



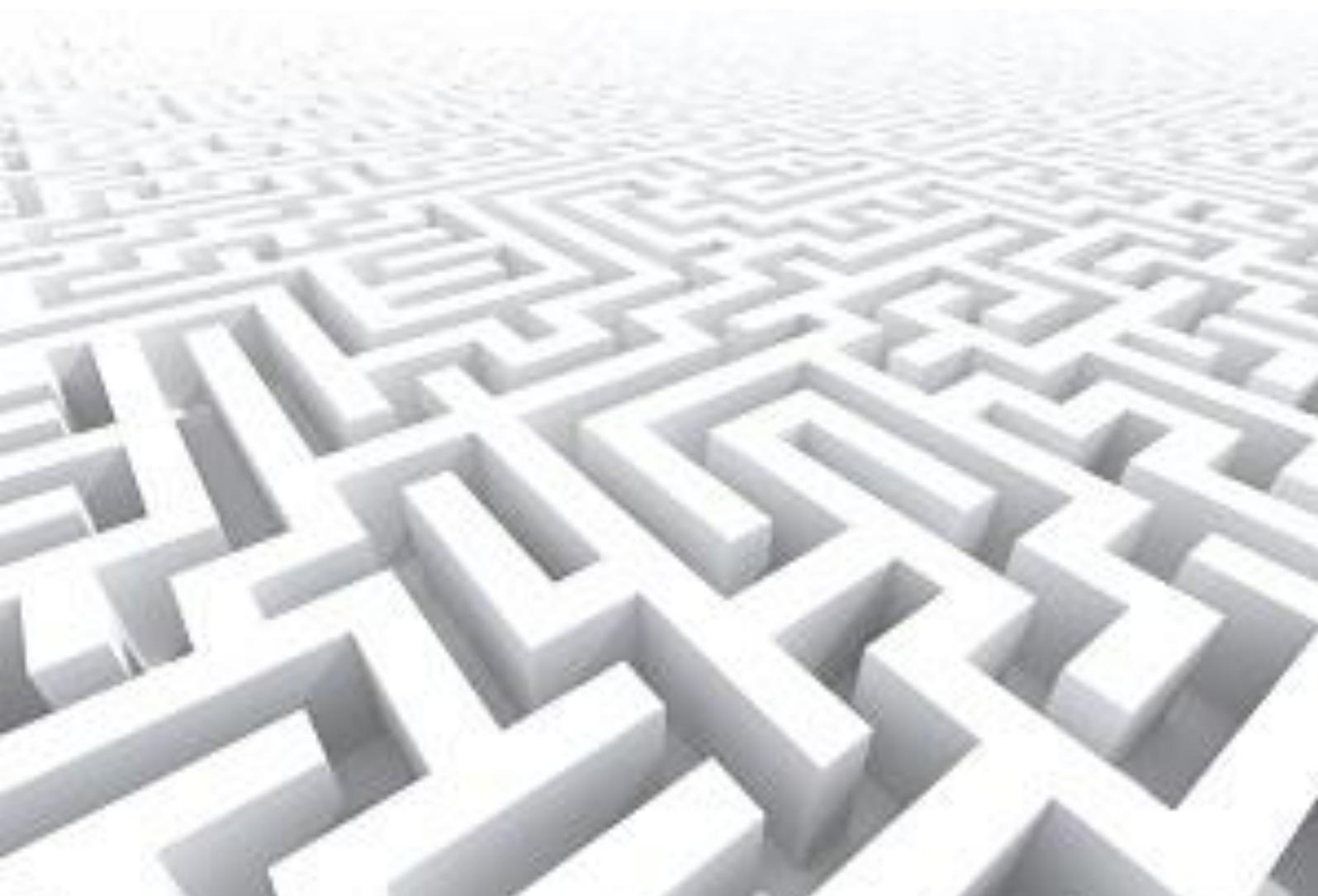
Associazione Conciliatori del Veneto



medialogos

IL PROTOCOLLO DI GESTIONE DELLA PROCEDURA DI MEDIAZIONE

A cura di Barbara Cocola e Giuseppe Valenti



<i>Introduzione</i>	Pag.3
<i>1 -AVVIO DELLA PROCEDURA E ASSISTENZA OBBLIGATORIA</i>	Pag. 4
<i>2 - FISSAZIONE DEL PRIMO INCONTRO DI MEDIAZIONE E SCELTA DEL MEDIATORE</i>	Pag. 7
<i>3 - IL PRIMO INCONTRO DI MEDIAZIONE: il nuovo art. 8 del d. lgs. 28/2010</i>	Pag. 10
<i>4 - LA RAPPRESENTANZA DELLE PARTI IN MEDIAZIONE</i>	Pag. 15
<i>5 - LA PERIZIA TECNICA IN MEDIAZIONE</i>	Pag. 18
<i>6 - LE CONSEGUENZE DELLA MANCATA ADESIONE</i>	Pag. 21
<i>7 - L'ESITO DELLA PROCEDURA DI MEDIAZIONE</i>	Pag. 24
<i>8- LA SANZIONE PER LA MANCATA PARTECIPAZIONE ALLA MEDIAZIONE</i>	Pag. 28
<i>9- ANCORA SULL'ART 17 COMMA 5 TER: l'insostenibile effetto morgana della gratuità del primo incontro</i>	Pag. 32
<i>Formulario</i>	Pag. 40

INTRODUZIONE

Questa guida pratica al procedimento di mediazione non vuole essere una dottrina di insegnamento, ma una raccolta di indicazioni, un supporto per gli operatori della mediazione, con il quale muoversi ed orientarsi.

