

**MEDIAZIONE FINALIZZATA ALLA CONCILIAZIONE DELLE CONTROVERSIE CIVILI E
COMMERCIALI**

D.LGS. 4 MARZO 2010, N. 28

Gli appunti che seguono costituiscono una breve sintesi delle principali questioni sollevate dai vari Commentatori che hanno affrontato una prima analisi delle disposizioni contenute nel Decreto Legislativo 28/2010.

Le presenti note, infatti, incentrate sul “procedimento” di mediazione nelle sue diverse fasi, sono il frutto della raccolta dei primi contributi dottrinari sulla materia che, come si vedrà, fin da subito ha sollevato rilevanti questioni di diritto e fornito diversi spunti di dibattito.

(Nell’elaborazione che segue sono stati utilizzati i contributi dei seguenti Autori che si indicano in ordine alfabetico: Mauro Bove, Giuseppe Buffone, Antonio Ciccia e Gianfranco Di Rago, Lotario Dittrich, Giuseppe Finocchiaro, Roberto Masoni, Girolamo Monteleone, Benito Nigro, Lucilla Nigro, Ilaria Pagni, Giuliano Scarselli, Santo Viotti).

§§§

Art.3 DISCIPLINA APPLICABILE E FORMA DEGLI ATTI.

QUESTIONI

Nella Relazione governativa al Decreto si legge *“in linea con i principi di delega, che a loro volta fanno rinvio sul punto alla normativa comunitaria e alla disciplina della conciliazione societaria, la scelta di fondo, calata nei commi 1 e 2, è stata quella di valorizzare le esperienze autoregolative e di minimizzare l’intervento statale nella disciplina del concreto esercizio dell’attività di mediazione. Quest’ultima è pertanto disciplinata in modo prevalente dal regolamento privato, di cui ciascun singolo organismo deve dotarsi e che deve essere depositato presso il Ministero della giustizia all’atto dell’iscrizione al registro (articolo 16, comma 3)”*.

Il procedimento di mediazione, quindi, è connotato da un contenuto rigido e procedimentalizzato e da un contenuto flessibile e variabile. Vi sono, infatti, disposizioni generali e vincolanti in ordine a taluni aspetti del procedimento, mentre per gli aspetti

organizzativi e di rito la norma demanda all'organismo di conciliazione scelto dalle parti (l'art. 16, sotto la rubrica "organismi di mediazione" parla di "*regolamento di procedura*").

Il comma 1 sottolinea la natura privatistica del procedimento; la disciplina del procedimento può variare seppur nel rispetto delle norme a vocazione generale.

Il termine "procedimento" fa riferimento al rito, cioè alle modalità con le quali i mediatori espletano la loro attività professionale in vista dell'obiettivo della conciliazione.

Il contenuto rigido è indicato dal comma 2 dell'art. 3: il procedimento ruota intorno a due assi portanti, la riservatezza, il mediatore imparziale ed il mediatore professionale.

Il comma 3 (anche letto in correlazione con il comma 2 dell'art. 17) lascia ritenere che nel corso della mediazione le parti possono produrre documenti e redigere atti difensivi.

Alcuni commentatori considerano con sfavore la procedimentalizzazione della mediazione la quale finisce per costituire un pre-processo all'esito del quale può venire fortemente penalizzata la parte che voglia pervenire al processo; con ciò si snatura la mediazione la quale, invece, dovrebbe essere caratterizzata da libertà e spontaneità.

Art.4 ACCESSO ALLA MEDIAZIONE.

QUESTIONI

Il procedimento di mediazione viene avviato mediante il deposito di un'istanza presso un organismo di conciliazione. Secondo taluni tale deposito già determina la pendenza della lite, sia in quanto al momento del deposito dell'istanza il procedimento si protocolla con un numero e vi è certezza sulla data, sia in relazione all'art. 6 il quale fa decorrere il termine di durata del procedimento appunto dal deposito della domanda.

Tale conclusione si porrebbe in linea con la regola, codificata e da tempo riconosciuta unanimemente dalla giurisprudenza, che nell'ambito del processo civile identifica il momento di pendenza della lite nei procedimenti introdotti con il ricorso, nel momento del deposito presso la cancelleria del giudice adito (si veda, da ultimo, anche Cass. civ., sez. Unite 01-10-2007, n. 20596 (ord.) con riferimento al deposito del ricorso per decreto ingiuntivo rispetto all'azione di accertamento negativo dello stesso credito proposta prima della notificazione del decreto ingiuntivo stesso, nonché, per tutte, Cass. civ., sez. I 30-03-2001, n. 4686, per la quale "*nei procedimenti che s'instaurano con ricorso (ad eccezione del rito monitorio per il quale vige la diversa regola di cui all'art. 643 ultimo comma cod.*

proc. civ.) la pendenza della lite è determinata dalla data di deposito del ricorso stesso in cancelleria").

Se non che, lo stesso art. 4, comma 1, ultima parte, dispone che *"in caso di più domande relative alla stessa controversia" ... "per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data della ricezione della comunicazione".*

Tale disposizione viene letta in correlazione con l'art. 8, comma 1, il quale, alla rubrica "procedimento" dispone che *"la domanda e il primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo..."*.

Per effetto di ciò, la pendenza della mediazione sarebbe determinata dalla comunicazione all'altra parte della domanda stessa e, quindi, coinciderebbe con il momento in cui l'istanza è comunicata alla controparte.

Tale scelta da alcuni è ritenuta discutibile attesochè la determinazione della pendenza della mediazione verrebbe così demandata ad un momento che può anche essere incerto o comunque di non agevole individuazione, anche in relazione alle modalità di comunicazione prescelte ed a fronte di eventuali esiti negativi delle stesse.

