

La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali

Roma, 8 Novembre 2010

Circolare N.19353

Confindustria

Affari Legislativi

Il Direttore Marcella Panucci

Premessa

Il decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (di seguito: decreto), pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 53 del 5 marzo 2010, contiene disposizioni in materia di mediazione delle controversie civili e commerciali (v. nostra News 12 marzo 2010). Il provvedimento dà attuazione all'art. 60 della legge delega n. 69/2009, di riforma del processo civile (v. nostra Circolare n. 19233 del 15 settembre 2009) e alla Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2008/52/CE in materia di mediazione ed è entrato in vigore lo scorso 20 marzo 2010.

Non tutte le disposizioni del decreto sono immediatamente operative, in quanto l'efficacia di alcune norme, in particolare quelle che prevedono l'obbligatorietà del tentativo di mediazione per determinate tipologie di controversie (sul punto v. *infra*, par. 2), è stata differita al 20 marzo 2011 (artt. 5 e 24).

Le nuove norme introducono nel nostro ordinamento uno strumento di risoluzione stragiudiziale delle controversie, volontario e informale, che consente alle parti, assistite da un soggetto terzo e qualificato, di giungere alla composizione di una lite in tempi certi e brevi.

La *ratio* dell'istituto è di deflazionare il contenzioso davanti ai tribunali attraverso un sistema alternativo e complementare al tradizionale processo davanti al giudice - il decreto equipara, sotto il profilo degli effetti esecutivi, l'atto di conciliazione alla sentenza di condanna - e di garantire risposte celeri e adeguate alla domanda di giustizia di imprese e cittadini.

L'intervento assume notevole rilevanza per le imprese, in quanto il nuovo rimedio si inserisce nella categoria degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie (cd. *Alternative Dispute Resolution* o ADR), che consentono di definire una lite in maniera condivisa, rapida ed economica, nonché di preservare le relazioni, anche di natura commerciale, tra le parti coinvolte.

Tra gli aspetti più innovativi della disciplina in commento, va evidenziato il fatto che il decreto ha portata trasversale, in quanto le relative disposizioni si applicano a tutte le controversie in materia civile e commerciale aventi a oggetto diritti disponibili (ad es. diritti di proprietà, di obbligazione, sui beni

immateriali ecc.), comprese quelle relative ai rapporti di diritto privato tra Pubblica Amministrazione e soggetti privati.

Il decreto abroga i procedimenti conciliativi in materia societaria (art. 23), disciplinati dal d.lgs. n. 5/2003 (su cui v. nostra Circolare n. 17530 del 5 giugno 2003), mentre lascia inalterata la disciplina dei sistemi di risoluzione delle controversie in materia bancaria e finanziaria (art. 128-*bis*, d.lgs. n. 385/1993, di seguito: TUB, e d.lgs n. 179/2007, emanati in attuazione della legge n. 262/2005, su questi aspetti v. *infra* par. 2) e quella dei procedimenti di conciliazione e mediazione obbligatori per effetto di disposizioni vigenti (ad es. in materia di contratti di sub-fornitura nelle attività produttive o di telecomunicazioni).

Le nuove norme sono altresì coordinate con la disciplina dell'azione di classe *ex* art. 140-*bis* del Codice del Consumo (su cui v. nostra Circolare n. 19244 del 16 ottobre 2009), in particolare con il co. 15 dell'art. 140-*bis*, che subordina l'efficacia delle eventuali transazioni intervenute tra chi promuove l'azione di classe e l'impresa convenuta al consenso espresso manifestato dai singoli consumatori-utenti che abbiano aderito all'azione. L'art. 15 del decreto prevede infatti che la conciliazione, intervenuta all'esito del procedimento di mediazione e dopo la scadenza del termine per l'adesione dei singoli consumatori-utenti all'azione di classe, è efficace sia per il promotore che per gli aderenti che vi abbiano espressamente consentito.

La presente Circolare illustra la disciplina introdotta dal decreto, con l'obiettivo di favorire la conoscenza dell'istituto tra le imprese e l'utilizzo della mediazione per la risoluzione delle controversie commerciali.

1. L'attività di mediazione e la conciliazione

Il decreto definisce la mediazione come l'attività svolta da un soggetto terzo e imparziale, che assiste le parti nella ricerca di un accordo idoneo a risolvere una controversia (cd. mediazione facilitativa), ovvero nella formulazione di una proposta (cd. mediazione aggiudicativa) diretta allo stesso fine (art. 1, co. 1, lett. *a*). Come si vedrà nel seguito - e come ribadito nella stessa Relazione illustrativa al decreto - il legislatore accorda una certa preferenza alla prima tipologia di mediazione, che è più coerente con l'obiettivo della ricomposizione della lite secondo modalità alternative al giudizio, tant'è che la disciplina contenuta nel decreto è prevalentemente modellata sulla mediazione facilitativa.

Dal concetto di mediazione il decreto distingue quello di conciliazione, intesa come esito positivo dell'attività di mediazione e quindi come composizione della lite oggetto del procedimento (art. 1, co. 1, lett. c).

La mediazione costituisce espressione della libertà negoziale delle parti, in quanto consente loro di risolvere in modo autonomo e consensuale una controversia. Ne è conferma la mancanza di poteri decisionali e coercitivi in capo al mediatore, il quale si limita ad agevolare le parti nella ricerca di un accordo soddisfacente (art. 1, co. 1, lett. b). A questo proposito, va evidenziato che il legislatore non ha modellato l'attività del mediatore su quella del giudice, dal momento che il primo non è vincolato al principio della domanda e può quindi ricercare soluzioni alla controversia che non si esauriscano nella mera attribuzione di un torto e di una ragione, ma che comportino anche una complessiva ridefinizione del rapporto in essere tra le parti. In questo senso, la mediazione sembra in grado di offrire ai privati un'utilità che il processo ordinario non può assicurare, in quanto, oltre al risparmio in termini di tempi e costi, consente di salvaguardare i rapporti, anche d'affari, preesistenti alla lite.

Il procedimento di mediazione ha, come anticipato, natura volontaria. La volontarietà consiste nel fatto che le parti sono libere di farvi ricorso (o di aderirvi quando sollecitate dalla controparte), evitando così l'azione giudiziaria, e di definire il contenuto dell'accordo risolutivo della lite nel modo che reputino più conveniente. La volontarietà caratterizza la mediazione anche quando questa è prevista come condizione di procedibilità della domanda giudiziale (sul punto v. *infra* par. 2), in quanto è rimessa comunque alle parti la facoltà di accettare/rifiutare le soluzioni prospettate dalla controparte o, se richiesto, dal mediatore.

La mediazione si distingue sia dall'arbitrato (su cui v. nostra Circolare n. 18778 del 15 gennaio 2007) che dalla transazione (art. 1965 c.c.), anch'essi strumenti di risoluzione delle controversie alternativi al giudizio.