Le recenti novità che hanno accompagnato la reintroduzione nel nostro ordinamento del tentativo obbligatorio di mediazione hanno creato molta confusione nella interpretazione del novellato d. lgs. 28/2010, con particolare riferimento agli art. 5, 8 e 12.

Il fine di questa breve guida pratica è quello di proporre alcune soluzioni applicative conseguenti a una corretta e coerente interpretazione della “Nuova Mediazione Civile e Commerciale”, che permettano al mediatore di sviluppare una prassi valida ed efficace, tenuto conto delle esperienze maturate e delle criticità emerse fino ad ora.

Purtroppo il recente intervento del legislatore, a tratti frettoloso ed impreciso, ha concesso qualche interpretazione superficiale, tendenzialmente elusiva e perciò incoerente con la *ratio* normativa, a danno del concreto esperimento del tentativo di mediazione e delle sue probabilità di successo. Le conseguenze di tali interpretazione, peraltro piuttosto arbitrarie, non fondate sul dettato letterale della norma, si riverberano sull’istituto e ne favoriscono l’elusione.

Ci proponiamo quindi di fornire una prima “morfologia della prassi” della mediazione 2.0, auspicando che possa condurre verso una gestione della procedura più efficace, omogenea e condivisa da mediatori, organismi e professionisti che assistono le parti.

Avv. Barbara Cocola
Associazione Conciliatori del Veneto

Un ringraziamento particolare all' Avv. **Giuseppe Valenti, membro della Commissione Statuto OUA, e Vice Presidente di Medialogos, associazione per la promozione della cultura negoziale, il cui sostegno, supporto e collaborazione sono stati per me fondamentali per la realizzazione di questa guida.*

1) **AVVIO DELLA PROCEDURA E ASSISTENZA OBBLIGATORIA**

Secondo quanto disposto dal decreto 28/2010, chiunque desideri ricorrere alla procedura di mediazione per la conciliazione di una controversia civile o commerciale in materia di diritti disponibili, deve presentare domanda scritta ad un organismo di mediazione con l'assistenza di un legale.

La domanda può essere presentata anche a mezzo fax o per posta elettronica, essendo la procedura ispirata ai principi di informalità e rapidità, ma comunque nel rispetto della sicurezza delle comunicazioni e della riservatezza. E' possibile avviare la mediazione sia utilizzando gli appositi moduli che ogni organismo avrà cura di predisporre (**doc. 1**), sia in carta libera purché la domanda di mediazione si attenga ai requisiti di cui all'art. 4 del decreto 28/2010: l'istanza dovrà dunque indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa, e andrà depositata presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia.

L'istanza, sottoscritta dal richiedente e dal suo avvocato, deve contenere le seguenti informazioni:

- a) indicazione dell'organismo di mediazione e del tribunale che sarebbe territorialmente competente a conoscere la controversia;
- b) generalità della parte richiedente con recapiti telefonici ed elettronici ed il codice fiscale (se persona giuridica: denominazione, tipo, sede e legale rappresentante);
- c) nome dell'eventuale rappresentante nella procedura con indicazione dei poteri di rappresentanza per transigere la controversia (procura speciale notarile);
- d) nome o denominazione, indirizzo e quant'altro possa servire a contattare la(e) parte(i) nei cui confronti si desidera attivare la procedura;
- e) l'oggetto della lite e le ragioni della pretesa, nonché un'esposizione sintetica dei fatti;
- f) eventuali documenti allegati;
- g) il valore indicativo della controversia, individuato secondo i criteri stabiliti dal codice di procedura civile. Per le liti di valore indeterminabile, ovvero in caso di notevole divergenza tra le parti, l'organismo di mediazione deciderà il valore di riferimento, secondo i criteri previsti dalla normativa vigente, e lo comunicherà alle parti;
- h) l'accettazione del Regolamento e della tabella delle indennità.

La procedura s'intende avviata alla data del ricevimento della domanda da parte dell'Organismo. Si è a lungo dibattuto se l'assistenza del difensore dovesse intendersi necessaria sin dalla proposizione della domanda, con la sottoscrizione da parte dell'avvocato dell'istanza introduttiva. Ciò sembra senz'altro prescritto nei casi previsti dall'art. 5 *comma 1 bis*, anche se l'eventuale omissione è priva di conseguenze inibitorie della procedura. L'indirizzo più acconcio sembra quindi quello di dare comunque seguito alla domanda di mediazione sottoscritta solo dalla parte personalmente, fermo restando l'obbligo da parte degli organismi di mediazione di dare adeguata informativa alle parti delle conseguenze di legge in caso di mancata assistenza degli avvocati, obbligo che può essere assolto con la sottoscrizione di apposito modulo (**doc. 2**).

L'art. 5 del d. lgs. 28/2010, che disciplina i casi di tentativo pregiudiziale obbligatorio, sancisce che “Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto...”. La parte in tali casi è tenuta a farsi assistere dall'avvocato nell'esperimento del procedimento di mediazione dall'inizio alla fine; e avendo inizio la procedura con un atto introduttivo di impulso (nel nostro caso con la domanda di cui all'art. 4), l'assistenza dell'avvocato sarà obbligatoria quindi dalla stesura dell'istanza di mediazione, che verrà sottoscritta quindi congiuntamente sia dalla parte che dal suo avvocato, fino all'atto conclusivo della procedura, che è la sottoscrizione del verbale, anche in questo caso congiunta. Questa interpretazione è giustificata anche dal requisito della competenza territoriale, introdotto dalle recenti modifiche al decreto, che impone che l'istanza venga presentata “presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia”. Non sembra infatti plausibile che le parti possano avere senza ausilio tecnico giuridico piena consapevolezza e nozione del requisito in questione, o della sua eventuale derogabilità, né si può pretendere che possano essere in grado di circoscrivere l'oggetto della controversia con precisione, o di conoscere della legittimazione passiva, del litisconsorzio necessario e di tutti i requisiti di cui all'art. 4 del d. lgs. 28/2010.