Sul punto nella Relazione governativa al Decreto si legge: *"si è previsto, con finalità di garanzia, che, per l'applicazione del criterio di prevenzione, si deve fare riferimento alla necessaria ricezione della comunicazione della domanda depositata".*

Si afferma che con la disposizione in oggetto il legislatore abbia compiuto una valutazione di politica processuale, rendendo la scelta del mediatore del tutto avulsa da qualsiasi criterio di competenza sia territoriale, sia per materia. Il mediatore, cioè, viene individuato discrezionalmente dall'attore il quale non soltanto potrà scegliere l'organismo territorialmente a lui più comodo, ma anche quello a lui più gradito. Non solo: tale scelta operata dall'attore in mediazione si impone su tutte le successive iniziative mediative eventualmente introdotte da altre parti in relazione alla medesima controversia. Insomma, domina la regola del procedimento preventivamente pendente. L'art. 4, cioè, recepisce il principio della prevenzione e determina la concentrazione procedimentale di mediazione innanzi all'organismo adito per primo.

Il legislatore tace del tutto sulla competenza territoriale: tale silenzio è stato giudicato inopportuno; da taluni autori, infatti, l'impostazione normativa può dare luogo ad abusi laddove la scelta dell'organismo non sia legata alla competenza territoriale del giudice che sarebbe competente per il corrispondente giudizio di merito.

Alcuni allora – decisamente forzando il testo normativo – propongono un'interpretazione correttiva della norma nel senso che il foro della mediazione debba comunque ricadere nel distretto giudiziario che sarebbe territorialmente competente per la lite giudiziaria: in tale modo, le norme processuali ordinarie circoscriverebbero l'ambito territoriale entro il quale individuare l'organismo di conciliazione da investire della mediazione; l'art. 4 comma 1, invece, risolverebbe il problema del riparto degli affari tra più organismi aditi nell'ambito di quel segmento territoriale. Diversamente opinando e, quindi, lasciando a chi per primo propone la domanda la radicazione della competenza per territorio della mediazione, si andrebbe a vulnerare il principio del giusto processo (art. 111 Cost.) e il diritto di difesa (art. 24 Cost.) ove la controparte, magari più debole, venga chiamata davanti ad un foro che renda quanto mai gravosa la difesa.

Secondo altri autori – con un'interpretazione senz'altro più aderente al testo normativo - l'impostazione del legislatore è stata quella di lasciare l'attore in mediazione assolutamente libero di adire l'organismo allo stesso più gradito, tenuto conto, tra l'altro, che proprio il sicuro intendimento di questi di pervenire alla conciliazione farà sì che lo stesso si adoperi per la scelta di un organismo non sgradito alla sua controparte.

Questa, d'altra parte, è l'indicazione che emerge dalla stessa Relazione governativa al decreto nella quale pur dandosi atto che "entrambi i rami del parlamento hanno suggerito di introdurre un criterio di competenza territoriale specifico, in particolare riferito alla ubicazione della sede dell'organismo nel circondario del tribunale ovvero, anche in subordine, nel distretto della Corte di appello che sarebbero competenti a decidere la corrispondente causa di merito", si afferma, in contrario, che *"la mediazione non ha un oggetto necessariamente corrispondente a una lite, coinvolgendo usualmente il complessivo rapporto tra le parti, e quindi includendo, potenzialmente, più cause suscettibili di diverse competenze. Inoltre, lo stesso bene della vita è spesso suscettibile di più domande, anch'esse corrispondenti a plurime competenze (domande di accertamento, di adempimento, costitutive).*

Il secondo profilo è dato dalla già ricordata impossibilità di risolvere i conflitti tra le competenze degli organismi, a meno di non rimettere al giudice della successiva causa di merito, sempre che ritenga la lite davanti a sé corrispondente alla mediazione svolta, la valutazione della competenza medesima. Con l'effetto di rischiare il regresso della causa,

nei casi di condizione di procedibilità... Ognuna di queste ipotesi avrebbe comunque alimentato – nonostante l'apparente semplicità – dannosi contrasti interpretativi (si pensi alla residenza o sede ritenute fittizie). ... In ogni caso, si è tenuto conto delle rilevanti esigenze sottese alle osservazioni parlamentari, riprendendo un ulteriore suggerimento delle Camere: si è prevista espressamente la sanzione per la mancata partecipazione alla mediazione solo se essa avvenga senza giustificato motivo (art. 8, comma 5). 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".

Quindi se, in particolare nella mediazione obbligatoria, una parte adisce un organismo con l'evidente intento di rendere difficoltoso l'esperimento del tentativo, tale comportamento potrà essere valutato dal giudice come argomento di prova ex art. 116 comma 2 c.p.c. anche al fine del riparto delle spese di causa.

L'istanza deve contenere l'indicazione dell' "oggetto e delle ragioni della pretesa": sembra farsi riferimento al concetto di "petitum" e di "causa petendi". In realtà la formulazione della norma induce a ritenere che la domanda oggetto di mediazione non debba presentare il contenuto tipico della domanda giudiziale, formulata sulla falsariga di quanto prescritto dagli artt. 125 e 163 c.p.c.; non sarebbe, quindi, necessario spendervi tutte le difese e le eccezioni proponibili nella dialettica processuale. Si ritiene, insomma, che l'oggetto dell'istanza di mediazione possa avere contorni meno precisamente definiti rispetto alla domanda giudiziale e che, nella sua interpretazione, il mediatore possa fare ricorso ai suoi poteri officiosi, ivi incluso quello di sollecitare la parte ad una più precisa indicazione delle circostanze sulle quali essa fonda le proprie pretese.

