



UNIONE TRIVENETA
dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati

VADEMECUM SULLA MEDIAZIONE DAL 20.03.2011

Cos'è la mediazione

Nella definizione di mediazione¹ si sottolinea come la sua prima finalità sia quella di dare assistenza alle parti nella ricerca di una composizione non giudiziale di una controversia.

Per il mediatore rilevano la volontà delle parti ed i reali interessi delle parti stesse, anche se nella sua attività deve osservare le norme imperative e di ordine pubblico. Per tale ragione il mediatore non può imporre una soluzione in termini vincolanti senza l'accordo delle parti; non a caso si sottolinea che uno dei vantaggi della mediazione è il raggiungimento di accordi che proprio perché voluti saranno tendenzialmente rispettati “tra le parti”.

Si ricorda che possono essere oggetto di mediazione solo le controversie in materia di diritti disponibili.

La mediazione è un “procedimento stragiudiziale”.

L'organismo di mediazione è invece l'ente pubblico o privato, presso il quale può svolgersi il procedimento di mediazione.

Gli Ordini degli Avvocati possono istituire organismi di mediazione presso ciascun tribunale, avvalendosi di proprio personale e utilizzando i locali loro messi a disposizione dal Presidente del Tribunale.²

¹ Il termine «mediazione» è la traduzione dall'inglese “mediation”.

² Gli Organismi di mediazione e conciliazione istituiti dagli Ordini degli Avvocati sono privilegiati in quanto non hanno limiti di competenza “per materia” a differenza di quelli degli altri Ordini professionali e sono gli unici che possono utilizzare locali presso il tribunale.

La mediazione è diversa dall'arbitrato

Riguarda l'ambito negoziale, mentre l'arbitrato, che pure costituisce una forma di risoluzione della controversia alternativa al processo, riveste carattere contenzioso e prevede la pronuncia del lodo, che è vincolante e determina un soccombente ed un vincitore rispetto alla controversia.

La mediazione è diversa dall'arbitraggio

L'arbitraggio previsto è finalizzato a dirimere le vertenze e corrisponde all'ipotesi in cui la volontà dell'arbitratore concorre a integrare la volontà delle parti che non sono riuscite a raggiungere l'accordo. Nell'arbitraggio non si ha dunque né conciliazione, perché l'accordo delle parti manca, né giudizio arbitrale in quanto non vi è alcun lodo che dirima la controversia.

La mediazione è diversa dalle procedure di negoziazione, di reclamo

Va, infine, precisato come la mediazione non sia una procedura di negoziazione volontaria e paritetica, né una di quelle procedure di reclamo previste dalle varie carte dei servizi; il ricorso a queste ultime viene fatto salvo dal decreto legislativo 28/2010, con una clausola di salvaguardia che deve intendersi operante anche sul piano della distinzione concettuale degli istituti.

La natura giuridica della mediazione

L'attività che il mediatore compie è riconducibile a un incarico ricevuto dalle parti. Il mediatore non ha alcuna funzione giurisdizionale, in quanto non emana alcuna decisione su diritti soggettivi - a differenza dell'arbitro - si limita a condurre le parti alla composizione della vertenza che avviene esclusivamente in virtù dell'incontro delle rispettive volontà. Le parti conciliandosi senza dubbio concludono un negozio

che, secondo alcuni avrebbe natura transattiva, secondo altri sarebbe un negozio atipico che realizza interessi meritevoli di tutela.

Gli obblighi informativi per i Colleghi

All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato e' tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal decreto 28/2010 e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20.

L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto.

In caso di violazione degli obblighi d'informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito è annullabile.

La forma scritta è richiesta "ad probationem".

La Relazione Ministeriale precisa che si tratta di un vizio che non si riverbera sulla validità della procura, in linea con gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità (Cass. 8388/1997). Secondo la Suprema Corte, infatti, "la procura alle liti, come atto interamente disciplinato dalla legge processuale, è insensibile alla sorte del contratto di patrocinio la cui invalidità non toglie quindi al difensore lo ius postulandi attribuito con la procura."

In tal modo si è evitato di prevedere un'improcedibilità della domanda medesima, che sarebbe andata a danno della stessa parte a favore della quale è introdotta la previsione. In aggiunta e a garanzia dell'obbligo informativo, si è previsto che il giudice informerà la parte non avvisata dall'avvocato della possibilità di avvalersi della mediazione.

Quali sono le conseguenze dell'annullabilità?

Sotto un profilo pratico la norma pare di impatto limitato, soprattutto ove si osservi che l'esecuzione del contratto ad opera della parte, resa edotta, dal giudice in prima udienza, del motivo di annullabilità, dovrebbe condurre alla ratifica del contratto, pur nato invalido, in applicazione della regola generale di cui all'art. 1444, secondo comma c.c.; inoltre, l'annullabilità non può essere rilevata d'ufficio, ma solo ad opera della parte che vi ha interesse, garantendosi così la stabilità del rapporto processuale.

Secondo la dottrina (Dalfino) dovrebbe ritenersi comunque applicabile il regime degli articoli 2033, 2041 e 2126 cod. civ.

Il documento che contiene l'informazione deve essere sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio (*o meglio depositato con l'atto introduttivo*).

Come suggerito dal CNF può essere opportuno dare menzione dell'avvenuta informativa anche in procura alle liti.³

L'omissione dell'informativa non ha nessuna conseguenza processuale.

Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione. Quest'obbligo riguarda, come detto, solo nell'ipotesi di mancata allegazione della parte attrice.

Nell'informativa si dovrà dare comunicazione della facoltà di potersi avvalere e dell'obbligo di avvalersi del procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179 (Procedure di conciliazione e arbitrato presso la Consob e sistema di indennizzo), per le materie ivi regolate, nonché del procedimento di conciliazione istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate

Ovviamente tali obblighi si applicano solo per le controversie in materia di diritti disponibili.

Facsimile informativa dal 20 marzo 2011

L'Unione Triveneta propone agli iscritti di sottoporre al cliente all'atto del conferimento dell'incarico e di far sottoscrivere un documento di informativa del seguente tenore:

*“Il sottoscritto _____
nella vertenza contro _____ da
promuoversi avanti il Tribunale di _____, dichiara di essere stato
informato dall'avv. _____:”*

³ Il CNF suggerisce di inserire nella **procura** il seguente testo: “informato ai sensi dell'art. 4, 3° comma, del d.lgs. n. 28/2010 della possibilità di ricorrere al procedimento di mediazione ivi previsto e dei benefici fiscali di cui agli artt. 17 e 20 del medesimo decreto, come da atto allegato,”

1. della facoltà di avvalersi del procedimento di mediazione previsto dal d.lgs. n. 28/2010 e dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179 (Procedure di conciliazione e arbitrato presso la Consob e sistema di indennizzo), per le materie ivi regolate, nonché del procedimento di conciliazione istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate;

2. dell'obbligo di utilizzare il procedimento di mediazione previsto dal d.lgs. n. 28/2010, in quanto condizione di procedibilità del giudizio, nel caso che la controversia sia relativa a diritti disponibili in materia di diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari;

3. della possibilità, qualora ne ricorrano le condizioni, di avvalersi del gratuito patrocinio a spese dello Stato per la gestione del procedimento nei casi in cui il tentativo di conciliazione è condizione di procedibilità del giudizio;

4. dei benefici fiscali connessi all'utilizzo della procedura ed in particolare della possibilità di giovare di un credito d'imposta commisurato all'indennità che sarà corrisposta all'Organismo di mediazione, fino a concorrenza di 500 euro, in caso di successo della mediazione (credito ridotto della metà in caso di insuccesso della stessa); nonché del fatto che tutti gli atti, documenti e i provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura e della circostanza che il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di 50.000 (cinquantamila) euro e che in caso di valore superiore l'imposta è dovuta solo per la parte eccedente.

Luogo e data

(Sottoscrizione dell'assistito)''

La conciliazione obbligatoria

Dal 20 marzo 2011 la mediazione, rispetto ad alcune materie, è condizione di procedibilità.

La parte che intende agire in giudizio ha l'onere di tentare la mediazione e il giudice, qualora rilevi – su eccezione di parte nella prima difesa o d'ufficio entro la prima udienza – che la mediazione non è stata tentata o che non è decorso il termine massimo per il suo completamento, fissa una nuova udienza dopo la scadenza del termine massimo per la mediazione, onde consentirne lo svolgimento. Se poi la mediazione non è ancora iniziata, il giudice deve altresì assegnare un termine per la presentazione della domanda a un organismo iscritto

Le materie per le quali entrerà in vigore il tentativo di conciliazione sono le seguenti:

	Dal 21 marzo 2011	Dal 21 marzo 2012
Condominio		*
Diritti reali	*	
Divisione	**	
Successioni ereditarie	**	
Patti di famiglia	**	
Locazione	**	
Comodato		
Affitto di aziende	**	
Risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti		*
Risarcimento del danno derivante da	**	
Risarcimento del danno derivante da	**	
Contratti assicurativi	**	
Contratti bancari	**	
Contratti finanziari	**	

Per tali materie si è tenuti preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero- in alternativa il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate.

Per cause aventi a oggetto «diritti reali» possono intendersi anche tutte le cause aventi a oggetto contratti traslativi di tali diritti, nonché aventi ad oggetto la loro nullità, annullamento o risoluzione.

La mediazione obbligatoria in materia di «contratti assicurativi» comporta l'esperimento del tentativo in tutte le ipotesi in cui sia azionabile una garanzia assicurativa.

L'obbligatorietà del tentativo non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni, e non sarà prevista per i seguenti procedimenti:

- a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione;
- b) nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'articolo 667 del codice di procedura civile ⁴;
- c) nei procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'articolo 703, terzo comma, del codice di procedura civile ⁵;
- d) nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata ⁶;
- e) nei procedimenti in camera di consiglio ⁷;
- f) nell'azione civile esercitata nel processo penale ⁸.

⁴ L'esclusione dei procedimenti di ingiunzione (*lettera a.*) e di convalida di licenza o sfratto (*lettera b.*) si giustifica nella Relazione Ministeriale per il fatto che in essi ci troviamo di fronte a forme di accertamento sommario con prevalente funzione esecutiva. Il procedimento è caratterizzato da un contraddittorio differito o rudimentale, e mira a consentire al creditore di conseguire rapidamente un titolo esecutivo. Appare pertanto illogico frustrare tale esigenza imponendo la mediazione o comunque il differimento del processo. E' stato peraltro previsto che la mediazione possa trovare nuovamente spazio all'esito della fase sommaria, quando le esigenze di celerità sono cessate, la decisione sulla concessione dei provvedimenti esecutivi è stata già presa e la causa prosegue nelle forme ordinarie.