Infatti, mentre con l'arbitrato la lite è rimessa al giudizio dell'arbitro, il quale decide secondo diritto o, nel caso in cui le parti ne facciano richiesta, secondo equità (art. 822 c.p.c.), con la mediazione le parti risolvono autonomamente la controversia e al mediatore è affidato esclusivamente il compito di assisterle, in modo da favorire l'accordo conciliativo. Le stesse considerazioni valgono anche con riferimento all'arbitrato irrituale, in cui la controversia è definita mediante determinazione contrattuale e non invece, come nel caso del lodo rituale, con un provvedimento che ha gli stessi effetti della sentenza (artt. 808-ter e 824-bis c.p.c.). Infatti, anche nel caso dell'arbitrato irrituale l'arbitro si sostituisce alle parti nella redazione di un accordo che chiude la controversia.

Per quanto riguarda, invece, la transazione, che è il contratto con cui le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite (o la prevencono), questa si distingue dalla mediazione, in quanto si perfeziona con il mero incontro della volontà delle parti, senza l'intervento di soggetti terzi.

2. Tipologie di mediazione

Il decreto distingue tre tipologie di mediazione:

- a) obbligatoria;
- b) delegata dal giudice;
- c) facoltativa.

a) *La mediazione obbligatoria.* Ai sensi dell'art. 5, co. 1, la mediazione è condizione necessaria per poter iniziare un giudizio, pena l'improcedibilità della domanda, in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di azienda, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari. Pertanto, la parte che intende agire in giudizio in uno di questi ambiti ha l'onere di avviare il procedimento di mediazione prima di presentare la domanda giudiziale.

La disposizione in esame è destinata ad avere un forte impatto per gli operatori della giustizia e comporta un radicale mutamento nell'approccio, anche culturale, alla gestione delle controversie. Per questi motivi il legislatore ne ha differito l'operatività, prevedendo un congruo periodo transitorio: la mediazione obbligatoria sarà infatti efficace a partire dal prossimo 20 marzo 2011 e troverà applicazione ai processi iniziati successivamente a tale data (art. 24).

La *ratio* sottesa all'obbligatorietà del tentativo di mediazione per un novero ampio di materie è da individuare nella necessità di favorire la conoscenza e la diffusione di questo istituto, incentivando in questo modo il ricorso alle soluzioni stragiudiziali, anche al fine di deflazionare il contenzioso civile. Nella scelta della materie il legislatore ha privilegiato anzitutto quelle che attengono a rapporti di durata, idonei quindi a protrarsi anche dopo la risoluzione della controversia insorta tra le parti, ma che in presenza di una decisione giudiziale che la dirime secondo la logica dei torti e delle ragioni sarebbero destinati a chiudersi (è il caso di affitto d'azienda, locazione, condominio, diritti reali, patti di famiglia, contratti bancari). Sotto altro profilo, ci si è orientati su rapporti da cui scaturisce, nella pratica, un rilevante contenzioso (è il caso, su tutti, delle controversie risarcitorie da circolazione di veicoli). L'inserimento in questo

ambito dei patti di famiglia (su cui v. nostra Circolare n. 18607 del 7 Marzo 2006) è coerente con quanto già previsto dall'art. 768-*octies* c.c.: vi si prevede, infatti, la devoluzione preliminare delle controversie che derivano da questi contratti agli organismi di conciliazione di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 5/2003. Quest'ultima norma, così come gli artt. 39 e 40 del d.lgs. n. 5/2003, vengono ora abrogati dall'art. 23 del decreto, in cui si precisa anche che tutti i rinvii operati dalla legge a tali articoli s'intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni della nuova disciplina sulla mediazione.

L'improcedibilità della domanda può essere eccepita dal convenuto ovvero rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza. Se il giudice accerta che il procedimento conciliativo non è stato avviato, concede alle parti quindici giorni per presentare la domanda di mediazione e fissa una nuova udienza dopo la scadenza del termine massimo di durata del procedimento, vale a dire quattro mesi (art. 6, co. 1, v. *infra* par. 4). Qualora, invece, il giudice rilevi che il procedimento è stato iniziato ma non si è ancora concluso, rinvia l'udienza all'esito della mediazione. Se ne desume che la mediazione obbligatoria non comporta la sospensione del processo già instaurato, ma un suo mero differimento, per cui, qualora il procedimento non dovesse avere esito favorevole, non sarà necessario un atto formale per la riassunzione del processo.

Il procedimento di mediazione obbligatoria segue le stesse regole dettate dal decreto per qualunque tipologia di mediazione in ambito civile e commerciale. Peraltro, per talune controversie l'art. 5, co. 1, consente a chi intende agire in giudizio di far ricorso a procedimenti "alternativi", vale a dire quelli disciplinati:

- dall'art. 128-*bis* TUB per la risoluzione delle liti tra banche/intermediari finanziari e clienti (v. Circolare Area Fisco, Finanza e Welfare n. 19228 del 4 agosto 2009). Sulla base di questa norma, infatti, è stata disciplinata la procedura di risoluzione stragiudiziale delle controversie dinanzi all'Arbitro Bancario e Finanziario (ABF). Il procedimento, che deve essere preceduto da un reclamo indirizzato all'intermediario, si svolge davanti a un Collegio di 5 membri, che decide sulla base delle previsioni di legge e regolamentari vigenti in materia;
- dal d.lgs n. 179/2007 per la risoluzione delle liti tra investitori e intermediari. In attuazione della cd. legge risparmio (l. n. 262/2005), infatti, il decreto in questione ha istituito presso la Consob la Camera di conciliazione ed arbitrato, che amministra i procedimenti di conciliazione e arbitrato per la risoluzione delle controversie derivanti dalla violazione, da parte degli intermediari, degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza nei rapporti contrattuali con gli investitori. Si tratta di rapporti che attengono alla prestazione dei servizi di investimento (v. art. 1, co. 5, d.lgs. n. 58/1998): vi rientra, a titolo di esempio, il collocamento da parte dell'intermediario (può trattarsi di una banca) di strumenti finanziari - emessi da un soggetto terzo - presso gli investitori. Lo svolgimento di questa procedura conciliativa è

disciplinato da una delibera Consob (n. 16763 del 29 dicembre 2008): il procedimento, che può essere avviato previo reclamo all'intermediario, si svolge davanti a un conciliatore nominato dalla Camera e si conclude con un verbale che riporta i contenuti dell'accordo conciliativo. Qualora non venga data spontanea esecuzione all'accordo, il verbale può essere omologato dal Presidente del Tribunale competente e costituisce titolo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione in forma specifica e l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale.

Come anticipato, i procedimenti davanti all'ABF e alla Camera di conciliazione della Consob sono esperibili in alternativa alla mediazione disciplinata dal decreto. Pertanto, l'inclusione delle controversie in materia di contratti assicurativi, bancari e finanziari nel novero di quelle per cui è prevista l'obbligatorietà del tentativo di mediazione avrà l'effetto di incrementare notevolmente il ricorso a questi procedimenti.