Dunque, ai sensi dell'art. 5 dobbiamo ritenere che nelle materie ivi indicate l'assistenza dell'avvocato sia obbligatoria fin dal primo atto che dà avvio alla procedura di mediazione; mentre l'art. 8, che disciplina la procedura in generale, dispone comunque che “al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato”. La “presenza fisica” degli avvocati agli incontri di mediazione al fianco delle parti è quindi prevista dal primo incontro fino alla sottoscrizione del verbale conclusivo¹.

L'assistenza legale assume tuttavia un rilievo pregnante ai soli fini della efficacia esecutiva dell'accordo sottoscritto in mediazione. L'art. 12 dispone infatti che “Ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata,

¹ In tal senso anche la Circolare Ministeriale sulle norme introdotte dal d.l. 98/2013 del 02.12.2013: “...la disposizione dell'art. 8 del decreto legislativo, che prevede che “al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato”. Apparentemente di ambito generale, in realtà tale disposizione costituisce un completamento della previsione di cui all'art. 5, nel senso che, nelle ipotesi in cui il procedimento di mediazione è condizione di procedibilità, la parte che vorrà attivare la procedura di mediazione dovrà avvalersi dell'assistenza di un avvocato non solo al momento del deposito dell'istanza, ma anche per tutti i momenti successivi del procedimento di mediazione, fino al termine della procedura...”

l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Gli avvocati attestano e certificano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico.

In tutti gli altri casi l'accordo allegato al verbale è omologato, su istanza di parte, con decreto del presidente del tribunale, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico”.

Gli articoli 5, 8 e 12 dunque, letti in combinato disposto, delineano il ruolo dell'avvocato in mediazione, a partire dalla presentazione dell'istanza di mediazione fino al momento conclusivo della procedura: sin dalla redazione dell'istanza nei casi di mediazione obbligatoria, dal momento dell'avvio della trattativa negoziale nella volontaria, al fine di ottenere l'accordo come titolo esecutivo immediato, senza che sia necessaria l'omologazione del presidente del tribunale. In particolare, saranno gli avvocati ad attestare e certificare la conformità dell'accordo alle norme imperative e dell'ordine pubblico. La riprova è che gli stessi articoli, se non letti nel combinato disposto indicato, evidenzerebbero delle criticità interpretative, in quanto l'art. 12, se da una parte dispone l'immediata efficacia esecutiva dell'accordo sottoscritto dalle parti e dai loro avvocati, dall'altra dispone che “in tutti gli altri casi” (quali, se non quelli in cui l'avvocato non è presente?) l'accordo allegato al verbale di mediazione “è omologato...con decreto del Presidente del Tribunale...”. Se ne ricava che, nonostante il disposto degli articoli 5 e 8, le parti possono stare in mediazione anche senza l'assistenza dell'avvocato, e l'unica conseguenza diretta sarà che l'eventuale accordo per essere titolo esecutivo dovrà essere omologato dal Presidente del Tribunale, il quale provvederà ad accertare che l'accordo abbia i requisiti di forma necessari, e non sia contrario alle norme imperative e all'ordine pubblico. Come già anticipato dunque, nel caso in cui una parte avviasse una procedura senza l'assistenza dell'avvocato, l'organismo di mediazione o il mediatore non potrebbe rifiutare di svolgere la mediazione ma dovrebbe limitarsi a fare presente alle parti che in caso di raggiungimento dell'accordo, quest'ultimo, in mancanza della sottoscrizione degli avvocati, non avrà efficacia immediatamente esecutiva. Potrà piuttosto consigliare di farsi assistere da un avvocato al momento della sottoscrizione, in modo che possa essere certificata e attestata la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico. In caso contrario sarà necessario, ai fini dell'esecutività, richiedere l'omologa del presidente del tribunale²

² La circolare ministeriale del 02.12.2013 interpreta invece (apoditticamente) la previsione dell'art. 12 nel senso che l'assistenza dell'avvocato non sia obbligatoria nella mediazione c.d. facoltativa: “...l'assistenza dell'avvocato è obbligatoria esclusivamente nelle ipotesi di c.d. mediazione obbligatoria (ivi compresa quella disposta dal giudice ex art. 5 comma 2), ma non anche nelle ipotesi di mediazione facoltativa. A tale soluzione si perviene agevolmente osservando che, in via generale, il nuovo testo dell'art. 12, comma 1, espressamente configura l'assistenza legale delle parti in mediazione come meramente eventuale (“ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato...”). Di talché, ferma la necessità dell'assistenza legale nelle forme di mediazione obbligatoria, nella mediazione c.d. facoltativa le parti possono partecipare senza l'assistenza di un avvocato. A tale conclusione non è di ostacolo la disposizione dell'art. 8 del decreto legislativo, che prevede che “al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato”. Apparentemente di ambito generale, in realtà tale disposizione costituisce un completamento della previsione di cui all'art. 5, nel senso che, nelle ipotesi in cui il procedimento di mediazione è condizione di procedibilità, la parte che vorrà attivare la procedura di mediazione dovrà avvalersi dell'assistenza di un avvocato non solo al momento del deposito dell'istanza, ma anche per tutti i momenti successivi del procedimento di mediazione, fino al termine della procedura...”. In realtà l'art. 8 non