⁵ L'esclusione dei procedimenti possessori fino all'adozione dei provvedimenti interdittali si giustifica nella Relazione Ministeriale per la somma urgenza nel provvedere. Il procedimento possessorio può però conoscere una fase di merito (articolo 703, quarto comma, codice di procedura civile), nella quale è incongruo non consentire la mediazione.

⁶ I procedimenti di cognizione, spiega la Relazione Ministeriale, s'inseriscono incidentalmente nell'esecuzione forzata (opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi, controversie in sede di distribuzione, accertamento dell'obbligo del terzo) sono stati esclusi per la loro stretta interferenza con l'esecuzione forzata. Imporre la dilazione nella fase processuale in cui la soddisfazione del singolo diritto è più prossima significherebbe aprire la strada a manovre dilatorie da parte dei debitori esecutati.

⁷ L'esclusione trova ragione, secondo la Relazione Ministeriale, nella flessibilità e rapidità con cui il giudice può provvedere sul bene della vita richiesto.

Infine segnaliamo che lo svolgimento della mediazione non precluderà la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale.

Il mancato esperimento del tentativo di mediazione comporta «l'improcedibilità della domanda giudiziale»; tale improcedibilità «deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza o rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza»⁹.

Qualora il giudice rilevi che la mediazione obbligatoria non è stata esperita, egli fissa «contestualmente» alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione; sono anche qui fatte salve le disposizioni in materia di mediazione già previste dalle normative speciali.

Il mancato rispetto del termine di quindici giorni concesso per la presentazione della domanda di mediazione comporterà l'estinzione del processo.

Qualora invece «il giudice rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non è finita, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6», che è di quattro mesi dalla presentazione dell'istanza (senza obbligo di riassunzione del processo).

L'art. 5 condiziona la «procedibilità della domanda giudiziale», e non la semplice instaurazione del processo, al tentativo di mediazione: di talché, ove si versi in materie soggette alla mediazione preventiva obbligatoria, in tutti i casi in cui vi sia l'introduzione di nuove domande dovrebbe essere, a rigore, necessario l'esperimento del tentativo di mediazione (come ad esempio per la domanda riconvenzionale¹⁰, per la *reconventio reconventionis* dell'attore, per l'intervento autonomo dei terzi (art. 105 primo comma c.p.c.), per la chiamata del terzo ad opera di una delle parti e, ove

⁸ L'esclusione in questo caso è motivata dalla Relazione Ministeriale dal presupposto che tale azione è subordinata ai tempi e alle condizioni del processo penale; condizionarne l'esercizio alla previa mediazione equivarrebbe a impedire o a ostacolare fortemente la costituzione di parte civile, così sacrificando una forma di esercizio dell'azione civile da reato.

⁹ La scelta appare in controtendenza con la previsione del cd. "collegato lavoro" che ha eliminato l'obbligatorietà del ricorso al preventivo tentativo di conciliazione dinanzi agli uffici della Direzione Provinciale del Lavoro, configurando la procedura, definita di conciliazione, come procedura facoltativa, ad eccezione delle ipotesi di controversie in tema di "certificazione della qualificazione da dare al contratto di lavoro".

¹⁰ nel processo del lavoro la Corte di Cassazione riteneva soggetta al tentativo obbligatorio di conciliazione *ex art. 412 bis* – oggi soppresso – anche la domanda riconvenzionale (Cass. 15 luglio 2008, n. 19436; Cass. 16 novembre 2007, n. 23816).

si accompagni alla proposizione di una nuova domanda, anche per la chiamata *iussu judicis*).

Il legislatore non ha configurato la mediazione come condizione di procedibilità rispetto al procedimento arbitrale, che è un procedimento privato, per sua natura celere e dotato di propensione alla conciliazione.

Dal 20 marzo 2011 e solo quando la mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale ai sensi dell'articolo 5, comma 1, le parti che accedono alla mediazione e versano nelle condizioni previste per l'**ammissione al patrocinio a spese dello Stato** sono esentate dal pagamento dell'indennità, che non può essere pretesa dall'Organismo.

La conciliazione endoprocessuale

Ai sensi dell'art. 5 dello stesso decreto, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può invitare le stesse a procedere alla mediazione.

L'invito dovrà essere rivolto alle parti prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa. Se le parti aderiscono all'invito, il giudice fisserà la successiva udienza dopo 4 mesi e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegnerà contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Si tratta della mediazione sollecitata dal giudice nel corso del processo, prevista anche dalla direttiva comunitaria n. 2008/52/Ce e che si affianca, senza sostituirla, alla conciliazione giudiziale.

Il giudice di merito, di primo o secondo grado, valuta se formulare l'invito in base allo stato del processo, alla natura della causa e al comportamento delle parti, onde non favorire dilazioni.

Se le parti aderiscono all'invito del giudice, questi provvede ai sensi del comma 1, fissando una nuova udienza dopo la scadenza del termine per la mediazione.

L'adesione delle parti è stata prevista onde evitare che esse debbano soggiacere a un'iniziativa del giudice, senza essere convinte della possibilità di comporre la controversia in via stragiudiziale.