L'obbligatorietà non opera per le azioni inibitorie e risarcitorie *ex artt.* 37, 140 e 140-*bis* del Codice del Consumo che abbiano ad oggetto uno dei rapporti per i quali la mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda. Per le azioni inibitorie tale esclusione si giustifica in quanto la relativa disciplina già contempla una condizione di procedibilità, vale a dire la diffida al soggetto responsabile (art. 140, co. 5, del Codice del Consumo) e un tentativo facoltativo di conciliazione (art. 140, co. 2 e ss.). Quanto all'azione di classe, si è già osservato come la mediazione, per essere efficace nei confronti degli aderenti che vi acconsentano espressamente non possa intervenire prima della scadenza del termine per le adesioni, quindi in un momento che si colloca successivamente alla proposizione della "domanda di classe". Un tentativo obbligatorio di mediazione - inteso come condizione di procedibilità della domanda - sarebbe stato quindi incompatibile rispetto alla struttura del procedimento di classe.

Più in generale, queste esclusioni possono essere lette anche alla luce del *favor* tradizionalmente manifestato dal legislatore per la tutela giurisdizionale dei diritti in ambito consumeristico. A questo proposito, va rilevato come, fatta eccezione per i contratti bancari, assicurativi e finanziari, i rapporti di consumo non sono riconducibili al novero delle materie per le quali l'art. 5, co. 1, obbliga alla mediazione preliminare al giudizio.

I co. 3 e 4 dell'art. 5 individuano i procedimenti la cui trattazione non è preclusa dalla mediazione obbligatoria. In particolare, lo svolgimento della mediazione non impedisce la concessione di provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale. In questi casi, infatti, la parte ha interesse a ottenere in tempi rapidi il provvedimento o la trascrizione e questa esigenza mal si concilia con un tentativo obbligatorio di mediazione (art. 5, co. 3).

Quest'ultimo non trova applicazione, inoltre, per i procedimenti ingiuntivi, possessori, di convalida di licenza o sfratto, di opposizione o incidentali di cognizione, nonché per quelli in camera di consiglio e per l'azione civile esercitata nel processo penale. Si tratta infatti di procedimenti che, seppure sommariamente e/o in assenza di contraddittorio, sono comunque in grado di assicurare alle parti una rapida soddisfazione dei loro interessi (art. 5, co. 4) e risultano incompatibili con l'obbligo di mediazione.

L'art. 5, co. 5, del decreto prevede una particolare forma di mediazione obbligatoria, peraltro immediatamente operativa e non differita al 20 marzo 2011. Si tratta del tentativo di composizione amichevole previsto da un contratto ovvero dallo statuto o dall'atto costitutivo di un ente (cd. clausola di mediazione o conciliativa), il cui svolgimento è reso obbligatorio dalla comune volontà delle parti.

Anche in questi casi, la parte che intende agire in giudizio è tenuta ad avviare preliminarmente un procedimento di mediazione davanti all'organismo indicato nel contratto o nello statuto, ovvero davanti a un altro organismo individuato d'intesa tra le parti. Quest'ultima ipotesi può verificarsi quando la clausola di mediazione non contenga la specificazione dell'organismo scelto dalle parti, ma anche nell'ipotesi in cui le parti decidano comunque di rivolgersi a un altro ente. Tuttavia, a differenza di quanto stabilito dal co. 1 con riguardo alle controversie per le quali la mediazione è obbligatoria per legge, il mancato esperimento del tentativo di mediazione previsto nel contratto o nello statuto, non può essere rilevato d'ufficio dal giudice. Pertanto, solo a seguito di un'eccezione di parte, da proporre nel primo atto difensivo, il giudice è tenuto ad assegnare alle parti un termine di 15 giorni per la presentazione della domanda di mediazione e a rinviare l'udienza all'esito del procedimento. La mancanza di un potere officioso del giudice è coerente con la natura consensuale dell'obbligo di mediazione in questi casi, per cui le parti, allo stesso modo in cui concordano di tentare preliminarmente una soluzione stragiudiziale per le future controversie che dovessero insorgere tra loro, possono poi convenire di accedere direttamente al giudizio, senza passare attraverso la mediazione.

Il decreto non chiarisce se la clausola di mediazione predisposta unilateralmente da uno dei contraenti per regolare una serie indefinita di rapporti sia assimilabile a una clausola vessatoria ex art. 1341, co. 2, c.c. e quindi se, per la sua efficacia sia necessaria una specifica approvazione per iscritto da parte dell'altro contraente. Questa lettura sembra da escludere alla luce di una consolidata interpretazione giurisprudenziale (tra le altre, v. Cass. Civ., sent. n. 9587 del 2000), che considera tassativo l'elenco di clausole

vessatorie di cui all'art. 1341, co. 2, c.c. (l'ipotesi in esame non vi è ricompresa) e non suscettibile di estensione analogica.

In concreto, sulla base di questa interpretazione non dovrebbe essere possibile, nei rapporti tra imprese, contestare la vessatorietà della clausola di mediazione predisposta da uno dei due contraenti e non approvata specificamente per iscritto nel contratto in cui è inserita.

Nel caso di rapporti imprese-consumatori, invece, la valutazione in ordine alla possibile vessatorietà di una clausola di mediazione predisposta unilateralmente dall'impresa deve tener conto delle disposizioni speciali contenute nel Codice del Consumo (art. 33 e ss.). Al riguardo, se è da escludere, per ragioni analoghe a quelle già richiamate con riferimento all'art. 1341, co. 2, c.c., che una clausola di questo tipo rientri tra quelle per le quali vige una presunzione di vessatorietà (l'elenco tassativo è all'art. 33, co. 2, del Codice del Consumo), va tuttavia considerata la previsione generale secondo cui sono vessatorie quelle clausole che determinano a carico del consumatore un *significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto* (art. 33, co. 1). Il contenuto concreto della clausola potrebbe effettivamente essere tale da alterare l'equilibrio negoziale a danno della parte debole, ma sarà in questo caso il consumatore a dover provare la sussistenza degli elementi costitutivi della vessatorietà.

Sotto altro profilo, è opportuno chiedersi se l'eventuale invalidità del contratto si estenda anche alla clausola di mediazione che in esso è inserita. Sul punto, alcuni primi commentatori ritengono che la clausola di mediazione costituisca un negozio autonomo rispetto al contratto cui accede e che essa abbia come unico scopo di demandare a un organismo di mediazione le controversie che riguardino o che nascano da quel contratto. Seguendo questa linea interpretativa, nel silenzio del decreto, alla clausola di mediazione sarebbe applicabile in via analogica l'art. 808, co. 2, c.p.c., secondo cui la validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto in cui è inserita. Ne conseguirebbe che l'eventuale invalidità del contratto non si estende in modo automatico alla clausola di mediazione, salvo il caso in cui siano riscontrabili vizi "comuni" sia al contratto che alla clausola. Questa conclusione sarebbe sorretta anche da ragioni di opportunità: infatti, l'estensione automatica dell'invalidità vanificherebbe l'utilità della clausola di mediazione nell'ipotesi in cui la controversia da risolvere con l'aiuto del mediatore abbia ad oggetto proprio la validità del contratto cui la clausola accede.

b) La mediazione delegata dal giudice. Per incentivare il ricorso alla risoluzione stragiudiziale delle controversie, l'art. 5, co. 2 del decreto, in linea

con quanto previsto dalla Direttiva 2008/52/CE, prevede che la mediazione possa interferire con il processo. Al riguardo, si prevede che il giudice, tenuto conto della natura della causa, dello stato dell'istruzione della stessa e del comportamento delle parti, può invitarle a risolvere la lite davanti un organismo di mediazione.