2) FISSAZIONE DEL PRIMO INCONTRO DI MEDIAZIONE E SCELTA DEL MEDIATORE

All'atto di presentazione della domanda di mediazione, il Responsabile dell'Organismo fissa la data del primo incontro tra le parti, non oltre 30 giorni dal deposito della domanda, e individua un mediatore da designare operando una scelta che ne garantisca l'imparzialità e l'idoneità allo svolgimento dell'incarico secondo criteri inderogabili per l'assegnazione degli affari di mediazione, contenuti nel regolamento dell'organismo ex art. 3 d.lgs 28/2010, e rispettosi della specifica competenza professionale del mediatore designato, tenuto conto dell'esperienza e dei titoli posseduti.

La designazione del mediatore rappresenta un momento fondamentale nella procedura di mediazione.

La designazione (o nomina) è un atto unilaterale a forma libera, mediante il quale il responsabile designa un determinato mediatore o collegio di mediatori. In assenza di specificazioni sulla forma di tale atto, si deve ritenere che la nomina possa avvenire con qualsiasi mezzo (inclusi contatti telefonici, o semplici messaggi di posta elettronica). La norma fa coincidere il momento della designazione con il momento della nomina del mediatore: ciò ovviamente non può che avvenire in un momento successivo. E' probabile che il legislatore intendesse con ciò un lasso temporale minimo tra ricezione dell'istanza e nomina del mediatore.

In particolare, nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, il responsabile dell'organismo nominerà, ai sensi dell'art. 8 comma 1 ultimo periodo, uno o più mediatori ausiliari, che affiancheranno e supporteranno il mediatore designato. Ciò per consentire di affiancare al designato dei mediatori ausiliari nelle controversie di particolare complessità. Nel caso in cui tra i mediatori accreditati presso l'organismo adito non ve ne sia nessuno che abbia le competenze necessarie, viene in aiuto la disposizione di cui all'art. 7 comma 2 lettera c) del DM 180/2010, che prevede la possibilità per l'organismo il cui regolamento lo preveda, di avvalersi di strutture, personale e mediatori di altri organismi con i quali abbia raggiunto a tal fine un accordo, anche per singoli affari di mediazione.

E' interessante notare come il DM 180 /2010 all'art. 16 comma 10, in riferimento alle indennità di mediazione, differenzi l'ipotesi della nomina di un collegio di mediatori dalla nomina dei mediatori ausiliari (*“Le spese di mediazione... rimangono fisse anche nel caso di mutamento del mediatore nel corso del procedimento ovvero di nomina di un collegio di mediatori, di nomina di uno o più mediatori ausiliari, ovvero di nomina di un diverso*

richiama l'art. 5, rispetto al quale è in rapporto di genere (procedimento in generale) a specie (materie in cui è obbligatorio il tentativo pregiudiziale) . La circolare considera perciò erroneamente l'art. 8 come riferito ai soli casi di mediazione obbligatoria, pervenendo così all'erronea conclusione evidenziata. D'altronde nemmeno l'art. 12 richiama l'art. 5, per cui la lettura secondo cui la disposizione intenda distinguere i casi di mediazione obbligatoria dalla mediazione c.d. facoltativa, è assolutamente ingiustificata, anzi contraria a logica sintattica e ai criteri legali d'interpretazione dell'art. 12 preleggi.

mediatore per la formulazione della proposta ai sensi dell'articolo 11 del decreto legislativo). Non è chiara la differenza tra nomina di un collegio e affiancamento al mediatore designato di uno o più mediatori ausiliari, salva l'ipotesi che tale necessità insorga successivamente alla nomina del primo *uti singulo*. Tuttavia, visto che il DM differenzia le due ipotesi è opportuno definire entrambe le fattispecie nel regolamento dell'organismo, soprattutto in relazione alla possibilità di formulare la proposta del mediatore ex art. 11 del d. lgs. 28/2010. Nel caso di nomina di un collegio, infatti i mediatori avranno la medesima posizione e potranno tutti contribuire alla formulazione della proposta; nel secondo caso è preferibile che i mediatori ausiliari si limitino a fornire al mediatore designato un supporto legato alle loro "specifiche competenze tecniche" (si pensi a esempio al caso del commercialista "mediatore ausiliario" che supporti un avvocato mediatore nella gestione di una controversia nella quale sia necessaria la disamina di scritture contabili o bilanci di esercizio).

La designazione del mediatore è necessariamente atto dell'Organismo, ma è possibile che siano le parti presentando istanza congiunta a chiedere all'Organismo di nominare un mediatore in particolare, giacché, l'art. 7 comma 5 lettera c) dispone che il regolamento di procedura dell'organismo debba prevedere "*la possibilità di comune indicazione del mediatore ad opera delle parti, ai fini della sua eventuale designazione da parte dell'organismo*". Tuttavia l'organismo non sarà obbligato a designare proprio quel mediatore, qualora ritenesse più utile, ai fini del successo della mediazione, individuarne uno differente.

Sempre l'art. 8 comma 1 prevede che "*La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante*". Questa disposizione chiarisce che non è onere del mediatore fissare il primo incontro e comunicarlo alle parti: tale obbligo è rimesso all'Organismo o alla parte istante; gli eventuali incontri successivi, saranno fissati di intesa direttamente tra il mediatore e le parti. In questa ultima ipotesi, il mediatore comunicherà all'Organismo le date, concordate con le parti, dei successivi incontri.