Si auspica che l'indicazione di tentare la conciliazione sia utilizzata da un giudice dopo che si è letto gli atti introduttivi e le memorie ex art. 183, sesto comma, cod.

proc. civ. e che dia alle parti un minimo indirizzo per la fase conciliativa. La sollecitazione del giudice dovrebbe intervenire nell'ambito di controversie nella quali le parti avranno già dato mostra di disponibilità transattive.

Pertanto sarebbe auspicabile che nella prassi se ne faccia un uso "ragionato", anche per evitare che si trasformi in un semplice rinvio nel calendario del processo e di una "forzata quanto inutile pausa" del processo.

La Relazione Ministeriale precisa che il giudice può individuare nuovi spazi di composizione della controversia e invitare le parti a esplorarli anche nell'ipotesi di precedente fallimento di una "mediazione".

Si fissa in quattro mesi il termine massimo di durata del procedimento di mediazione, decorrente dal deposito della domanda, o, nell'ipotesi di mediazione demandata dal giudice, dal termine fissato da quest'ultimo per il menzionato deposito.

L'articolo 7 del decreto sottrae il periodo di sospensione dal computo del termine oltre il quale la durata del processo è da considerarsi irragionevole ai sensi della legge 24 marzo 2001, n. 89.

La Relazione Ministeriale precisa che non si tratta di termine perentorio e che per tale ragione non si applica allo stesso la sospensione feriale di cui alla legge 7 ottobre 1969 n. 742.

La conciliazione prevista contrattualmente

Necessita tenere presente che l'obbligo conciliativo potrebbe essere contenuto anche in atti privati anteriori al sorgere della lite: nulla vieta, infatti, di inserire clausole di obbligatoria conciliazione preventiva nell'ambito di contratti, atto costitutivo di un ente o statuti societari.

Ai sensi dello stesso art. 5 se il contratto, lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente che sia parte della vertenza prevedano una clausola di mediazione o conciliazione ed il tentativo non risulti esasperato, il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo 4 mesi. Allo stesso modo il giudice o l'arbitro fissa la successiva udienza quando la mediazione o il tentativo di conciliazione sono iniziati, ma non conclusi.

Abrogazioni e Disposizioni transitorie

Sono abrogati gli articoli da 38 a 40 del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, sulla conciliazione societaria e si stabilisce che i rinvii operati dalla legge a tali articoli si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni del presente decreto.

Viene fatta salvezza delle disposizioni che prevedono procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati (410 ss. del codice di procedura civile o dall'articolo 46 della legge 3 maggio 1982, n. 203).

L'articolo 5, comma 1, non tocca le materie attualmente soggette a condizione di procedibilità in base ad altre normative.

L'insussistenza di criteri di competenza territoriale per la mediazione la prevenzione per l'ipotesi di più domande

E' opportuno precisare che non si stabilisce un criterio di competenza territoriale in senso proprio; le parti saranno così libere di investire, concordemente o singolarmente, l'organismo da loro ritenuto maggiormente affidabile indipendentemente dalla competenza territoriale del processo.

Qualora, rispetto alla stessa controversia, vi siano più domande di mediazione, si è optato per un criterio oggettivo, quello della prevenzione: il procedimento di mediazione si svolgerà davanti all'organismo presso cui è stata depositata la prima.

Attenzione però che la "litispendenza" non si determina con il deposito della domanda di mediazione. Infatti solo dalla «data di ricezione della comunicazione» si determina la pendenza del procedimento, cioè al momento in cui l'istanza è comunicata alla controparte, a norma dell'art. 8, primo comma.

La sanzione processuale per la mancata partecipazione e gli effetti della domanda di mediazione sulla prescrizione e decadenza

Il comma 5 dell'articolo 8 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 introduce una sanzione processuale, prevedendo che la mancata partecipazione al tentativo di conciliazione non giustificata possa essere valutata dal giudice, nel successivo

eventuale giudizio, per trarne argomenti di prova ai sensi dell'articolo 116 del codice di procedura civile.

La previsione ha come scopo principale di incentivare la partecipazione alla mediazione.

La clausola che fa salvo il giustificato motivo attribuisce peraltro al giudice un margine di valutazione, che gli consentirà di apprezzare i casi nei quali l'assenza è provocata proprio da colui che propone la mediazione. La Relazione Ministeriale fa l'esempio di chi "sia stato chiamato davanti a un organismo privo di qualsivoglia competenza specifica per la materia trattata o in un luogo molto distante dalla sua residenza, senza alcun legame territoriale con l'oggetto della causa.". Tra i giustificati motivi potrà quindi agevolmente rientrare la mancata partecipazione a una mediazione proposta davanti a un organismo senza alcun collegamento con la residenza o sede delle parti, con il loro domicilio o con i fatti oggetto di conflitto.

Si deve riconoscere alla regola una portata generale: ogni comportamento teso ad impedire l'effettivo e corretto svolgimento del procedimento di mediazione deve ritenersi idoneo a produrre gli «argomenti di prova» ai quali la norma fa riferimento.

Ciò premesso, deve anche dirsi che chi non partecipa al procedimento di mediazione mette in atto un comportamento che dimostra solo la sua mancanza di volontà conciliativa, e null'altro: di talché sembra facile prevedere, che nella pratica i giudici faranno un utilizzo moderato della norma in esame, così come, di regola, già avviene nell'ambito della valorizzazione probatoria del comportamento processuale delle parti. Rimane solo da rilevare la contraddittorietà di un sistema che vorrebbe sanzionare la mancata partecipazione al procedimento di mediazione, mentre riconosce al contumace, secondo la regola della *ficta litiscontestatio*, un trattamento di assoluto favore.