L'invito può essere rivolto alle parti anche in sede di giudizio d'appello, purché prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa. In questi casi occorre che le parti aderiscano all'invito del giudice: se ciò accade, quest'ultimo fissa una successiva udienza dopo la scadenza del termine massimo per lo svolgimento del procedimento, assegnando contestualmente 15 giorni per la proposizione dell'istanza di mediazione.

Peraltro, si ritiene che il giudice possa invitare le parti a ricercare una soluzione conciliativa anche quando vi sia stato un precedente tentativo non andato a buon fine e laddove individui, in corso di causa, nuove opzioni di composizione amichevole della controversia da suggerire alle parti.

c) *La mediazione facoltativa.* In tutte le altre controversie civili e commerciali, che abbiano ad oggetto diritti disponibili, la mediazione può essere liberamente scelta dalle parti (art. 2, co. 1), prima o durante lo svolgimento del giudizio. A tal fine, non è necessario un preventivo accordo tra le parti in lite, dal momento che chiunque può accedere alla mediazione per tentare di risolvere la controversia, utilizzando il procedimento disciplinato dal decreto e invitando gli altri soggetti coinvolti a parteciparvi. Se la controparte (o le controparti) non raccoglie l'invito e rifiuta ingiustificatamente di partecipare alla mediazione, il giudice, nel successivo giudizio che abbia ad oggetto la medesima questione, può desumere da questo comportamento argomenti di prova (art. 8, co. 5, sul punto v. *infra*, par. 4 e 5).

La mediazione non preclude il ricorso a quegli istituti, già ampiamente utilizzati in alcuni settori produttivi, che favoriscono la risoluzione stragiudiziale delle controversie su base paritetica, né tantomeno alle procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi (art. 2, co. 2). A differenza della mediazione, in questi casi non vi è l'intervento di organismi terzi e imparziali cui sia attribuito il compito di favorire l'accordo tra le parti.

3. Gli organismi di mediazione e l'attività del mediatore

Il decreto affida la mediazione a organismi costituiti nell'ambito di enti pubblici o privati che diano garanzie di serietà ed efficienza (art. 16). Gli organismi, per poter svolgere tale attività, devono essere iscritti nel registro tenuto dal

Ministero della Giustizia e istituito dal Decreto Ministeriale n. 180 del 18 ottobre 2010 (pubblicato sulla GU n. 258 del 4 novembre 2010 e in vigore dal giorno successivo, di seguito: DM). L'iscrizione è subordinata a un'autorizzazione rilasciata dal responsabile del registro ministeriale, che verifica la sussistenza dei presupposti indicati all'art. 4 del DM (sul punto v. *infra*). Al riguardo, va subito precisato che è prevista un'agevolazione procedurale in favore di determinati enti pubblici, ai quali il legislatore ha riconosciuto il possesso dei suddetti requisiti di serietà ed efficienza: infatti, gli organismi costituiti all'interno dei Consigli degli ordini degli avvocati e delle Camere di Commercio possono ottenere l'iscrizione nel registro a semplice domanda (artt. 18 e 19 e art. 4, co. 4, del DM). Anche i Consigli degli altri ordini professionali possono istituire *organismi speciali* per le materie di loro competenza, ma in questi casi l'iscrizione è subordinata al rilascio dell'autorizzazione ministeriale (art. 4, co. 4, del DM).

Ai fini dell'iscrizione nel registro, gli organismi trasmettono al Ministero della Giustizia la necessaria documentazione, vale a dire la domanda di iscrizione (redatta secondo il modello approvato dal responsabile del registro), il codice etico, il regolamento di procedura e la tabella delle indennità (art. 16, co. 3, e art. 5 del DM). Alla domanda devono essere allegati, inoltre, l'elenco dei mediatori disponibili a svolgere l'attività di mediazione per l'organismo (art. 6, co. 1, del DM) e la scheda di valutazione del servizio (art. 5, co. 1, del DM). La trasmissione della domanda e dei relativi allegati al Ministero deve avvenire con modalità, anche telematiche, che assicurino la certezza dell'avvenuto ricevimento.

Il procedimento di iscrizione si conclude entro 40 giorni dal ricevimento della domanda. Se entro questo termine il responsabile del registro non provvede, si procede comunque all'iscrizione dell'organismo richiedente (art. 5 del DM).

Come anticipato, l'art. 4 del DM individua i criteri che devono orientare il responsabile ministeriale nella verifica della professionalità ed efficienza degli organismi (co. 2), presupposti necessari per l'iscrizione nel registro e attestati dal possesso di specifici requisiti, tra cui:

- la capacità finanziaria, per la quale si richiede il possesso di un capitale almeno pari a diecimila euro (il DM fa infatti riferimento al capitale minimo necessario per la costituzione di una Srl);
- la capacità organizzativa, per la quale il richiedente deve dimostrare di poter svolgere l'attività di mediazione in almeno due regioni ovvero in almeno due province della stessa regione. Al riguardo, si segnala anche che ciascun organismo può stipulare accordi con altri organismi per avvalersi delle strutture, del personale e dei mediatori di questi ultimi (art. 7, co. 2, lett. c), del DM);

- una polizza assicurativa di almeno cinquecentomila euro, a copertura dell'eventuale responsabilità derivante, a qualsiasi titolo, dallo svolgimento dell'attività di mediazione;
- la trasparenza amministrativa e contabile e, per gli organismi che costituiscono articolazioni interne degli enti pubblici o privati che li hanno costituiti, l'autonomia finanziaria e funzionale;
- le necessarie garanzie di indipendenza, imparzialità e riservatezza nello svolgimento del servizio di mediazione;
- un organico di almeno cinque mediatori, che abbiano dichiarato la propria disponibilità a svolgere le relative funzioni presso l'organismo.

Quanto alla forma giuridica che tali organismi possono assumere, va precisato che può trattarsi sia di autonomi soggetti di diritto, sia di articolazioni interne agli enti istitutivi (art. 1, co. 1, lett. *f*), del DM). La precisazione rileva in quanto, sempre ai fini dell'iscrizione, è necessario anche il possesso da parte di soci, associati, amministratori o rappresentanti *dei predetti enti* dei requisiti di onorabilità previsti per i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso SIM, SGR e SICAV (l'art. 4, co. 2, lett. *c*), del DM richiama infatti l'art. 13 del TUF e, indirettamente, il Decreto Ministeriale di attuazione n. 468/1998). La formulazione della norma solleva dei dubbi in ordine ai soggetti rispetto ai quali debbano essere accertati i requisiti appena richiamati, vale a dire se si tratti degli organismi o degli enti istitutivi: coerentemente con le altre prerogative individuate all'art. 4, co. 2, del DM e riconducibili agli organismi, è ragionevole ritenere che anche questa valutazione debba essere effettuata rispetto a tali soggetti, quantomeno nelle ipotesi in cui siano strutturati sotto forma di autonomi soggetti di diritto rispetto agli enti istitutivi e non ne costituiscano, invece, una mera articolazione interna.