E' opportuno che sia la segreteria dell'organismo a comunicare alla parte invitata alla procedura di mediazione, con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, la data della primo incontro, indicando altresì il mediatore (o il collegio) designato. Ciò ai fini di una corretta gestione della procedura di mediazione, che rimane sempre e comunque affidata all'organismo adito.

Così come per la nomina del mediatore, anche per la forma delle comunicazioni siamo in assenza di una espressa indicazione legislativa; pare quindi plausibile ritenere che le convocazioni non siano soggette ad alcuna formalità e possano avvenire attraverso qualsiasi mezzo di comunicazione (lettera, non necessariamente raccomandata a/r, telefono, fax, posta elettronica anche non certificata), salvo eventuali esigenze di prova o attestazione o specifiche formalità previste dal regolamento. E' però consigliabile che l'organismo utilizzi, un mezzo in grado di fornire la data certa della ricezione da parte del convocato (posta certificata, raccomandata a/r o telefax) , in quanto secondo il disposto dell'art. 5 comma 6 del d. lgs . 28/2010 ("*Dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione i medesimi effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data, la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola*

*volta...”) gli effetti sulla prescrizione e sulla decadenza si verificano proprio dal momento della comunicazione al convocato. Sarà cura dell’organismo di mediazione predisporre, per le comunicazioni ai convenuti, dei modelli di invito (**doc. 3**) che chiariscano immediatamente, oltre alla data dell’incontro, al nome del mediatore designato e all’oggetto della controversia, anche costi e tempi della procedura; sarà indispensabile inoltre predisporre una lettera di accompagnamento (**doc. 4**) che illustri sinteticamente ma chiaramente alle parti, l’utilità della procedura, in termini di celerità economicità e riservatezza, nonché le eventuali sanzioni in cui incorre la parte che senza giustificato motivo non aderisce alla procedura di mediazione.*

Particolare attenzione merita l’art. 5 comma 6 del d. lgs. 28/2010, che ricollega alla comunicazione della domanda di mediazione alla parte invitata effetti sulla prescrizione e sulla decadenza: *“Dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione i medesimi effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data, la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all’articolo 11 presso la segreteria dell’organismo”*. La disposizione merita attenzione in quanto, come si evince dal secondo capoverso, in caso di fallimento del tentativo di mediazione, il termine di decadenza decorre dal deposito del verbale di cui all’articolo 11 presso la segreteria dell’organismo, e non dal termine per la conclusione della procedura (90 giorni dal deposito dell’istanza di mediazione), termine peraltro non perentorio e prorogabile dalle parti. La norma fa riferimento al deposito del verbale presso la segreteria dell’organismo, e non al momento della sua sottoscrizione, in relazione al fatto che gli organismi di mediazione hanno necessariamente sedi secondarie, in località diverse e distanti dalla sede centrale, e qualora il verbale sia sottoscritto presso una sede secondaria, sarà necessario trasmettere il verbale alla sede centrale dell’organismo. E così come il procedimento di mediazione si considera avviato nel momento in cui l’istanza di mediazione (atto di avvio) viene depositata presso la segreteria dell’organismo, così il momento conclusivo sarà quello in cui il verbale (atto conclusivo) viene depositato presso la segreteria; tale momento sarà contestuale al momento della sottoscrizione, qualora quest’ultima avvenga presso la sede centrale dell’organismo, ove si trova la segreteria, non essere contestuale se sottoscritto presso una sede secondaria e trasmesso successivamente alla segreteria. Sarà necessario dunque, ai fini del disposto di cui all’art. 5 comma 6, fare riferimento alla data del deposito del verbale.

3) IL PRIMO INCONTRO DI MEDIAZIONE: il nuovo art. 8 del d. lgs. 28/2010

Con il “decreto del Fare” (n° 69 del 21 giugno 2013, convertito nella legge n° 98 del 9 agosto 2013) è stato rivisitato l’art. 8 comma 1 del decreto 28/10, che così ora dispone: *”All’atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell’organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre trenta giorni dal deposito della domanda. La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all’altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante. Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l’assistenza dell’avvocato. Durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento. Nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, l’organismo può nominare uno o più mediatori ausiliari.”*

La novella ha specificato alcune attività che il mediatore deve svolgere nel primo incontro di mediazione, di cui non si faceva menzione nella versione precedente, ma che erano abitualmente praticate in quanto intrinseche e connaturate alla procedura, ossia la spiegazione alle parti della “funzione e le modalità di svolgimento della mediazione”, nonché l’invito alle parti e ai loro avvocati “a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione”. In altre parole, la verifica della corretta instaurazione della procedura, affinché sia possibile procedere al tentativo.³ Una volta terminate le verifiche necessarie, il mediatore entra nel merito della controversia e, a mente del comma terzo dello stesso articolo 8, *“si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia”*.

Secondo le regole ermeneutiche dell’art.12, 1 co. delle preleggi, il primo incontro inizia con l’informativa del mediatore sulla natura e funzione del procedimento, e prosegue con l’esame del merito che può portare alla conciliazione delle parti o al mancato accordo.