Il comma 6 dell'art. 5 equipara l'istanza di mediazione alla domanda giudiziale ai fini della decorrenza dei termini di prescrizione e dell'impedimento della decadenza, con la precisazione che la domanda di mediazione impedisce la decadenza una sola volta: ciò al fine di evitare che siano proposte istanze strumentali di mediazione al solo fine di differire la scadenza del termine decadenziale. Gli effetti sulla prescrizione e sulla decadenza si producono a decorrere dalla ricezione della comunicazione all'altra parte.

Le parti hanno, inoltre, sempre la possibilità di presentare la domanda giudiziale prima di svolgere la mediazione, e procedere alla sua trascrizione, per conseguire gli effetti che la legge vi ricollega (art. 2652 ss. del codice civile).

La riservatezza della procedura

Il procedimento di mediazione è protetto da norme che assicurano alle parti del procedimento l'assoluta riservatezza rispetto alle dichiarazioni e alle informazioni emerse.

Tali informazioni non saranno utilizzabili in sede processuale, salvo esplicito consenso delle parti, e il mediatore sarà tenuto al segreto professionale su di esse.

Quando il mediatore svolge sessioni separate con le singole parti, non potrà rivelare alcuna informazione, acquisita durante tali sessioni, all'altra parte.

La finalità della previsione, propria di tutte le esperienze comparate a livello internazionale, è finalizzata a consentire alle parti di svelare ogni dato utile al compromesso, senza timore che poi possa essere oggetto di un uso contro la parte medesima. I soggetti coinvolti si sentiranno così liberi di manifestare i loro reali interessi davanti a un soggetto dotato di professionalità per comporli.

Il procedimento di mediazione

- La difesa tecnica non è contemplata come necessaria: l'accesso agli organismi di mediazione è libero anche senza l'assistenza di un avvocato (sul punto sarà necessario verificare cosa prevede in concreto il regolamento dell'Organismo di mediazione)¹¹.
- Presentata la domanda (che deve avere un contenuto minimo per l'individuazione della controversia, che eventualmente può essere integrato su richiesta del mediatore) presso l'organismo di mediazione, è designato un mediatore, e fissato il primo incontro tra le parti (non oltre quindici giorni dal deposito della domanda).
- In caso di più domande che si riferiscono alla stessa controversia, la mediazione si svolge davanti all'organismo presso il quale è stata presentata la prima domanda; «per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data del ricezione della

¹¹ Si richiama sul punto il principio – VII- della Raccomandazione n. 98/1998 della Commissione Europea per il quale “ La procedura non può privare le parti del diritto di farsi rappresentare o accompagnare da un terzo in qualunque fase della procedura stessa” . Principio ribadito nella successiva Raccomandazione 4/4/2001 n. 310 Ce per la quale le parti pur non essendo obbligate a ricorrere a un professionista legale sono tuttavia libere di farsi rappresentare o assistere da terzi in qualsiasi fase della procedura.

comunicazione. La «data di ricezione della comunicazione», dalla quale si determina la pendenza del procedimento, dovrebbe riferirsi al momento in cui l'istanza è comunicata alla controparte, a norma dell'art. 8, primo comma, secondo il quale «la domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante»

- La domanda e la data dell'incontro sono comunicate all'altra parte, anche a cura dell'istante (non é necessaria la forma della notifica¹² per la comunicazione).
- Non è previsto un termine minimo di comparizione per la parte «chiamata nel procedimento»: l'inottemperanza all'invito di comparazione non è rinforzato da sanzione, così come, per l'istante, il rispetto del termine quindicinale non è causa di nullità o di decadenza; deve perciò ritenersi che possa essere prorogato.
- Nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, possono essere nominati uno o più mediatori ausiliari, avvalendosi, se necessario, di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso il Tribunale, con aumento dei costi per le parti e il rischio di fare una consulenza tecnica non utilizzabile in sede di cognizione.
- Il procedimento di mediazione può avere inizio solo dopo la sottoscrizione da parte del mediatore designato della dichiarazione d'imparzialità di cui all'articolo 14, comma 2, lettera a), del decreto legislativo 28/2010

Il mediatore, che deve assicurare alle parti oltre alla sua imparzialità e idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico, cerca un accordo amichevole di definizione della controversia.

- Se la conciliazione riesce, il mediatore redige processo verbale, sottoscritto dalle parti e dallo stesso mediatore.
- Se l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione (anche senza il loro consenso, solo se tale facoltà non è esclusa dal regolamento dell'Organismo). Le parti dovranno comunicare entro sette giorni per iscritto se intendono o no accettarla; nel caso di mancata accettazione, il mediatore redigerà un verbale che dovrà essere sottoscritto da tutte le parti o, in caso di assenza di alcuna di esse, con relativa presa d'atto da parte del mediatore. In ogni caso di formulazione della proposta, il mediatore deve informare le parti delle possibili conseguenze in ordine alla future spese di causa.