Fatta eccezione per la polizza assicurativa, per la quale deve essere prodotta apposita copia, il possesso di tutti i requisiti previsti all'art. 4, co. 2, del DM può essere attestato mediante autocertificazione (art. 4, co. 5).

Come anticipato, ai fini dell'iscrizione nel registro, il Ministero della Giustizia valuta anche l'idoneità del regolamento di procedura dell'organismo e la sua conformità alla legge (art. 16, co. 3, del decreto e artt. 4 e 7 del DM). Tale atto disciplina le modalità di svolgimento del procedimento di mediazione davanti all'organismo e rappresenta uno strumento attraverso cui declinare, in concreto, il servizio di mediazione, anche per differenziarlo rispetto a quello offerto da organismi "concorrenti". Le disposizioni del regolamento vincolano sia le parti che il mediatore, ma non è esclusa la possibilità di derogare, di comune accordo, alle relative previsioni, purché la deroga non si ponga in contrasto con i principi e le disposizioni del decreto.

Il regolamento deve garantire alle parti la riservatezza delle dichiarazioni e delle informazioni acquisite dal mediatore nel corso della procedura (sul punto v. *infra* par. 4), l'accesso agli atti del procedimento e la possibilità di indicare, di comune accordo, il mediatore cui intendono affidare il tentativo di composizione amichevole, ai fini della sua eventuale designazione da parte dell'organismo. Il regolamento individua anche il luogo di svolgimento della procedura, derogabile solo col consenso di tutte le parti, del mediatore e del responsabile dell'organismo e contiene anche l'eventuale specificazione che la mediazione svolta dall'organismo è limitata a specifiche materie.

Inoltre, per assicurare l'imparzialità e l'idoneità del mediatore al corretto e sollecito espletamento dell'incarico, il regolamento deve disciplinarne le modalità di nomina e le cause di incompatibilità (art. 3, co. 2, del decreto e art. 7, co. 3, del DM). A questo proposito, il mediatore è obbligato a sottoscrivere, prima dell'inizio di ciascun procedimento, una dichiarazione di imparzialità e a informare immediatamente l'organismo e le parti delle ragioni di possibile pregiudizio all'imparzialità insorte nel corso del procedimento. Al mediatore - l'art. 15 del DM estende la previsione anche agli organismi - non è poi consentito assumere diritti od obblighi connessi con gli affari trattati, fatta eccezione per quanto corrisposto dall'organismo a titolo di onorario per la prestazione svolta, né tantomeno percepire compensi direttamente dalle parti (art. 14, co. 2, del decreto).

In merito ai requisiti dei mediatori, che, *ex art.* 4 del DM, costituiscono altrettanti criteri di valutazione ai fini dell'iscrizione dell'organismo nel registro, si richiede che tali soggetti abbiano un'adeguata preparazione professionale, per la quale è richiesta la laurea triennale ovvero, in alternativa, l'iscrizione a un ordine o collegio professionale e una specifica formazione sulle tecniche di mediazione, acquisita presso enti di formazione, iscritti anch'essi in un apposito elenco ministeriale (artt. 17 e ss. del DM). Analogamente a quanto stabilito per gli organismi, anche i mediatori devono essere in possesso di specifici requisiti di onorabilità, vale a dire non aver subito:

- condanne definitive per delitti non colposi o a pena detentiva non sospesa;
- l'interdizione temporanea o perpetua dai pubblici uffici;
- misure di prevenzione o di sicurezza;
- sanzioni disciplinari diverse dall'avvertimento.

In attuazione dell'art. 17 del decreto, il DM (art. 16) disciplina anche i criteri di determinazione delle indennità per l'espletamento del servizio di mediazione. In un'apposita Tabella A allegata al DM sono indicati i minimi e i massimi tariffari scaglionati in funzione del valore della lite: gli organismi costituiti da enti di diritto pubblico sono tenuti ad applicare queste tariffe, mentre quelli

privati possono fissare autonomamente gli importi delle spese di mediazione (art. 16, co. 13 del DM), seppur nel rispetto dei criteri indicati dal DM (v. art. 17, co. 4, lett. *b*), del decreto). Pertanto, per gli organismi privati l'iscrizione nel registro comporta anche l'approvazione delle tariffe, che, come anticipato, devono essere allegate alla domanda di iscrizione (art. 5, co. 1 del DM).

Quanto più specificamente ai criteri dettati dal DM, l'art. 16 precisa anzitutto che le spese di mediazione comprendono anche l'onorario del mediatore e prescindono dal numero degli incontri svolti, nonché dall'eventualità che nel corso del procedimento venga nominato un altro mediatore, anche ai fini della formulazione della proposta in caso di mancato accordo tra le parti (sul punto v. *infra*, par. 5). Inoltre, le tariffe contenute nella citata Tabella A, diminuite di un terzo, vincolano anche gli organismi privati nei casi di mediazione obbligatoria (v. *supra*, par. 2), considerata la necessità di assicurare condizioni equivalenti - e agevolate - per l'accesso alla mediazione, a prescindere dal tipo di organismo adito, quando questa costituisca un passaggio preliminare obbligato per l'accesso al giudizio.

Più in generale, si stabilisce poi che gli importi indicati nella Tabella A sono dovuti da ciascuna parte e che ognuna di queste è responsabile in solido per le spese di mediazione, tenendo però presente che quando più soggetti rappresentano un unico centro di interessi si considerano come un'unica parte (potrebbe essere il caso, ad esempio, di un'azione sociale di responsabilità promossa dai soci di minoranza di una SpA). È altresì previsto che gli importi massimi delle spese di mediazione:

- possono essere aumentati in misura non superiore a un quinto in considerazione dell'importanza, della complessità o della difficoltà dell'affare trattato;
- devono essere aumentati in misura non superiore a un quinto in caso di esito positivo della mediazione e nel caso in cui si proceda alla formulazione della proposta in assenza di accordo tra le parti;
- devono essere ridotti di un terzo nei casi in cui nessuna delle controparti di quella che ha avviato il procedimento abbia partecipato alla mediazione.

Sotto altro profilo, va poi rilevato come dal momento dell'iscrizione nel registro l'organismo e il mediatore designato non possono, se non per giustificato motivo, rifiutarsi di svolgere la mediazione (art. 9 del DM). Se ne desume che, a seguito dell'iscrizione, l'organismo e il mediatore diventano titolari di una funzione di rilievo pubblicistico, alla quale non possono sottrarsi, se non in presenza di adeguate motivazioni.

Al Ministero della Giustizia è attribuita la vigilanza sugli organismi di mediazione iscritti (art. 3, co. 2 del DM), il potere di provvedere alla sospensione e alla cancellazione degli organismi stessi dal registro (art. 10 del

DM, che annovera tra i casi di cancellazione anche l'ipotesi in cui questi abbiano svolto meno di dieci procedimenti in due anni), nonché il monitoraggio statistico dei procedimenti di mediazione (art. 11 del DM).