"La struttura della domanda è, insomma, più snella rispetto a quella della domanda giudiziale in quanto riferibile ad una contesa che può investire il complessivo rapporto tra le parti, anche fonte di possibili plurime cause tra le stesse".

In tale ambito si ritiene anche che la coincidenza tra due o più domande debba essere valutata con maggiore elasticità rispetto ai criteri che regolano la litispendenza nel processo ordinario (e cioè, rigorosa identità tra parti, causa petendi e petitum) e forse più simile al concetto che di litispendenza fornisce la Corte di Giustizia europea nell'interpretazione "estensiva" dell'art. 27 del Reg. CE 44/2001 (concernente la

competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale), adeguata alla funzione di prevenire la formazione di decisioni incompatibili tra loro.

Si ritiene possibile presentare la domanda congiuntamente a firma delle parti del futuro processo giurisdizionale anche per motivi di celerità ed economicità del procedimento.

“L'ultimo comma dell'articolo 4, affronta il delicato tema degli obblighi di informazione dell'avvocato (articolo 60, comma 3, lettera n), della legge n. 69 del 2009) cui eventualmente la parte si sia rivolta per esaminare la fattispecie litigiosa che la coinvolge. Si evidenzia l'importanza di tale obbligo imponendo un'informativa specifica e scritta, abbinata a quella sulle agevolazioni fiscali di cui la parte in mediazione può usufruire. L'avvocato dovrà informare la parte all'atto del conferimento dell'incarico. Sul punto si è accolta l'osservazione della Commissione del Senato, modificando la disposizione che prevedeva l'obbligo d'informativa al momento – meno precisamente individuabile – del primo colloquio con l'assistito.

La sanzione per l'omessa informativa è stata individuata nell'annullabilità del contratto concluso eventualmente con l'assistito, rafforzata dall'obbligo di allegare il documento, sottoscritto, all'atto introduttivo del giudizio in ipotesi instaurato.

Entrambe le Commissioni parlamentari hanno suggerito la limitazione della previsione a quella dell'illecito disciplinare.

La proposta emendativa non è stata accolta innanzi tutto perché ultronea rispetto a quanto la legge professionale già prevede, e in secondo luogo perché si è ritenuto di dover mantenere una tutela rafforzata della parte coinvolta, che necessariamente deve andare al di là dei profili deontologici, che ineriscono la condotta del professionista piuttosto che la protezione dei diritti del soggetto destinatario della sua prestazione.

Si tratta di un vizio che non si riverbera sulla validità della procura, in linea con gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità. 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, inoltre, si è evitato anche 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, il giudice informerà la parte non avvisata della possibilità di avvalersi della mediazione”.

Art. 6 DURATA DELLA MEDIAZIONE

QUESTIONI

La durata del procedimento di mediazione non può essere superiore a quattro mesi.

Tale disposizione risulta applicabile sia alla mediazione obbligatoria, sia a quella facoltativa: si osserva che in tale seconda ipotesi l'apposizione di un termine è priva di logica posto che le parti vogliono comunque perseguire la conciliazione, indipendentemente dal decorso del termine.

Nella stessa Relazione governativa sembra affermarsi che *“quando la mediazione avrà base puramente volontaristica non sono ragionevolmente prospettabili atti processuali che ne possano impedire il buon esito per il breve differenziale temporale descritto”.*

In ogni caso la norma non individua alcuna conseguenza derivante dalla inosservanza del termine, né chiarisce quando il procedimento possa ritenersi concluso nell'ambito del periodo massimo di quattro mesi ivi previsto.

Quanto al primo aspetto, pare soltanto che, sia nell'ipotesi di mediazione obbligatoria, sia in quella di mediazione volontaria, decorso il termine di quattro mesi le parti possano comunque proporre domanda giudiziale quale che sia lo stadio della mediazione; la Relazione governativa parla al riguardo di *“ripresa dell'iter processuale allo spirare del termine”.*

Quanto al secondo aspetto, in relazione a quanto previsto dal comma 6 dell'art. 5 (circa la nuova decorrenza del termine di decadenza) la conclusione della mediazione si ritiene coincidente con il deposito del processo verbale positivo o negativo presso la Segreteria dell'Organismo, ai sensi del comma 5, dell'art. 11, deposito del processo verbale che, pertanto, non potrà mai mancare anche laddove l'attività di mediazione non possa di fatto avere luogo per effetto della mancata partecipazione della parte (per lo più resistente).

Non si esclude, poi, che le parti di comune accordo possano prorogare detto termine, non avendo esso natura perentoria (in senso conforme sulla non perentorietà, anche la Relazione governativa). Nel contempo tale termine non è soggetto a sospensione feriale: trattasi di previsione intesa ad evitare che il procedimento di mediazione possa

pregiudicare le ragioni del procedimento che per essere "giusto" deve avere una durata ragionevole.

Art.8 PROCEDIMENTO

QUESTIONI

La norma disciplina il procedimento in senso stretto, dettando alcune scarse prescrizioni. Il procedimento *"non è soggetto ad alcuna formalità"* (cfr. anche Relazione).

"La norma prevede che il mediatore abbia come primario e previo obiettivo quello di portare le parti all'accordo amichevole. Solo in linea graduata, e come specificato all'articolo 11, proporrà, se del caso, una soluzione della controversia, come tale fondata sulla logica c.d. adversarial della distribuzione delle ragioni e dei torti"(in termini, Relazione)

La presenza del difensore nel procedimento di mediazione non è prevista come obbligatoria, sebbene si imponga al Difensore stesso, a pena di annullabilità del contratto di prestazione d'opera professionale, l'obbligo di informativa di cui al comma 3, art. 4.