¹² Non pare possibile, in ogni caso, la “notifica in proprio” salvo l'esistenza di una procura generale o speciale (che non potrà avere le forme dell'art. 83 cpc, in quanto la norma non è applicabile alla procedura di mediazione). L'unico caso in cui parebbe possibile la “notifica in proprio da parte dell'avvocato” è quello che prima sia stato notificato l'atto introduttivo (ad esempio per la trascrizione) e poi l'istanza di conciliazione con la fissazione della prima riunione.

Nel verbale, contenente l'indicazione della proposta, si dà atto della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione. L'eventuale proposta di conciliazione, destinata, al deposito avanti al giudice, sarà priva di motivazione.

- Segnaliamo, per le conseguenze che ne possono derivare, l'opportunità di accertarsi preliminarmente se il mediatore ha la facoltà di formulare una proposta di conciliazione indipendentemente dalla richiesta delle parti e dell'eventuale obbligo di assistenza legale delle parti.
- In qualunque momento del procedimento, su concorde richiesta delle parti, il mediatore formula una proposta di conciliazione.

L'efficacia esecutiva della mediazione

Dal punto di vista dell'efficacia esecutiva, qualora l'accordo venga raggiunto, dovrà essere omologato dal presidente del tribunale, che ne verificherà regolarità formale e rispetto dei principi di ordine pubblico, nonché il rispetto delle norme imperative. Il conseguente verbale costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica, oltre che per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

L'accordo raggiunto, anche a seguito della proposta del mediatore, può prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti o per il ritardo nel loro adempimento.

Il relativo verbale sarà sottoscritto dalle parti e dal mediatore, che ne certifica la sottoscrizione, con la specificazione che se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti che necessitano di trascrizione ex art 2643 c.c., «la trascrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato».

Poiché l'articolo 140-bis (azione di classe) fa salvi i diritti individuali di coloro che non abbiano né promosso l'azione, né aderito alla stessa successivamente, la mediazione intervenuta tra attore e convenuto in un'azione di classe non sarà distinguibile da una normale mediazione individuale, facente stato tra le sole parti del procedimento di mediazione e non per tutta la "classe".

Quid iuris se il presidente del tribunale, non ratifica l'accordo per violazioni sulla regolarità formale o sul rispetto dei principi di ordine pubblico, nonché il rispetto delle norme imperative? Si prospetta (Dalfino) l'applicabilità in via analogica del reclamo previsto dall'art. 825 c.p.c.

Il giudice che nega l'omologazione trasmette al responsabile e all'organismo copia del provvedimento di diniego.

Segretezza del procedimento

Esiste un dovere di riservatezza che incombe su coloro che svolgono la loro attività professionale o lavorativa presso l'organismo, rispetto alle dichiarazioni e informazioni comunque acquisite durante il procedimento di mediazione.

Per il mediatore tale dovere si estende (articolo 9, comma 2) alle parti del procedimento, rispetto alle dichiarazioni e alle informazioni che egli ha raccolto da ciascuna di esse durante le sessioni separate tenute. Il dovere di segretezza rispetto alle dichiarazioni rese separatamente può essere peraltro derogato dalle parti, rientrando pienamente nella loro disponibilità negoziale.

In particolare, le dichiarazioni e informazioni acquisite nel corso della mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avviato a seguito dell'insuccesso della mediazione, né possono formare oggetto di testimonianza in un qualunque giudizio.

Il mediatore, inoltre, non può essere costretto a deporre sulle stesse dichiarazioni o informazioni davanti ad ogni autorità, giudiziaria o di altra natura.

A quest'ultimo, in particolare, sono estese le disposizioni dell'articolo 200 del codice di procedura penale e le garanzie assegnate dall'articolo 103 dello stesso codice al difensore.¹³

Questa norma si collega alla regolamentazione della riservatezza che – anche nei rapporti bilaterali tra le singole parti e il mediatore – deve accompagnare il procedimento di mediazione, affinché i soggetti coinvolti si sentano liberi di manifestare i loro reali interessi davanti a un soggetto dotato di professionalità. A completamento della disciplina, e in coerenza con la sua ratio, è stata prevista l'inammissibilità del giuramento decisorio.

Il testo dell'art. 10, primo comma, prevede poi che «sul contenuto delle stesse dichiarazioni e informazioni non è ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisorio». Dando un'interpretazione letterale alla previsione

¹³ Deve ritenersi, inoltre, che ove il mediatore non intenda avvalersi della facoltà, la sua condotta, in sede di dichiarazioni all'Autorità Giudiziaria, non possa comunque integrare, la fattispecie di cui all'art. 622 c.p. (rivelazione del segreto professionale).

sarebbe possibile l'interrogatorio formale al fine di ottenere la confessione sulla dichiarazione resa dalla controparte in sede di tentativo di mediazione.¹⁴

Spese processuali e mediazione

All'esito del processo civile, se il provvedimento del giudice corrisponde interamente al contenuto della proposta conciliativa, il giudice esclude la ripetizione delle spese della parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, relativamente al periodo successivo alla stessa, e la condanna al pagamento delle spese processuali della parte soccombente riferite al medesimo periodo, nonché al pagamento di una sanzione pari al contributo unificato.

Quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente.

Salvo diverso accordo queste disposizioni non si applicano ai procedimenti davanti agli arbitri.