Non sono invece disciplinate le conseguenze che possono derivare da ipotesi di violazione da parte del mediatore degli obblighi previsti dalla legge o dal regolamento di procedura a garanzia della sua indipendenza e imparzialità. Al riguardo, è lecito ritenere che qualora l'inosservanza di tali obblighi determini un danno per le parti del procedimento, queste siano legittimate a far valere una pretesa risarcitoria. Le disposizioni normative non consentono però di definire con certezza la natura del rapporto giuridico che intercorre tra il mediatore e l'organismo e tra questo e le parti, per cui non è agevole individuare la tipologia di responsabilità che può derivare da questo tipo di violazioni. Sul punto, il contenuto concreto dello statuto (e/o dell'atto istitutivo) dell'organismo e dei regolamenti di procedura avrà senz'altro un ruolo importante nell'orientare la giurisprudenza.

4. Il procedimento di mediazione

Il decreto individua i principi generali del procedimento di mediazione, la cui disciplina di dettaglio è invece rimessa, come visto, ai singoli organismi conciliativi.

Si precisa anzitutto che il procedimento non è soggetto ad alcuna formalità (artt. 3, co. 3 e 8, co. 2), per cui esso seguirà la scansione dettata dal regolamento di procedura dell'organismo prescelto dalle parti (art. 3, co. 1 e 2). È la conferma che le modalità di svolgimento della mediazione sono rimesse all'autoregolamentazione, sul presupposto che questa sia una delle leve più importanti per assicurare il successo del nuovo strumento. Coerentemente con questa impostazione, non si prevede l'obbligo di difesa tecnica per le parti, che saranno quindi libere di parteciparvi assistite o meno da un avvocato.

Il procedimento viene avviato mediante il deposito della domanda presso uno degli organismi iscritti nel registro ministeriale e, per non alimentare contenziosi, non sono previsti specifici criteri di competenza, per cui le parti sono libere di presentare la domanda presso l'organismo che ritengano più idoneo. Il principio viene peraltro parzialmente mitigato dal fatto che, come si vedrà, la mancata partecipazione al procedimento è elemento che il giudice può valutare nella successiva fase contenziosa, a condizione che non sussista un *giustificato motivo*, individuabile anche nella notevole distanza territoriale tra la sede dell'organismo e la parte assente. Nel caso in cui vi siano più domande di mediazione aventi a oggetto la medesima controversia, il

procedimento si svolge davanti all'organismo presso cui è stata proposta la prima domanda e, per individuarne il tempo, si tiene conto della data in cui la controparte ha ricevuto la relativa comunicazione (art. 4, co. 1).

La domanda di mediazione deve quindi essere presentata per iscritto (o perlomeno documentata con un verbale, redatto al momento del deposito) e indicare l'organismo prescelto, le parti della controversia, l'oggetto della lite e le ragioni della pretesa (art. 4, co. 2). Il contenuto dell'istanza delineato dal decreto è volutamente ampio e non puntuale, sul presupposto che l'oggetto della mediazione non necessariamente coincide con quello di una specifica causa, bensì può riguardare anche più controversie esistenti tra le parti coinvolte, rispetto alle quali la mediazione può costituire l'occasione di una complessiva rinegoziazione e, quindi, ridefinizione dei reciproci rapporti.

Al fine di assicurare la necessaria celerità al procedimento, si prevede poi che questo debba concludersi entro quattro mesi, che decorrono dal deposito della domanda o, nel caso di mediazione demandata dal giudice, dalla scadenza del termine fissato da quest'ultimo per l'avvio della procedura (art. 6).

I quattro mesi previsti per lo svolgimento della mediazione non rilevano ai fini della valutazione della ragionevole durata del processo ex legge n. 89/2001, cd. Legge Pinto (art. 7) e ciò anche qualora il giudice disponga il rinvio della causa dopo aver accertato il mancato esperimento del tentativo di mediazione obbligatoria o la sua mancata conclusione.

Una volta ricevuta la domanda, il responsabile dell'organismo nomina un mediatore e fissa entro quindici giorni il primo incontro tra le parti. Per le controversie che richiedono particolari competenze tecniche possono essere nominati uno o più mediatori ausiliari, ovvero è prevista la facoltà per il mediatore di avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti tenuti dai Tribunali. Il ricorso agli ausiliari costituisce la prima opzione disponibile nelle ipotesi di controversie di particolare complessità: solo laddove non sia possibile procedere in questo modo il mediatore si avvarrà dei consulenti tecnici (art. 8, co. 1 e 4). Questa indicazione contenuta nel decreto va interpretata alla luce dell'esigenza di contenere i costi del procedimento, considerato che la nomina di uno o più ausiliari non incide sulle spese di mediazione (artt. 17, co. 4, del decreto e 16, co. 10, del DM), mentre i compensi spettanti ai consulenti costituiscono una distinta - e ulteriore - voce di costo.

La domanda e la data del primo incontro sono comunicate, anche a cura della parte che assume l'iniziativa, all'altra parte coinvolta con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione. Dal momento della comunicazione, l'istanza di mediazione interrompe e sospende la prescrizione fino al termine del procedimento, allo stesso modo della domanda giudiziale, e produce l'effetto

impeditivo sulla decadenza dei diritti (art. 5, co. 6). A quest'ultimo riguardo, per evitare che vengano reiterate una serie di istanze al solo fine di differire nel tempo il termine di decadenza, il decreto precisa anche che l'effetto impeditivo appena citato può verificarsi per una sola volta.

Il decreto contiene poi disposizioni dirette ad assicurare la riservatezza e la successiva inutilizzabilità delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nell'ambito del procedimento. Al riguardo, va infatti considerato che una delle tecniche su cui il mediatore può far leva per addivenire a un accordo è di sentire le parti in sessioni separate, che gli consentono di acquisire informazioni che non verrebbero rivelate in presenza della controparte, ma che possono risultare utili per la soluzione della controversia. Per assicurare l'efficacia di tali sessioni separate e, più in generale, che i soggetti coinvolti non abbiano un approccio "difensivo" e di chiusura nel corso del procedimento, l'art. 9 del decreto obbliga il mediatore - e chiunque operi nell'ambito dell'organismo - alla riservatezza rispetto alle dichiarazioni e alle informazioni acquisite durante il procedimento, specie qualora queste siano state rivelate dalle parti nel corso di sessioni separate.

Persegue finalità analoghe la successiva previsione (art. 10) della inutilizzabilità di informazioni e dichiarazioni - acquisite nel corso della mediazione - nel successivo giudizio iniziato, riassunto o proseguito in caso di esito negativo del procedimento. Il mediatore non può quindi essere ascoltato come testimone sul contenuto delle suddette informazioni e dichiarazioni nel giudizio che segue all'insuccesso della mediazione, né tantomeno sulle stesse può essere deferito giuramento decisorio. Il segreto professionale cui è tenuto il mediatore è tutelato anche sul piano penale, in quanto il decreto (art. 10, co. 2), nel prevedere che lo stesso non possa essere chiamato a deporre sul contenuto delle informazioni e dichiarazioni, gli estende le garanzie assicurate al difensore dall'art. 103 c.p.p. e quelle riservate dall'art. 200 c.p.p. a soggetti che esercitano determinati uffici o professioni.