³Vedasi in proposito, a sostegno della interpretazione appena esposta, l’ordinanza del Tribunale di Firenze del 19.03.2014, nella quale il giudice dott.ssa Luciana Breggia, disponendo il tentativo di mediazione ex officio, precisa che il tentativo di mediazione deve essere *”effettivamente avviato e che le parti - anziché limitarsi ad incontrarsi e informarsi, non aderendo poi alla proposta del mediatore di procedere – adempiano effettivamente all’ordine del giudice partecipando alla vera e propria procedura di mediazione, salva l’esistenza di questioni pregiudiziali che **ne impediscano la procedibilità**”*; vedasi pure Tribunale di Firenze, sezione III Civile, N.R.G 2013/15408, Giudice Leonardo Scionti *“...le procedure di mediazione ex art. 5, comma 1-bis (ex lege) e comma 2 (su disposizione del giudice) del d.lgs. 28/10 (e succ. mod.), sono da ritenersi ambedue di esperimento obbligatorio, essendo addirittura previsti a pena di improcedibilità dell’azione; che difatti, per espressa volontà del legislatore, il mediatore nel primo incontro chiede alle parti di esprimersi sulla “possibilità” di iniziare la procedura di mediazione, vale a dire sulla eventuale sussistenza di impedimenti all’effettivo esperimento della medesima e **non sulla volontà delle parti**, dal momento che in tale ultimo caso si tratterebbe, nella sostanza, non di mediazione obbligatoria bensì facoltativa e rimessa alla mera volontà delle parti medesime con evidente, conseguente e sostanziale interpretatio abrogans del complessivo dettato normativo e assoluta dispersione della sua finalità esplicitamente deflativa...”*.

Non ha quindi diritto di cittadinanza quella superficiale lettura secondo cui per soddisfare la condizione di procedibilità si debba ivi verificare la sussistenza o meno di una volontà a priori di “iniziare la procedura di mediazione”.

In realtà, come tutte le procedure, anche quelle più informali, l’avvio si ha con l’atto introduttivo, e quindi nel nostro caso con la domanda di cui all’art. 4, domanda. Una volta designato il mediatore e fissato il primo incontro è evidente che la procedura è già instaurata, come dimostra il fatto che i termini decorrono dal deposito della domanda (art. 6 comma 2) e che dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce effetti giuridici sulla prescrizione e sulla decadenza (art. 5 comma 6). La frase “Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento”, riporta un “iniziare” in luogo di un più coerente, anche se allitterante, “procedere” o “proseguire” ma in tal ultimo senso deve essere letta secondo logica ermeneutica e ratio normativa.

Quanto alla portata della “possibilità di iniziare la mediazione”, su cui sono chiamati ad esprimersi le parti e i loro avvocati, sicuramente questa non è il diritto potestativo delle parti a rifiutare a priori di partecipare al tentativo obbligatorio di mediazione. Per quanto infatti si possa immaginare contorto e bizzarro il legislatore decretante, sarebbe perfino contrario al principio di ragionevolezza ritenere che esso abbia inteso prevedere l’obbligo di un tentativo (art. 5 comma 1, “*Chi intende esercitare in giudizio un’azione.....è tenuto, assistito dall’avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione*”) senza l’obbligo di svolgere in concreto il tentativo medesimo, ma attribuendo invece alle parti un diritto potestativo di sottrarsi a quest’ultimo con la semplice dichiarazione preliminare di rifiuto a tentare la mediazione.

Di più, la semplice indagine a priori della volontà delle parti da parte del mediatore, senza lo svolgimento da parte di quest’ultimo dell’attività di cui al comma terzo dello stesso art. 8, non soddisfa la condizione di procedibilità così come prevista dal d. lgs. 28/2010, che prevede “l’esperimento del tentativo” e non una indagine della volontà delle parti.⁴ Peraltro un verbale che riportasse *sic et simpliciter* la volontà di entrambe le parti di non esperire il tentativo pregiudiziale di mediazione, legittimerebbe il giudice successivamente adito a

⁴ Vedasi in tal senso, Lucarelli, “*La mediazione obbligatoria fra ordine del giudice e principio di effettività: verso una riduzione certa e significativa dei processi pendenti*” (Judicium, Saggi, 05.05.2014), “...Si comprende che l’obbligo in quanto tale non ammette una volontà contraria, ma solo limiti derivanti da questioni che attengono alla impossibilità del suo rispetto. La portata della norma, anziché sovvertire il significato dell’obbligatorietà, concede all’interprete un ragionamento coerente e rispettoso dei principi fondamentali dell’ordinamento giuridico. Se la valutazione sulla mediabilità della controversia è già compiuta astrattamente dal legislatore con riferimento alle materie previste dal primo comma dell’art. 5 d.lgs. 28/2010, e dal giudice ai sensi del secondo comma dello stesso articolo, è solo dinanzi al mediatore che possono sorgere questioni che limitano oggettivamente la procedibilità, cioè la possibilità di procedere al tentativo di mediazione. Basti pensare alla questioni della competenza, della carenza di rappresentanza, della mancanza di una parte necessaria, al sopraggiungere di fatti che possono limitare la neutralità del mediatore, e a quanto altro richieda ulteriori approfondimenti o attività o attesa e che renda impossibile il procedimento. Nulla a che vedere con la mera volontà delle parti e degli avvocati. Questa è vincolata al tentativo e ciò non può che rispondere ad un principio di effettività del diritto che sancisce l’obbligo o dell’ordine giudiziale: solo l’avvio del procedimento di mediazione è configurabile come adempimento. Eventuali questioni sulla procedibilità risulteranno ostative e dovranno di conseguenza essere previamente affrontate e superate. Anche, eventualmente, dedicando un secondo o successivo incontro al superamento delle stesse....”

rinviate le parti nuovamente in mediazione, al fine di esperire realmente il tentativo, vanificando un simile escamotage, del cui uso potrebbe anche tener conto ai fini delle spese. Dal punto di vista del mediatore, invece, il comportamento della parte che avesse aderito solamente per esprimere la propria volontà di non esperire il tentativo di mediazione andrebbe considerato alla stregua della mancata adesione, passibile perciò anche della sanzione di cui all'art. 8 ultimo comma.