Come si è visto, determinante è la comunicazione dell'istanza di mediazione *"all'altra parte"*. A tale comunicazione può procedere lo stesso organismo di mediazione anche se è da ritenere che sarà di regola l'attore in mediazione a farsi carico della comunicazione stessa.

Stante la libertà di forme che caratterizza la mediazione, oltre alla notificazione a mezzo di Ufficiale Giudiziario sono consentite la trasmissione a mezzo telefax o posta elettronica, la raccomandata con avviso di ricevimento, la consegna a mani con firma per ricevuta sull'originale.

Da taluni, invece, si ritiene opportuno che sia solo l'organismo ad avvisare entrambe le parti del procedimento e non soltanto *"l'altra parte"* posto che l'istante potrebbe prendere tardiva visione della data dell'incontro, anche per motivi logistici legati alla dislocazione territoriale dell'organismo stesso.

Il termine di quindici giorni previsto per la fissazione del primo incontro tra le parti è particolarmente ristretto sol che si tenga conto che in tale lasso temporale l'attore deve prendere cognizione della data della comparizione e procedere alla comunicazione. Il rispetto di tale termine quindicinale, peraltro, non è previsto a pena di nullità o di

decadenza e, quindi, potrà essere dilatato o ristretto senza particolari conseguenze dirette, se non i riflessi indiretti sulla durata complessiva del procedimento.

Allo stesso modo, l'inottemperanza all'invito a comparire non è assistito da alcuna specifica sanzione se non, ai sensi dell'ultimo comma dello stesso art. 8, la valutazione ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c. della mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione.

Tale disposizione è stata criticata da quei commentatori che hanno rilevato che la mancata partecipazione al procedimento di mediazione altro non evidenzia che l'assenza di volontà conciliativa in capo alla parte, con il che gli stessi auspicano un ricorso assai parco alla disposizione in esame da parte dei giudici.

Inoltre, l'art. 60 della legge delega, alla lettera a) ha indicato tra i principi ed i criteri direttivi quello di *"prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia"*: da alcuni commentatori si è, quindi, osservato che il comma 5 dell'art. 8, laddove appunto prevede che *"dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può trarre argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c."* darebbe luogo ad una violazione della legge delega, per eccesso di delega.

La stessa disposizione, inoltre, contrasterebbe proprio con l' art. 116, comma 2, c.p.c. il quale espressamente prevede che *"il giudice può desumere argomenti ... in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo"* e non dal comportamento delle parti fuori dal processo, con ciò introducendo una inammissibile deroga ad un principio processuale fino ad oggi pacificamente riconosciuto a tutela della libertà delle parti (si veda in senso conforme, Cass. civ., sez. III 22-06-2001, n. 8596 per la quale *"Il "contegno delle parti" dal quale, ai sensi dell'art. 116, secondo comma, cod. proc. civ., il giudice è abilitato a trarre elementi indiziari di giudizio, è solo quello tenuto nel corso del processo (rimanendo, pertanto, ininfluyente, ai predetti effetti, il comportamento tenuto innanzi al competente ispettorato agrario in sede di tentativo di conciliazione ex art. 46 della legge n. 203 del 1982, previsto come onere a carico di chi intenda proporre in giudizio una domanda relativa a controversia agraria)"*).

Alcuni commentatori, insomma, guardano con sfavore l'inserimento di una logica "costrittiva" nell'ambito del procedimento di mediazione, per sua natura caratterizzato dalla composizione volontaria e spontanea .

Quanto al "giustificato motivo" trattasi del classico concetto giuridico indeterminato la cui interpretazione sarà compito del giudice. Da alcuni viene ritenuto sussistente allorquando, ad esempio, l'organismo adito sia ingiustificatamente e palesemente lontano rispetto al luogo di radicazione dell'affare; ovvero allorquando la parte non abbia ricevuto la comunicazione dell'istanza in uno con la data del primo incontro.

La natura non contenziosa del procedimento insieme con la sostanziale assenza di particolari regole procedurali non impedisce di ritenere allo stesso applicabili quanto meno le regole fondamentali del contraddittorio e della parità degli strumenti a disposizione delle parti, tenuto conto che il procedimento di mediazione potrà avere effetti indiretti sui diritti soggettivi delle parti e sul carico delle spese processuali.

Il mediatore ausiliario di cui all'ultima parte del comma 1, art. 4, è nominato dal responsabile dell'organismo di conciliazione nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche (si pensi, ad esempio, al mediatore Ingegnere/Architetto); invece, il comma 4 dello stesso art. 4 prevede la nomina di c.t.u. da parte dello stesso mediatore investito della mediazione, nell'ambito degli iscritti negli elenchi dei c.t.u. presso i tribunali (sembrerebbe di qualsiasi circondario).

Si ritiene senz'altro ammessa la nomina di c.t.p. sebbene la norma non lo preveda espressamente.

L'eventuale consulenza tecnica espletata nel procedimento di mediazione non potrà essere utilizzata nell'eventuale procedimento giudiziario: l'eventuale elaborato potrà semmai essere acquisito al processo al solo fine di confluire in quello del c.t.u. nominando nell'eventuale fase giudiziaria quale documento di ausilio ai fini della sua attività; mai, invece, il Giudice potrà decidere la lite sulla base della sola perizia espletata nella sede mediativa.

Art. 11 CONCILIAZIONE

QUESTIONI

La procedura conciliativa si articola in due fasi: nella prima, detta facilitativa, il mediatore – soggetto professionale e terzo – aiuta le parti a trovare un accordo amichevole. Se il tentativo termina per qualsivoglia motivo, inizia il secondo eventuale stadio, detto aggiudicativo, nel quale il mediatore può, o deve, formulare una proposta di conciliazione che può essere accettata o rifiutata dalle parti.