Questi specifici presidi posti a tutela della riservatezza rappresentano, nelle intenzioni del legislatore, uno dei punti qualificanti della nuova disciplina, in quanto diretti a superare possibili reticenze dei soggetti coinvolti nella rivelazione di informazioni inerenti alla controversia e, quindi, a favorire la buona riuscita della mediazione.

5. Esito del procedimento di mediazione

La fase conclusiva del procedimento di mediazione è disciplinata dall'art. 11 del decreto.

Le parti possono raggiungere l'accordo sulla composizione della controversia sia spontaneamente, sia accettando la proposta conciliativa formulata dal mediatore (sul punto, v. *infra*). Una volta trovato l'accordo, spontaneo ovvero raggiunto a seguito dell'adesione di tutte le parti coinvolte alla proposta del mediatore, quest'ultimo redige il verbale di conciliazione e lo deposita presso la segreteria dell'Organismo. Il verbale deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia delle sottoscrizioni. Nel caso in cui con l'accordo venga concluso un contratto o stipulato un atto avente ad oggetto beni immobili, quindi soggetto a trascrizione *ex art. 2643 c.c.*, la sottoscrizione del verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale.

Il verbale può anche prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione, inosservanza o ritardo nell'adempimento degli obblighi stabiliti in sede di accordo conciliativo. In questo modo, il legislatore ha inteso rafforzare l'efficacia e la portata vincolante dell'accordo per le parti, legittimando possibili forme di *astreintes* convenzionali, vale a dire misure con cui le parti disciplinano le conseguenze del mancato rispetto di quanto stabilito all'esito - positivo - del procedimento di mediazione. Questo meccanismo condivide la stessa *ratio* di deterrenza delle *astreintes* giudiziali disciplinate dall'art. 614-*bis* c.p.c. (disposizione introdotta dalla riforma del processo civile di cui alla legge n. 69/2009), poste a presidio del corretto adempimento degli obblighi di fare infungibili o di non fare disposti nei provvedimenti di condanna.

Come anticipato, il decreto contempla (art. 11, co. 1 e 2) la possibilità che il mediatore formuli una proposta di soluzione della lite nelle ipotesi in cui la stessa non si risolva con una conciliazione amichevole, possibilità che si tramuta in un obbligo solo in presenza di una concorde richiesta delle parti. Qualora poi queste non accettino la proposta conciliativa (al riguardo, il legislatore equipara il silenzio al rifiuto), il mediatore redige il verbale di chiusura del procedimento, in cui indica anche il contenuto della proposta rifiutata, che può assumere specifico rilievo in termini di ripartizione delle spese del successivo giudizio.

Infatti, per incentivare la positiva conclusione del procedimento, l'art. 13, co. 1, del decreto prefigura un ribaltamento del principio della soccombenza: se il contenuto del provvedimento che definisce il giudizio instaurato a seguito dell'insuccesso della mediazione corrisponde *interamente* a quello della proposta conciliativa, il giudice:

- esclude il recupero delle spese processuali sostenute dalla parte vincitrice che l'ha rifiutata;
e la condanna:
- al rimborso di quelle sostenute dal soccombente;

- al pagamento di una somma di denaro, a titolo di sanzione pecuniaria processuale, in misura pari al contributo unificato dovuto per quella causa;
- alle spese dovute per l'indennità del mediatore e per gli eventuali compensi da riconoscere ai consulenti tecnici di cui questo si sia avvalso.

Questa previsione si pone in linea di continuità con l'analogica norma generale introdotta dalla legge n. 69/2009 nell'art. 91 c.p.c., che sempre al fine di incentivare il ricorso a strumenti conciliativi, ha disposto una deroga al principio della soccombenza per il caso di rifiuto immotivato della proposta di conciliazione formulata nella fase preliminare del giudizio.

Come visto, affinché possano trovare applicazione le pesanti conseguenze previste dall'art. 13 per il rifiuto della proposta conciliativa, occorre che sussista una piena coincidenza tra questa e il provvedimento che chiude il giudizio. In tal caso, il decreto non attribuisce margini di discrezionalità all'autorità giudiziaria, sia per quanto attiene alla valutazione del presupposto (la piena coincidenza), sia in merito alle conseguenti determinazioni relative alle spese di lite. Diverso il caso in cui il contenuto del provvedimento che definisce il giudizio non corrisponda interamente alla proposta del mediatore: in questa ipotesi, il giudice, laddove ricorrano *gravi ed eccezionali ragioni*, può escludere il solo recupero delle spese sostenute dalla parte vincitrice, unicamente per il procedimento di mediazione (art. 13, co. 2).

Al riguardo, occorre sottolineare che in una prima versione del decreto la formulazione di una proposta conciliativa costituiva un obbligo per il mediatore in ogni caso di insuccesso della composizione amichevole. Questa previsione, letta congiuntamente a quella dell'art. 13, aveva sollevato non poche perplessità: da un lato, considerata la natura volontaria della mediazione, che dovrebbe comportare - almeno in teoria - la possibilità per le parti di rifiutare liberamente la proposta, senza temere ripercussioni nella successiva fase processuale; dall'altro, perché la previsione generalizzata di un obbligo per il mediatore avrebbe potuto indurre le parti a un atteggiamento di chiusura, quindi a non rivelare informazioni essenziali per la composizione della lite, per evitare che il mediatore riuscisse a formulare una proposta coincidente con il presumibile esito del successivo giudizio. In altre parole, era stato da più parti evidenziato - non senza fondamento - il rischio che l'obbligo di formulare la proposta potesse compromettere l'efficacia deflattiva del nuovo istituto.

Per queste ragioni, il testo definitivo ha trasformato questo obbligo in una mera facoltà riconosciuta al mediatore. La scelta è coerente con l'impostazione complessiva del decreto, che privilegia le composizioni amichevoli, e con la natura della mediazione, caratterizzata dalla volontarietà e dall'autonomia delle parti nell'accesso e nella "gestione" del procedimento. Di fatto, il primo obiettivo del mediatore deve essere di indurre le parti all'accordo spontaneo,

per cui solo in caso di insuccesso si apre la possibilità di proporre una soluzione della controversia da sottoporre alla loro approvazione.

Alla luce di queste considerazioni, la scelta di ricollegare comunque al rifiuto immotivato della proposta degli effetti sul piano delle spese di lite rappresenta una sorta di compromesso tra le esigenze appena viste e la necessità di prevenire comportamenti ostruzionistici della parte poco propensa alla composizione conciliativa. Qualora, infatti, la formulazione di una proposta fosse stata rimessa alla sola concorde richiesta delle parti, e in assenza della previsione di una forma di "sanzione" nel successivo giudizio, quella intenzionata a vanificare il tentativo di mediazione non avrebbe avuto alcun ostacolo nel compromettere il buon esito del procedimento, negando il proprio consenso senza alcuna conseguenza sfavorevole sul piano processuale.