Ecco dunque la ragione della previsione, altrimenti ridondante e superflua, dell'art. 5 comma 2-*bis* del decreto novellato: "Quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo"⁵. Tale previsione rafforza ulteriormente quella dell'art. 8 comma 3, nel senso che, laddove l'esame della controversia sfoci in un mancato accordo già al primo incontro di mediazione, la condizione di procedibilità deve considerarsi soddisfatta in quanto l'esame nel merito della controversia (solo a seguito di questo infatti si può parlare di accordo o mancato accordo) costituisce

⁵ A sostegno di quanto appena esposto, sempre nella recentissima ordinanza del Tribunale di Firenze del 19 marzo 2014, di cui alla nota precedente, in occasione di un procedimento di mediazione disposto ai sensi dell'art. 5 comma 2, il giudice dott.ssa Luciana Breggia precisa un importante principio in tema di primo incontro di mediazione, su cui tanto si è dibattuto complice l'ambiguità della formulazione dell'art. 8 del d. lgs. 28/2010, che enuncia le regole del procedimento di mediazione, nonché dell'art. 5 comma 2 bis che prevede che "Quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo". Rileva saggiamente il giudice che "Come si vede le due norme sono formulate in modo ambiguo: nell'art. 8 sembra che il primo incontro sia destinato solo alle informazioni date dal mediatore e a verificare la volontà di iniziare la mediazione. Tuttavia, nell'art. 5, comma 5 bis, si parla di "primo incontro concluso senza l'accordo". Sembra dunque che il primo incontro non sia una fase estranea alla mediazione vera e propria: non avrebbe molto senso parlare di 'mancato accordo' se il primo incontro fosse destinato non a ricercare l'accordo tra le parti rispetto alla lite, ma solo la volontà di iniziare la mediazione vera e propria. A parte le difficoltà di individuare con precisione scientifica il confine tra la fase cd preliminare e la mediazione vera e propria (difficoltà ben nota a chi ha pratica della mediazione), data la non felice formulazione della norma, appare necessario ricostruire la regola avendo presente lo scopo della disciplina, anche alla luce del contesto europeo in cui si inserisce (direttiva 2008/52/CE). In tale prospettiva, ritenere che l'ordine del giudice sia osservato quando i difensori si rechino dal mediatore e, ricevuti i suoi chiarimenti su funzione e modalità della mediazione (chiarimenti per i quali i regolamenti degli organismi prevedono tutti un tempo molto limitato), possano dichiarare il rifiuto di procedere oltre, appare una conclusione irrazionale e inaccettabile"....." ritenere che la condizione di procedibilità sia assolta dopo un primo incontro, in cui il mediatore si limiti a chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, vuol dire in realtà ridurre ad un' inaccettabile dimensione notarile il ruolo del giudice, quello del mediatore e quello dei difensori. Non avrebbe ragion d'essere una dilazione del processo civile per un adempimento burocratico del genere. La dilazione si giustifica solo quando una mediazione sia effettivamente svolta e vi sia stata data un'effettiva chance di raggiungimento dell'accordo alle parti. Pertanto occorre che sia svolta una vera e propria sessione di mediazione. Altrimenti, si porrebbe un ostacolo non giustificabile all'accesso alla giurisdizione"...". L'informazione sulle finalità della mediazione e le modalità di svolgimento ben possono in realtà essere rapidamente assicurate in altro modo: 1. dall'informativa che i difensori hanno l'obbligo di fornire ex art. 4 cit., come si è detto; 2. dalla possibilità di sessioni informative presso luoghi adeguati (v. direttiva europea)"...". Il giudice ritiene che le ambiguità interpretative evidenziate vadano risolte considerando quale criterio fondamentale la ragion d'essere della mediazione, dovendosi dunque affermare la necessità che le parti compaiano personalmente (assistite dai propri difensori come previsto dall'art. 8 d.lgs. n. 28/2010) e che la mediazione sia effettivamente avviata".

esperimento del tentativo di mediazione, considerato che, una volta iniziata la trattativa, le parti possono abbandonare il tavolo in qualsiasi momento⁶.