L'attività di mediazione ha, quindi, tre potenziali esiti.

Il primo, si ricollega alla fase facilitativa della conciliazione e si concretizza nel conseguimento dell'accordo amichevole tra le parti, accordo, appunto "facilitato" dall'opera del mediatore.

Trattandosi di atto che è espressione dell'autonomia negoziale, con l'accordo amichevole le parti potranno disporre come meglio ritengono della res litigiosa, con i soli limiti dell'ordine pubblico e delle norme imperative richiamati anche dagli artt. 12 e 14 (oltre che 1322 c.c.); le parti potranno anche superare i confini della lite e, quindi, il limite della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, includendo nell'accordo anche vicende originariamente non ricomprese nella controversia.

Con la conciliazione, quindi, possono essere poste le basi per una diversa regolamentazione del rapporto futuro, laddove, invece, i meccanismi di tipo aggiudicativo, quali quelli che danno luogo ad una sentenza o ad un lodo, sono costretti nell'ambito dell'art. 112 c.p.c. e non possono modificare la situazione sostanziale delle parti se non nei casi previsti dalla legge mediante le pronunce costitutive di cui all'art. 2908 c.c.

Se l'accordo amichevole è raggiunto, il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo amichevole. Si è detto che un processo verbale non recante l'allegato accordo non produce alcun effetto, dovendo esso ritenersi radicalmente nullo.

Il secondo ed il terzo esito dell'attività di mediazione si ricollegano alla fase aggiudicativa e si concretizzano nella facoltà del mediatore di formulare una proposta di conciliazione, facoltà che diventa obbligo solo allorquando le parti ne facciano concorde richiesta.

Il decreto ha così operato una sintesi tra le diverse posizioni che hanno caratterizzato il dibattito sulla conciliazione. Salva, infatti, l'ipotesi in cui siano le parti a richiederlo in modo espresso e concorde, si è voluto evitare di rendere obbligatoria la proposta anche in quei casi in cui l'attività di mediazione frattanto svolta non abbia fatto emergere

sufficienti elementi per la definizione del conflitto. Si è, quindi, lasciata al mediatore la valutazione circa l'esistenza o meno di tali elementi onde evitare di affidare alla parte eventualmente più ostile alla composizione della controversia uno strumento di boicottaggio della conciliazione.

La previsione di una proposta comunque liberamente formulabile dal mediatore sottolinea, secondo la Relazione, la finalità deflattiva della mediazione: proprio a fronte di una proposta così formulata e delle conseguenze eventualmente pertocanti in punto spese alla parte che la rifiuti, le parti possono divenire maggiormente consapevoli dell'opportunità di addivenire alla conciliazione e, quindi, essere indotte ad aderire alla stessa.

Da taluni è stata criticata questa soluzione di compromesso tra le due opposte tesi (proposta sempre obbligatoria/proposta solo su istanza concorde delle parti) rilevandosi che le parti, non sapendo se il mediatore formulerà o meno la proposta, presumibilmente si asterranno dal compiere affermazioni che potrebbero pregiudicare i loro interessi, venendo recepite nella proposta stessa, compromettendo così quel libero scambio di informazioni che è essenziale al corretto funzionamento della mediazione. Da qui, l'auspicio che i regolamenti degli organismi indichino già se si procederà o meno alla formulazione della proposta da parte del mediatore, anche in assenza della concorde richiesta delle parti, ovvero che gli stessi prevedano due diversi mediatori che conducano, rispettivamente, la fase facilitativa e la fase aggiudicativa sulla base delle sole informazioni che le parti abbiano ritenute di fornirgli in quella fase (in tale senso si veda anche la Relazione la quale sottolinea che "al fine di rafforzare l'affidamento delle parti nella riservatezza delle informazioni fornite o delle dichiarazioni formulate durante la mediazione nulla esclude che i regolamenti possano appunto prevedere due diversi mediatori-persone fisiche che conducano, rispettivamente, l'attività facilitativa ed aggiudicativa).

A tale riguardo, peraltro, vi è da richiamare che ai sensi del comma 1, ultima parte, dell'art. 11, "*salvo diverso accordo delle parti, la proposta non può contenere alcun riferimento alle dichiarazioni rese od alle informazioni acquisite nel corso del procedimento*". Da qui – in combinato disposto con l'art. 10 del decreto, rubricato "inutilizzabilità e segreto professionale" – la conclusione che la proposta destinata al deposito presso la Segreteria e, quindi, presso il Giudice, non potrà indicare le ragioni della proposta stessa, dovendo

essa rimanere priva di motivazione. Può tra l'altro verificarsi che la stessa venga elaborata sulla base di quanto appreso dal mediatore in sede di sessioni separate con una delle parti (espressamente previste all'art. 9, comma 2) con il che le ragioni della proposta potranno non essere comprensibili per l'altra parte.

Ove il mediatore faccia luogo alla formulazione della proposta, la stessa dovrà essere comunicata per iscritto alle parti le quali, a loro volta, dovranno comunicare sempre per iscritto, entro i successivi sette giorni, l'accettazione o il rifiuto della proposta stessa.

La comunicazione della proposta per iscritto viene considerata un inutile appesantimento anche del lavoro delle segreterie degli organismi, ritenendosi preferibile, anche eventualmente in via alternativa, la sua formulazione ed eventuali rifiuto od accettazione all'udienza, ovvero la previsione di un breve rinvio per consentire l'eventuale accettazione all'udienza successiva.