È ragionevole ritenere che i regolamenti di procedura adottati da parte dei singoli organismi potranno optare o meno per la facoltà del mediatore di formulare la proposta conciliativa in assenza di accordo amichevole tra le parti e di una concorde richiesta in tal senso. Infatti, nonostante l'art. 7 del DM non contempli espressamente tale opzione tra i possibili contenuti del regolamento di procedura, una scelta effettuata *ex ante* in questa sede da parte dell'organismo assicurerebbe un certo margine di prevedibilità al procedimento. In mancanza di un'indicazione espressa in tal senso - e di una concorde richiesta delle parti - la scelta in ordine alla formulazione della proposta ricadrà sul mediatore.

In ogni caso, nel regolamento di procedura l'organismo può prevedere che la proposta di cui sopra venga formulata da un mediatore diverso da quello che ha condotto il procedimento fino a quel momento, nonché la possibilità per il mediatore di effettuare la proposta anche nelle ipotesi di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento stesso (art. 7, co. 2, lett. b), del DM).

Sempre nell'ottica di favorire un approccio costruttivo delle parti alla mediazione e la loro fiducia nella riservatezza delle dichiarazioni e delle informazioni trasmesse al mediatore, l'art. 11, co. 2, del decreto precisa che la proposta non può contenere alcun riferimento a tali dichiarazioni o informazioni. Il divieto, che può essere superato solo in presenza di un diverso accordo tra le parti, è coerente con le previsioni contenute agli artt. 9 e 10 del decreto (v. *supra*, par. 4) e con l'esigenza di evitare che le parti omettano di riferire circostanze la cui conoscenza è necessarie per la buona riuscita della mediazione.

Per quanto concerne la fase conclusiva del procedimento, si è già visto (v. *supra*) che, anche in caso di esito negativo, il mediatore è tenuto a redigere un

apposito verbale, indicando l'eventuale proposta conciliativa formulata, ma non accettata dalle parti. Va altresì considerato che la mediazione può fallire anche nell'ipotesi in cui una delle parti non partecipi al procedimento e, in questi casi, il verbale di chiusura deve dare atto di tale comportamento. Al riguardo, l'art. 8, co. 5, del decreto dispone che nel successivo giudizio avente a oggetto la medesima controversia, il giudice può desumere dalla mancata partecipazione di una parte *senza giustificato motivo* alla mediazione argomenti di prova ex art. 116 c.p.c.. Ciò comporta che il mancato intervento di una delle parti al procedimento può essere considerato dal giudice quale elemento di valutazione delle prove assunte nel processo, necessarie per formare il proprio convincimento. Peraltro, è riconosciuta al giudice la possibilità di apprezzare eventuali ragioni oggettive che giustifichino la mancata partecipazione. Tra queste, potrebbe rilevare il caso di una parte che investa della questione un organismo di mediazione situato in un luogo molto distante da quello di residenza della controparte, senza che la scelta sia sorretta da ragioni oggettive, quali, ad esempio, particolari competenze riconosciute a quell'organismo o un legame territoriale esistente con la controversia. Potrebbe nondimeno rilevare il caso di una parte che si rivolga a un organismo ritenuto dalla controparte non in grado di assicurare la necessaria imparzialità nella gestione del procedimento.

In caso di esito positivo, invece, il verbale di accordo è omologato, su istanza di parte, dal Presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo che ha gestito il procedimento di mediazione o, per le controversie transfrontaliere, dal Presidente del Tribunale nel cui circondario l'accordo deve essere eseguito (art. 12).

Ai fini dell'omologazione, il giudice verifica la regolarità formale del verbale e l'assenza di ragioni di contrarietà all'ordine pubblico o a norme imperative. In particolare, in sede di omologazione il giudice sarà chiamato ad accertare, tra le altre condizioni, che l'organismo di mediazione davanti al quale si è svolto il procedimento sia iscritto nel registro ministeriale, che la controversia abbia a oggetto diritti disponibili, che il verbale sia stato sottoscritto dalle parti e che il mediatore abbia certificato l'autografia delle sottoscrizioni.

Il verbale omologato costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Pertanto, in caso di inadempimento degli obblighi risultanti dal verbale omologato, il creditore potrà rivolgersi al giudice dell'esecuzione per ottenerne l'adempimento. Si tratta di un importante incentivo per le parti ad avvalersi della mediazione, in quanto nei quattro mesi, che - si rammenta - costituiscono il termine massimo di durata del procedimento, esse possono ottenere gli stessi effetti di una sentenza di condanna.

6. Ulteriori misure per incentivare il ricorso alla mediazione

Con l'obiettivo di incentivare il ricorso alla mediazione in ambito civile e commerciale, il decreto (art. 17) prevede alcune agevolazioni di natura fiscale.

Viene quindi introdotto un regime di esenzione per l'imposta di bollo e quella di registro, integrale per la prima e parziale per la seconda. In particolare, tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni altra spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura (art. 17). Il verbale di omologazione è altresì esente dall'imposta di registro, ma entro il limite di valore di 50 mila euro.

Inoltre, alle parti che fanno ricorso alla mediazione è riconosciuto, in caso di esito positivo del procedimento, un credito d'imposta (art. 20) commisurato all'indennità corrisposta all'organismo e fino a concorrenza di 500 euro. In caso di insuccesso della mediazione, il credito d'imposta è ridotto della metà.

Si segnala, al riguardo, che il meccanismo di attribuzione del beneficio fiscale è basato su un decreto del Ministro della giustizia, da emanarsi entro il 30 aprile di ogni anno, con cui verrà determinato l'ammontare delle risorse stanziato dal Ministero a copertura delle minori entrate derivanti dalla concessione del credito d'imposta. Con questo stesso decreto si provvederà a individuare l'importo effettivo spettante per ciascun procedimento *in misura proporzionale alle risorse stanziato*: se ne desume che, fermo restando il limite dei 500 euro, il beneficio sarà di ammontare variabile e la sua effettiva consistenza dipenderà dalla quantità di risorse impiegate dal Ministero per incentivare il ricorso alla mediazione.

Può essere infine ricompreso nel novero delle misure volte a promuovere la conoscenza e l'utilizzo del nuovo istituto l'obbligo per l'avvocato (art. 4, co. 3), all'atto del conferimento dell'incarico, di informare il cliente in modo chiaro e per iscritto della possibilità di avviare un procedimento di mediazione, nonché delle connesse agevolazioni fiscali appena richiamate. Nell'informativa occorrerà inoltre precisare se la mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

La violazione di tali obblighi comporta l'annullabilità del contratto concluso tra l'avvocato e l'assistito per il conferimento dell'incarico professionale. Per favorire il rispetto di queste prescrizioni, si prevede anche che l'informativa, sottoscritta dal cliente, debba essere allegata all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio e che il giudice, qualora ne accerti la mancanza, informi la parte della facoltà di avviare il procedimento di mediazione per risolvere la controversia sottoposta al suo esame.

Antonio Matonti

Per informazioni rivolgersi a:

AL - Affari Legislativi | *Riferimento:* Matonti Antonio

Telefono: 065903485 | *E-mail:* a.matonti@confindustria.it

AL - Affari Legislativi | *Riferimento:* Grasso Luigia

Telefono: 065903521 | *E-mail:* l.grasso@confindustria.it