Agevolazioni fiscali

Sono infine previste agevolazioni fiscali. Tutti gli atti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni altra spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura. In particolare, il verbale di conciliazione sarà esente dall'imposta di registro sino all'importo di 50.000 euro, altrimenti l'imposta è dovuta per la parte eccedente. In caso di successo della mediazione, le parti avranno diritto a

¹⁴ Sostanzialmente si prevede la sanzione dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese o delle informazioni acquisite all'interno della procedura conciliativa, relativamente al processo che abbia identico (anche in parte) oggetto rispetto alla mediazione e che sia iniziato, riassunto o proseguito (a meno che non vi sia il consenso espresso); o la sanzione dell'inammissibilità dei mezzi istruttori della prova per testi e del giuramento decisorio che abbiano ad oggetto le dichiarazioni ed informazioni rese nel procedimento di mediazione.

un credito d'imposta fino a un massimo di 500 euro per il pagamento delle indennità complessivamente dovute all'organismo di mediazione. In caso d'insuccesso della mediazione, il credito d'imposta è ridotto della metà.

Quanto costa al cliente?

Il regolamento dell'Organismo deve contenere le tabelle delle indennità degli enti privati, mentre quelle degli enti pubblici sono state stabilite con il decreto Decreto 18 ottobre 2010 n. 180 - Registro degli organismi di mediazione e elenco dei formatori per la 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 euro 40,00 che 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 dovuto da ciascuna parte l'importo previsto dal regolamento.

Per gli Organismi pubblici, tra cui rientrano quelli forensi, le spese della mediazione sono determinate dalla seguente tabella:

Valore della lite	Spesa (<i>per ciascuna parte</i>)
Fino a Euro 1.000:	Euro 65;
da Euro 1.001 a Euro 5.000:	Euro 130;
da Euro 5.001 a Euro 10.000:	Euro 240;
da Euro 10.001 a Euro 25.000:	Euro 360;
da Euro 25.001 a Euro 50.000:	Euro 600;
da Euro 50.001 a Euro 250.000:	Euro 1.000;
da Euro 250.001 a Euro 500.000:	Euro 2.000;
da Euro 500.001 a Euro 2.500.000:	Euro 3.800;
da Euro 2.500.001 a Euro 5.000.000:	Euro 5.200;
oltre Euro 5.000.000:	Euro 9.200.

Qualora il valore risulti indeterminato, indeterminabile o vi sia una notevole divergenza tra le parti sulla stima, l'organismo decide il valore di riferimento e lo comunica alle parti.

L'importo massimo delle spese di mediazione per ciascun scaglione di riferimento:

a) può essere *aumentato* in misura non superiore a un quinto tenuto conto della particolare importanza, complessità o difficoltà dell'affare;

b) *deve* essere *aumentato* in misura non superiore a un quinto in caso di successo della mediazione;

c) *deve* essere *aumentato* di un quinto nel caso di formulazione della proposta ai sensi dell'articolo 11 del decreto legislativo;

d) *deve* essere *ridotto* di un terzo nelle materie di cui all'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo;

e) *deve* essere *ridotto* di un terzo quando nessuna delle controparti di quella che ha introdotto la mediazione, partecipa al procedimento (sul punto però è bene consultare la previsione del regolamento dell'organismo)

Si considerano importi minimi quelli dovuti come massimi per il valore della lite ricompreso nello scaglione immediatamente precedente a quello effettivamente applicabile; l'importo minimo relativo al primo scaglione è liberamente determinato.

Se però il rapporto oggetto di controversia implichi la necessità di conoscenze tecniche specifiche, potranno essere nominati co-mediatori; il mediatore potrà avvalersi di esperti iscritti negli albi presso i tribunali. In quest'ultimo caso il regolamento dell'organismo deve prevedere le modalità di calcolo e liquidazione del compenso all'esperto. In questi casi i costi della mediazione aumenteranno ulteriormente.

Il valore della lite è indicato nella domanda di mediazione a norma del codice di procedura civile.

Le spese di mediazione sono corrisposte prima dell'inizio del primo incontro di mediazione in misura non inferiore alla metà.

Le spese di mediazione comprendono anche l'onorario del mediatore per l'intero procedimento di mediazione, indipendentemente dal numero di incontri svolti. Esse rimangono fisse anche nel caso di mutamento del mediatore nel corso del procedimento ovvero di nomina di un collegio di mediatori, di nomina di uno o più mediatori ausiliari, ovvero di nomina di un diverso mediatore per la formulazione della proposta ai sensi dell'articolo 11 del decreto legislativo.

Le spese di mediazione indicate sono dovute in solido da ciascuna parte che ha aderito al procedimento.

Ai fini della corresponsione dell'indennità, quando più soggetti rappresentano un unico centro d'interessi si considerano come un'unica parte.

PROFILI DI INCOSTITUZIONALITÀ DELLA NORMATIVA

Sono state prospettate in dottrina perplessità di rilievo costituzionale su alcuni punti della normativa, tra essi evidenziamo per cenni le seguenti:

a) L'elenco delle materie sottoposte al tentativo obbligatorio di conciliazione pare ampio e irragionevole.

Il procedimento di mediazione viene a essere imposto in una serie di controversie estremamente eterogenee e suscettibili – in via interpretativa- di una incontrollabile espansione.