Il termine di sette giorni è apparso ai più eccessivamente ristretto; non è espressamente indicato quale termine di decadenza e tuttavia è previsto che in mancanza di risposta "nel termine" la proposta si ha per rifiutata. Non è chiaro se possa trattarsi di questione da disciplinarsi nel regolamento dell'organismo anche in modo difforme.

Non è da escludere che le parti manifestino l'intenzione di conciliare a condizioni diverse, comunicandole al mediatore che avrà cura di formulare un'ulteriore proposta; se la conciliazione deve essere favorita deve concedersi tale possibilità.

La disposizione richiama, poi, i contratti e gli atti previsti dall'art. 2643 cod. civ.; si ritiene, peraltro, ed in tal senso è anche la Relazione, che la previsione dell'autenticazione della sottoscrizione da parte del pubblico ufficiale a ciò autorizzato debba intervenire anche in relazione ad altri atti e contratti non espressamente previsti dall'art. 2643 c.c., quali, ad esempio, il contratto di divisione di cui all'art. 2646 c.c. che, tra l'altro ha un oggetto rientrante nelle ipotesi previste dall'art. 5 del decreto.

Il processo verbale deve essere depositato presso la segreteria dell'organismo e di esso viene rilasciata copia alle parti che lo richiedono: tale deposito è previsto per ragioni di certezza e rileva, inoltre, al fine della decorrenza del termine per la proposizione della domanda giudiziale impeditiva della decadenza, ai sensi del comma 6 dell'art. 5.

L'accordo può anche prevedere delle "astraintes", e cioè il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione od inosservanza degli obblighi ivi stabiliti, ovvero per il ritardo nel loro adempimento. Trattasi di un'innovazione già in parte recepita dal nostro

legislatore con l'inserimento nel c.p.c. - ad opera dell'art. 49, comma 1, l. 18 giugno 2009, n. 69 - dell'art. 614 bis, intitolato "*attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*" e qui estesa a tutte le ipotesi di pagamento o di fare fungibile.

Per l'inserimento delle astraintes occorre l'accordo delle parti, non potendo provvedervi il mediatore d'autorità.

Con il termine "astrainte" viene, appunto, fatto riferimento alle forme di esecuzione indiretta che utilizzano la tecnica delle misure coercitive – consistenti nella minaccia di sanzioni civili o penali – al fine di costringere il debitore ad adempiere ai propri obblighi. La forza dell'astreinte è quella di rendere al debitore più conveniente l'adempimento piuttosto che l'inadempimento. Tale misura – a seconda dell'orientamento interpretativo che si segua, e cioè o di "condanna-indennizzo" o di "condanna-pena" – è considerata o come destinata a riparare il pregiudizio subito dal creditore o come diretta a sanzionare la disobbedienza ad un ordine del giudice.

Nell'art. 11 manca una previsione analoga a quella contenuta nel comma primo, seconda parte dell'art. 614 bis c.p.c. (e cioè, "il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione od inosservanza"). Si ritiene, tuttavia, che a conclusione analoga possa pervenirsi attraverso l'art. 12, il quale al comma 1 richiama espressamente "il verbale di cui al comma 1", così riferendo l'efficacia esecutiva sia al verbale, sia all'accordo, allo stesso allegato, che conterrà la previsione dell'"astrainte".

Ove poi si tratti di determinare in concreto il quantum della somma da pagare a fronte di un asserito inadempimento od irregolare adempimento degli obblighi previsti nell'accordo raggiunto, viene suggerita l'alternativa tra la rimessione al giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 612 c.p.c., della determinazione di detta somma, oppure la quantificazione di essa da parte del creditore direttamente nell'atto di precetto, rimettendo all'obbligato l'onere di affrontare la questione in sede di opposizione all'esecuzione.

Così come nell'art. 614 bis, non è indicato il destinatario delle somme di denaro previste dall'astreinte: si ritiene, su modello francese della condanna-indennizzo che dette somme debbano essere riversate alla parte privata e non alle casse erariali.

Quanto al momento dal quale dovrà considerarsi decorrente il ritardo nell'adempimento, viene suggerito che le parti, al fine di evitare contestazioni sul punto, prevedano nel verbale quale sia il termine per l'attuazione degli obblighi.

Il verbale può essere negativo non solo per l'ipotesi di rifiuto della proposta, ma anche per l'assenza della parte invitata regolarmente con avviso scritto. In tale ipotesi la disposizione non chiarisce se il mediatore debba redigere subito il verbale negativo o se possa comunque formulare la proposta ed inviarla alla parte contumace: si vedrà l'applicazione pratica.

A tale riguardo, da parte di alcuni commentatori si ritiene che il mediatore possa formulare la proposta anche nell'assenza dell'altra parte del procedimento: ciò, proprio al fine di dare al procedimento una chance di effettivo successo. In tale ambito si inserirebbe proprio la previsione della comunicazione della proposta per iscritto, unica formalità che consente la comunicazione della proposta alla parte che sia rimasta assente dalla mediazione.

Il dubbio si pone in quanto nulla dispone il decreto; in esso, cioè, non si chiarisce se la mediazione debba comunque chiudersi allorquando la parte destinataria della comunicazione non partecipi al procedimento, magari senza giustificato motivo.

Secondo alcuni commentatori la formulazione, da parte del mediatore di una proposta anche nella contumacia dell'altra parte potrebbe essere gravemente pregiudizievole alla stessa in relazione alla previsione dell'art. 13 in punto spese; inoltre, esigenza di imparzialità del mediatore dovrebbero indurlo a non formulare alcuna proposta allorquando una parte soltanto partecipi al procedimento.

