adozione del termine di *neutralità*.

Una neutralità che risulterebbe inficiata dalla circostanza che l'avvocato/mediatore ospiti presso il suo studio la sede dell'organismo di mediazione per il quale egli presta l'attività di mediatore.

La contiguità spaziale e logistica tra studio e sede dell'organismo costituirebbe fattore in grado di profilare una ipotetica commistione di interessi, di per sé sufficiente a far dubitare dell'imparzialità dell'avvocato mediatore.

44 F. Cuomo Ulloa, cit., pag. 175 e ss;

E' la stessa potenzialità e/o pericolosità della situazione a costituire un attentato per l'apparenza della indipendenza e della terzietà di quest'ultimo.

Nel diverso caso in cui l'avvocato accolga nel suo studio la sede di un organismo senza contemporaneamente farne parte, quale mediatore, vengono in soccorso i criteri che si rifanno al divieto di accaparramento della clientela, previsto e sanzionato dall'art. 19 del codice deontologico. Gli interventi operati sulla previgente formulazione dei canoni, di cui agli artt. 16 e 54 del cod. deont., sono invece atti ad evitare equivoci derivanti da coincidenze lessicali e terminologiche.⁴⁵

12) QUALI CRITERI PER L'ISCRIZIONE NEL REGISTRO DEL MINISTERO?

La nuova disciplina non ha contribuito a fornire elementi sufficienti ad inquadrare e qualificare il rapporto tra gli attori della mediazione (parti, mediatore e organismo), né a qualificare le rispettive responsabilità professionali e deontologiche. Nessuna indicazione specifica si riviene, del resto, neanche nel DM 180/10, che si limita a richiedere agli organismi di specificare il tipo di rapporto con i mediatori, senza tuttavia imporre forme contrattuali predeterminate, stabilendo solo che il mediatore debba svolgere personalmente la prestazione.

Al mediatore viene precluso il diritto di percepire somme di denaro direttamente dalle parti, la quali sono obbligate in solido a versare le indennità stabilite dalla legge agli organismi, che poi provvederanno a compensare il mediatore, sulla base del rapporto giuridico (professionale, occasionale o lavorativo) esistente con lo stesso.

Sulla base dell'individuazione del tipo di rapporto che lega il mediatore all'organismo, è possibile qualificare eventuali pretese risarcitorie che le parti dovessero vantare, in relazione a danni subiti in conseguenza dell'attività di mediazione, intesa tanto come attività organizzativa, tanto come prestazione intellettuale nei confronti dell'organismo di mediazione, contrattualmente responsabile nei confronti delle parti.

Per questo, alcuni organismi hanno fatto obbligo ai mediatori di dotarsi di una polizza assicurativa per la responsabilità, a qualsiasi titolo, derivante dall'attività di mediazione, con massimale fino a 500 mila euro.

Questo è un ulteriore parametro limitativo, oltreché innovativo rispetto alle previsioni legislative che hanno previsto, esclusivamente, l'obbligatorietà per l'organismo, di dotarsi di una assicurazione.

La ratio si fonda nella responsabilità dell'organismo, in caso di imperizia nello svolgimento della funzione da parte del mediatore, che autocertifica la propria esperienza e nell'abbattimento del premio assicurativo, che grava sull'organismo, se i propri mediatori sono assicurati in proprio.

Si ricorda, a tal proposito, che la legge permette di affidare la mediazione e quindi la trattazione di insorgende controversie legali, anche soggetti privi di qualsiasi formazione di tipo giuridico, non essendo previsto, allo stato, nessun parametro di valutazione delle competenze.

Di notevole interesse è la norma, introdotta dal DM 145/11, che impone agli organismi di mediazione di individuare criteri predeterminati e inderogabili in grado di consentire la designazione di mediatori in possesso delle *specifiche competenze professionali* all'uopo necessarie. A tal fine il decreto consente di desumere tali competenze anche dalla tipologia di laurea universitaria posseduta.⁴⁶

In precedenza solo gli organismi, istituiti presso le Camere di Commercio, prevedevano che l'assegnazione delle mediazioni avvenisse, oltre che su base turnaria, anche in base alla competenza professionale del mediatore. L'ordine Avvocati di Genova, invece, aveva sin dall'inizio limitato l'accesso al registro ai soli iscritti all'albo avvocati del circondario.