Più di un dubbio può per questa ragione sollevarsi sulla ragionevolezza di tale scelta legislativa, in relazione all'art. 3 Cost. e al generale postulato di razionalità ed uguaglianza che esso presuppone.

b) Secondo alcuni si potrebbe configurare un eccesso di delega. L'art. 60 l. 69/09 disponeva di “prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione”, fosse realizzata “senza precludere l'accesso alla giustizia”. L'art. 5 del d. lgs. 28/10, al contrario, ha reso in molti casi la mediazione una condizione di procedibilità della domanda, e dunque ha disciplinato il fenomeno oltre i limiti fissati dalla legge delega, ed anzi, e più precisamente, in contrasto con la stessa nella parte in cui, appunto, non voleva che la mediazione precludesse l'accesso alla giustizia.

c) L'art. 3 del decreto legislativo 28/2010 condiziona la «procedibilità della domanda giudiziale», e non la semplice instaurazione del processo, al tentativo di mediazione: di talché, ove si versi in materie soggette alla mediazione preventiva obbligatoria, in tutti i casi in cui vi sia l'introduzione di nuove domande dovrebbe essere, a rigore, necessario l'esperimento del tentativo di mediazione. Le conseguenze di una tale interpretazione della normativa in esame potrebbero essere incostituzionali e irragionevoli. L'unica soluzione costituzionalmente orientata non può essere che quella di ritenere che il tentativo obbligatorio si ponga come condizione di procedibilità della domanda giudiziale che introduce il processo, mentre tutte le domande successive, che possono sorgere all'interno del processo stesso, non siano soggette a tale onere.

F.A.Q. E CASI DUBBI DA CHIARIRE

L'informativa deve essere data anche dal legale del convenuto?

L'art. 4, III comma, fa riferimento all'atto di conferimento dell'incarico senza distinguere tra la posizione dell'attore e quella del convenuto per cui la risposta parrebbe positiva; la norma però nel contempo obbliga l'allegazione dell'informativa facendo solo riferimento all'atto introduttivo, il che potrebbe indurre a ritenere che tale secondo obbligo possa non sussistere per il convenuto che si costituisce in giudizio.

Cosa significa che l'informativa deve essere allegata all'atto introduttivo del giudizio?

Si ritiene che debba essere depositata con l'iscrizione a ruolo, senza che sia necessariamente notificata con l'atto introduttivo.

L'informativa va data per tutti i procedimenti, anche nei casi in cui non sarà obbligatorio il tentativo di conciliazione?

L'informativa va data sempre eccezion fatta per le controversie riguardanti diritti indisponibili, che come si evidenzia dalla lettera dell'art. 2, comma I, sono estranee al decreto 28/2010.¹⁵

Dal 20 marzo 2011, come previsto dall'art. 4, III comma, è necessario informare specificatamente il cliente dei casi di obbligatorietà previsti dall'art. 5 comma 1 e, per completezza, delle diverse opportunità di mediazione e conciliazione previste dal comma in questione.

L'informativa deve essere data per tutti i procedimenti, anche quelli speciali; quali sono le conseguenze dell'omessa informativa?

L'obbligo riguarda sia i procedimenti di cognizione ordinari che speciali. Le conseguenze dell'omessa informativa sono di carattere disciplinare e contrattuale, ma non processuali (eccezion fatta per quella che diventerà obbligatoria a far data dal 2011).

¹⁵ Il diritto deve ritenersi indisponibile quando lo stesso non sia negoziabile dal soggetto che agisce in giudizio, ovvero il titolare non può disporre. Spesso alla indisponibilità del diritto si unisce la necessaria presenza del P.M. in sede giudiziale.

L'obbligo d'informativa scatta, poi, al momento del conferimento dell'incarico e non al primo incontro con il cliente, e riguarda la conciliazione delle liti civili e commerciali aventi a oggetto diritti disponibili. Sul punto si precisa che è escluso l'obbligo informativo per le controversie cui è precluso l'accesso alla mediazione ed è escluso ogni provvedimento in supplenza al riguardo da parte del giudice.

Devo dare informativa della possibilità di ricorrere alla cd. mediazione familiare?

La mediazione familiare è (art. 155 sexies c.c.) un percorso discrezionale a latere del processo di separazione dalla legge 54/2006 e non rientra tra le controversie previste nel decreto legislativo 28/2010. Non rientrano, pertanto, nell'istituto giuridico della mediazione civile la tutela dei diritti indisponibili di status e dei minori.

Quali sono le altre forme di conciliazione oggi previste dalla legge?

- Controversie tra imprese e tra imprese e consumatori (l.n.580/1993)
- Controversie in materia di fornitura di servizi di energia e gas (l.n. 481/1995)
- Controversie in materia di subfornitura nelle attività produttive (l.n.192/1998)
- Controversie in materia di Servizi postali (d.lgs. 261/1999)
- Controversie in materia di turismo (l.n.135/2001)
- Controversie in materia di telecomunicazioni (del. n. 182/2002)
- Controversie in materia di franchising (l.n.129/2004)
- Controversie in materia di patti di famiglia (l.n. 55/2006)
- Controversie in materia di tintolavanderia (l.n. 84/2006)
- Controversie in materia Codice del Consumo (d.lgs. n. 206/2005)
- Controversie in materia di tutela del risparmio (l.n. 262/2005)

L'informativa deve essere data anche per i procedimenti esecutivi?.

L'obbligo riguarda solo i procedimenti di cognizione ed è escluso anche per il contenzioso amministrativo.