Gli stessi commentatori, quindi, auspicano che i regolamenti sopperiscano a tale lacuna espressamente prevedendo che il mediatore a fronte della contumacia di una parte debba chiudere il procedimento con l'apposito verbale nel quale dà atto della mancata partecipazione della parte stessa.

Si consiglia inoltre, e comunque, alla parte che non partecipi al procedimento per giustificato motivo di comunicarlo sempre all'organismo in quanto si ritiene che il mediatore a fronte comunque di tale giustificato motivo si asterrà dal formulare la proposta.

La mancata partecipazione al procedimento di mediazione in tale ambito costituisce un vero e proprio rischio.

12 EFFICACIA ESECUTIVA ED ESECUZIONE

QUESTIONI

Il verbale di accordo il cui contenuto non sia contrario all'ordine pubblico od a norme imperative è omologato con decreto del Presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo (ovvero nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione nell'ipotesi di controversia transfrontaliera).

L'omologa è, quindi, compiuta non soltanto con riferimento all'accertamento della regolarità formale, ma anche attraverso la verifica della non contrarietà del suo contenuto all'ordine pubblico ed alle norme imperative. Essa ha luogo con decreto ex art. 135 c.p.c. che dovrebbe apporsi in calce al verbale od all'istanza di omologazione.

Come si è detto, l'accordo può prevedere a carico delle parti l'esecuzione di obblighi di fare e/o non fare. E' noto che la formulazione letterale dell'art. 612 c.p.c. prevede l'esecuzione forzata di detti obblighi in quanto previsti nella sentenza di condanna. E', tuttavia, altrettanto noto che la Corte cost. con la sentenza nr. 336/2002, interpretativa dell'art. 612 c.p.c., ha affermato che *"...la norma viene generalmente intesa come idonea a disciplinare l'esecuzione non soltanto delle sentenze, ma anche di altri provvedimenti che di queste non hanno forma e contenuto, quali, ad esempio, le ordinanze emesse in sede di procedimenti per denuncia di nuova opera o di danno temuto, nonché, secondo un indirizzo giurisprudenziale, dei provvedimenti concernenti l'affidamento dei minori... Qualora si escludesse l'efficacia esecutiva del verbale di conciliazione avente ad oggetto gli obblighi di cui all'art. 612 cod. proc. civ., si costringerebbe la parte a ripercorrere la strada di un processo di cognizione, così negando il valore di accelerazione della definizione della controversia che costituisce la principale caratteristica della conciliazione Ritiene questa Corte che l'art. 612, primo comma, cod. proc. civ. possa essere letto nel senso che esso consenta il procedimento di esecuzione disciplinato dalle disposizioni che lo seguono anche se il titolo esecutivo sia costituito dal verbale di conciliazione, in quanto le eventuali ragioni ostative devono essere valutate non ex post, e cioè nel procedimento di esecuzione, bensì, se esse preesistono, in sede di formazione dell'accordo conciliativo da parte del giudice che lo promuove e sotto la cui vigilanza può concludersi soltanto se la natura della causa lo consente. ..."*.

L'efficacia del verbale di accordo omologato è equiparata a quella della sentenza, posto che esso costituisce titolo per ogni tipo di esecuzione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Tale previsione, secondo taluni commentatori, dovrebbe contribuire a favorire l'adesione delle parti alla conciliazione; la stessa, inoltre, consente di trovare un raccordo tra l'atto conclusivo del procedimento di mediazione, riferibile alle parti ed avente natura negoziale, ed il processo.

Il verbale omologato dovrà essere munito di formula esecutiva e sulla base di esso potrà essere redatto l'atto di precetto, da notificarsi insieme con il predetto titolo. Qualora il verbale di accordo abbia ad oggetto l'esecuzione di obblighi di fare o non fare, dopo la notificazione del precetto il creditore della prestazione dovrà chiedere, con ricorso al giudice dell'esecuzione, che siano determinate le modalità dell'esecuzione.

Viene, inoltre, ulteriormente superata la tassatività dell'art. 2818 cod. civ. per il quale solo la sentenza o gli altri provvedimenti giudiziali ai quali la legge espressamente riconosce tale effetto possono consentire di iscrivere ipoteca sui beni del debitore.

Art. 13 SPESE PROCESSUALI

QUESTIONI

L'art. 60 comma 3, lett. p) della legge delega ha indicato al legislatore delegato, tra i criteri per l'esercizio della delega, la previsione di meccanismi di incentivo alla mediazione legati alle spese del processo eventualmente instaurato dopo il fallimento della mediazione stessa.

In particolare, il legislatore delegante ha affermato il principio, poi pedissequamente recepito dal legislatore delegato, secondo il quale la parte che ha rifiutato la proposta di conciliazione può vedersi addossare le conseguenze economiche del processo, anche se vittoriosa, quando vi sia piena coincidenza tra il contenuto della proposta ed il provvedimento che definisce il giudizio: quest'ultimo, infatti, è stato perseguito per il conseguimento di un risultato che il procedimento di mediazione avrebbe permesso di raggiungere in tempi più rapidi e meno dispendiosi, con il che viene fatto carico delle relative spese a quella parte che, sebbene vittoriosa, ha mostrato un atteggiamento poco collaborativo ed ostruzionistico nei confronti della conciliazione.

La somma ulteriore al pagamento della quale tale parte viene condannata è soltanto parametrata al C.U. ma non ne condivide la natura: essa confluisce nel Fondo unico giustizia, individuato dalla legge delega come fonte per la copertura finanziaria delle spese necessarie all'attuazione della mediazione.

L'ammontare delle spese è quello corrispondente a quelle "riferibili al periodo successivo alla formulazione della proposta" .