Ma la sola previa verifica delle specifiche competenze professionali dei mediatori e l'accensione di una polizza assicurativa, sono sufficienti a mantenere indenne l'organismo dalle eventuali richieste danni da parte degli utenti? E' più facile ipotizzare che l'organismo risponda in solido con il proprio mediatore. E in questo caso è prevista la rivalsa dell'organismo sul mediatore in caso di condanna

45 Vedi Relazione sulle modifiche apportate al Codice deontologico forense, a seguito dell'entrata in vigore dell'istituto della Mediazione/ Conciliazione.

46 "Tariffe liberalizzate per spingere la mediazione" Il Sole 24 ore del 6 settembre 2011, pag. 1 e ss;

dell'ente al risarcimento del danno per negligente o imperita prestazione?

Parte della dottrina sostiene che, in virtù del “contatto sociale” che si crea tra il mediatore professionale e le parti nella controversia tra essi pendente, trovano applicazione le norme sui contratti con la conseguenza che, il mediatore per andare esente da responsabilità nei confronti dell'organismo e della parte, dovrà dimostrare di aver svolto con assoluta diligenza gli adempimenti suo carico.⁴⁷

Altri autori dubitano di detta estensione, fondando la propria convinzione sul fatto che l'attività di mediazione non sia un'attività protetta, non necessitando per svolgerla, di una particolare abilitazione, ad es. come quella medica, ma solo di un percorso di abilitazione, allo stato di cinquanta ore.

Quanto al tirocinio, da più parti si era segnalato l'esigenza di prevedere una sorta di praticantato, che potesse consentire al mediatore di acquisire esperienze utili.

La modifica introdotta dal Dm 145/11, pur accogliendo questa esigenza, non colloca il conseguente obbligo nella fase che precede l'esercizio dell'attività di mediazione, ma quale ulteriore dovere di aggiornamento biennale, che si affianca a quello formativo di 18 ore. A tale obbligo del mediatore ne corrisponde uno ulteriore, a carico degli organismi di mediazione, i quali dovranno consentire gratuitamente e disciplinandolo nei propri regolamenti, il tirocinio assistito.⁴⁸

Da un punto di vista deontologico, quale che sia il rapporto concretamente instaurato tra mediatori e organismi, sarebbe opportuno riconoscere il diritto degli organismi di prevedere sanzioni nei confronti dei mediatori che, si rendano responsabili della violazione degli obblighi, previsti nel regolamento dell'organismo, ove svolgono la funzione.

Sul punto si sottolinea come un passo in avanti sia stato fatto dal DM 145/11, con la previsione all'art 2 dell'obbligo, a carico del responsabile dell'organismo, di verificare il possesso, da parte dei mediatori, dei requisiti di onorabilità.

- 13) CONCLUSIONI

In attesa della decisione della Corte Cost. sui ricorsi, presentati dal TAR Lazio, contro il D.M. 180/10, attuativo del D.Lgs 28/10⁴⁹, concludo con la seguente considerazione.

L'istituto della mediazione rappresenta un paradigma procedimentale, consolidato ed efficace, individuato come modello di riferimento, in molte altre legislazioni europee, ed è impensabile che proprio in Italia, dove la giustizia è allo stremo, si possa far a meno di procedure alternative di risoluzione del contenzioso (ADR).

Pertanto la mediazione civile deve essere, dunque, vista come un'opportunità da sfruttare, ma ciò dipenderà *in primis* dal legislatore che dovrà saper cogliere i rilievi migliorativi, che si spera verranno forniti dalla Corte Cost., investita della questione di costituzionalità e perfezionare ulteriormente, anche se apprezzabile in termini migliorativi è risultata la novella introdotta con il DM 145/11, l'attuale testo normativo, che così come è stato concepito rischia di far naufragare, nella prassi, la nuova procedura, che avrebbe come obiettivo principale quello di ridurre il flusso in ingresso di nuove cause nel sistema giustizia, offrendo al contempo al cittadino uno strumento più semplice e veloce con tempi e costi certi⁵⁰.

BIBLIOGRAFIA

1. Francesca Cuomo Ulloa, La mediazione nel processo civile riformato, Zanichelli, 2011.
2. Inserto 3, numero 13, 26 marzo 2011 Guida al diritto:Mediazione civile:gli strumenti per capire.

47 F. Cuomo Ulloa, cit., nota 101 pag. 43 e ss;

48 “Tariffe liberalizzate per spingere la mediazione” Il Sole 24 ore del 6 settembre 2011, pag. 1 e ss;

49 Ordinanza TAR Lazio, I sez. n° 3202/11, depositata il 12 aprile;

50 Informazioni tratte da sito giustizia: <http://www.giustizia.it/it/mg> 27521.wp. Approfondimenti sulla mediazione.