Nel comma 1 viene fatto riferimento al "*provvedimento che definisce il giudizio*" per ricompredervi tutti i provvedimenti definitivi del processo, qualunque ne sia la forma.

La disposizione ha dato luogo ad ampie critiche ed a dubbi di legittimità costituzionale sotto più profili.

Circa il significato dell'espressione piuttosto "atecnica" "*quando il provvedimento...corrisponde interamente al contenuto della proposta*", la Relazione afferma che deve trattarsi di un "*piena coincidenza*".

A monte ci si è chiesti come sia possibile che l'accertamento giudiziale possa coincidere interamente con la proposta conciliativa se questa consegue ad una attività di mediazione che, in quanto tale, deve mediare, cioè contemperare le opposte pretese e che non necessariamente coincide con l'oggetto del processo potendo essa involgere molteplici

aspetti del rapporto e proporre soluzioni di più ampio respiro rispetto a quelle oggetto del provvedimento giudiziale e della relativa domanda.

Da ciò consegue che, o non sarà possibile effettuare un adeguato raffronto tra il provvedimento giudiziale e la proposta, o quest'ultima verrà sempre costretta nei limiti del successivo provvedimento giudiziale al fine di poter essere confermata o meno dal Giudicante, in difetto di che il meccanismo dell'art. 13 non potrebbe mai trovare applicazione. Così, però, viene a fortemente limitarsi la funzione e la libertà di manovra del mediatore.

Non vi è dubbio che secondo il tenore letterale della disposizione la vittoria, nel giudizio, della parte che abbia rifiutato la proposta, dal punto di vista della regolamentazione delle spese viene trattata come, se non peggio, rispetto ad una soccombenza integrale.

Si è detto che la norma si pone in contrasto con l'art. 24 Cost. nella misura in cui considera la mancata accettazione della proposta un fatto da punire.

La norma, inoltre, laddove al comma 1 fa riferimento alle "spese riferibili al periodo successivo alla formulazione del processo" fa sì che tutte le spese del giudizio vengano poste a carico della parte vittoriosa, posto che – fatta eccezione per i casi residuali di cui all'art. 5, comma 4 - la proposta viene sempre formulata prima del giudizio. Con ciò, però, si deroga al principio "costituzionalmente protetto" della soccombenza di cui all'art. 91 c.p.c. perché di fatto si addossano tutte le spese del giudizio a chi vince la causa.

La disposizione in esame, inoltre, diversamente dall'art. 91 c.p.c., non prevede il requisito dell'assenza di un "giustificativo motivo" per il rifiuto della proposta: tale è stata ritenuta inopportuna e, quindi, si è affermato che tale requisito possa essere recuperato per via interpretativa, sostenendosi che il requisito soggettivo (e cioè, l'assenza di un giustificato motivo) debba costituire "*condicio sine qua non*" del meccanismo introdotto dal Decreto. Si è detto, infatti, che l'assenza di giustificato motivo del rifiuto rappresenta un elemento implicito dell'istituto atteso, in difetto, si andrebbe ad incidere in misura eccessiva ed incongrua sul diritto di azione e di difesa che non può essere sacrificato in modo irragionevole.

Si afferma, inoltre, che la legittimità o meno del rifiuto, a fronte di una proposta ritenuta dalla parte incongrua ed ingiusta debba essere valutata *ex ante* e non *ex post*, verificando, quindi, se quando la proposta è stata formulata essa non apparisse effettivamente

incongrua o quanto meno opinabile anche oggettivamente e, quindi, dal punto di vista del diritto vivente.

In particolare, dinnanzi a questioni oggettivamente controverse in diritto, la disposizione in esame non può pregiudicare la parte che pervenga al rifiuto della proposta ragionando secondo un orientamento interpretativo poi non recepito dal Giudicante sulla base, ad esempio, di un revirement giurisprudenziale o di sopravvenute pronunce interpretative della Corte Cost. o della Corte di Giustizia CE.

In tutti questi casi, insomma, deve valorizzarsi il "giustificato motivo" del rifiuto, in difetto di che la disposizione si presta a dubbi di legittimità costituzionale già per la diversa formulazione rispetto all'art. 91 c.p.c. pur in presenza di situazioni essenzialmente analoghe.

Viene ritenuto non chiaro il riferimento agli artt. 92 e 96 c.p.c. la cui applicazione "resta ferma": sembra che al Giudice venga, quindi, lasciata una certa discrezionalità nel compensare le spese tra le parti. Quanto all'ipotesi di responsabilità aggravata non è agevole configurarla né in capo alla parte totalmente vittoriosa nel giudizio il cui unico torto sia stato quello di non aderire alla proposta (tenuto conto, tra l'altro, che l'art. 96 concerne la parte soccombente nel giudizio); né in capo alla parte soccombente la quale, magari, aveva anche aderito alla proposta avente contenuto identico alla sentenza. Forse tale responsabilità è più agevolmente configurabile in capo alla parte soccombente nel giudizio che aveva pure rifiutato la proposta di contenuto identico alla sentenza.

L'art. 13 viene, invece, ritenuto fin troppo morbido al comma 2 laddove – nell'ipotesi in cui il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponda interamente al contenuto della proposta - richiede "*gravi ed eccezionali ragioni*" per escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto designato ai sensi dell'art. 8, comma 4, c.p.c. (e, cioè, per porre a carico di essa parte vincitrice dette spese).

Secondo alcuni commentatori, infatti, le "*gravi ed eccezionali ragioni*" (nozione suscettibile di valutazioni ed interpretazioni diverse e quanto mai soggettive) ben avrebbero potuto essere sostituite dalla presa d'atto della parziale coincidenza tra proposta conciliativa e provvedimento che definisce il giudizio.