⁶ La circolare ministeriale del 02.12.2013 è intervenuta anche in merito all'attività che deve essere svolta nel primo incontro di mediazione, anche se semplicemente al fine di "giustificare" il discutibile assunto di cui all'art. 17 comma 5 -ter che prevede che "Nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione". Dispone infatti la circolare che "... il riferimento al termine "compenso", quale corrispettivo per una prestazione professionale svolta, induce a ritenere che il legislatore abbia voluto fare riferimento unicamente a quella voce dell'indennità complessiva che riguarda le sole spese relative all'attività di mediazione vera e propria... secondo la nuova configurazione del procedimento di mediazione derivante dalla novella del 2013, il primo incontro del procedimento di mediazione dovrebbe essere considerato come momento non ancora inserito nello svolgimento vero e proprio dell'attività di mediazione, come definita dall'art.1, comma 1, lett. a) del D.Lgs. 28/2010. In questo contesto, infatti, va tenuto presente quanto dispone l'art. 8 comma 1 del D. Lgs. 28/2010, come modificato dall'art. 84 del decreto legge citato, ed in particolare che: "... Durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati ad esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento". Tale ultima disposizione, recita sempre la circolare, meglio delineando la natura e la funzione del 'primo incontro' rispetto alla 'procedura di mediazione', consente di comprendere la ragione per la quale il legislatore ha previsto che, "nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione": non essendosi svolta vera e propria "attività di mediazione" non si potrà richiedere un compenso che attenga, appunto, ad una attività eventuale e successiva che avrà modo di essere esercitata solo se le parti intendano procedere oltre". La circolare evidenzia la necessità di esperire, nel primo incontro di mediazione, tutte le attività legate all'analisi delle "questioni preliminari", che certamente non possono intendersi come "attività di mediazione in senso stretto" ma che sono comunque necessarie all'interno di una procedura di mediazione. Purtroppo il nostro interprete, nell'arduo compito di giustificare la disposizione di cui all'art. 17 comma 5 ter, fa un po' di confusione. La spiegazione della funzione e delle modalità di svolgimento della mediazione rientra del c.d. "monologo del mediatore", discorso di apertura della fase iniziale della mediazione che ha il duplice scopo di descrivere le modalità della mediazione e, se vogliamo, di infrangere il clima di imbarazzo e diffidenza tra le parti nei primissimi momenti dell'incontro. Orbene, il discorso del mediatore è tutt'altro che avulso dalla attività di mediazione "in senso stretto", anzi è la prima concreta attività di mediazione svolta dal mediatore che, al di là delle spiegazioni della procedura, tende a creare empatia con le parti e a suscitare in loro la fiducia necessaria ai fini di una soluzione positiva della vicenda oggetto di mediazione. Non è dunque fondato l'assunto dell'autore della circolare, che ritiene che il fondamentale discorso di apertura della sessione congiunta di mediazione, durante il primo incontro, non sia vera e propria attività di mediazione. Vero è invece che solo la disamina delle questioni preliminari ed eventualmente impeditive al proseguimento del procedimento, non rientra nella attività di mediazione in senso stretto. Giova comunque precisare come l'attività svolta dal mediatore nel primo incontro, sia essa attività di mediazione in senso stretto o analisi delle questioni preliminari, sia attività svolta pur sempre da un professionista, e certamente non si tratta di attività di poco conto! Di certo non rientra tra le attività di segreteria (e infatti non è svolta da un dipendente dell'organismo, che non può firmare i verbali di fallita conciliazione), per le quali è previsto il versamento delle c.d. "spese di avvio procedura", e non può non essere considerata attività svolta dal mediatore, in quanto è proprio lui che la svolge. Ma quale attività del mediatore può essere intesa non come attività di mediazione, posto che a svolgerla è il mediatore stesso, nell'ambito di una procedura di mediazione già avviata? Sarebbe opportuno che il legislatore intervenisse per meglio precisare la portata o quanto meno la corretta interpretazione dell'art. 17 comma 5 ter, in modo da evitare letture aberranti in netto contrasto con le finalità del decreto 28/2010. Secondo taluni, infatti, nella nuova configurazione del procedimento di mediazione, la prima fase del primo incontro dovrebbe essere considerata come momento non ancora proprio dell'attività di mediazione, come definita dall'art.1, comma 1, lett. a) del D.Lgs. 28/2010. La circolare evidenzia quindi la possibilità di esperire, nel primo incontro di mediazione, tutte le attività legate all'analisi delle "questioni preliminari" (analisi che peraltro potrebbe avvenire anche in una fase precedente al primo incontro di mediazione), che certamente non possono intendersi come "attività negoziale in senso stretto" ma che sono comunque necessarie alla procedura per verificarne la procedibilità. Ed è fatale che, nel caso in cui non esistano elementi ostativi alla procedibilità, si passi alla discussione e trattazione negoziale della controversia, entrando specificatamente nel merito della questione e svolgendo così attività di mediazione in senso stretto, sicché la previsione di cui all'art. 17 comma 5 ter non trovi più applicazione.

Anche volendo sostenere che l'ordinanza *de qua* si riferisca esclusivamente al tentativo di mediazione delegata di cui all'art. 5 comma 2 del citato decreto, ove non si fa riferimento ad un semplice e generico invito del Giudice alle parti in causa di esperire un tentativo di conciliazione (lasciando ad esse la decisione in merito alla possibilità o meno di aderirvi) ma piuttosto di un vero e proprio obbligo che non lascia possibilità di scelta, si sottolinea che il procedimento di cui all'art. 8 deve essere considerato come procedura da seguire in tutti i casi di cui all'art. 5, non richiamando l'art. 5 comma 1 bis.

Le parti dovranno dunque necessariamente esperire il procedimento di mediazione, inteso come vera e propria sessione di mediazione, sia esso obbligatorio tanto ai sensi dell'art. 5 comma 1 bis, quanto ai sensi dell'art. 5 comma 2, quanto ai sensi dell'art. 5 comma 5.

4) LA RAPPRESENTANZA DELLE PARTI IN MEDIAZIONE

Premesso che tendenzialmente nel procedimento di mediazione è preferibile ed opportuna la presenza personale delle parti al fine di raggiungere un accordo soddisfacente ed efficace⁷, la possibilità della rappresentanza delle parti davanti al mediatore è rimasta materia fluida e controversa, anche perché non espressamente disciplinata dal decreto legislativo 28/10.

Ci si deve quindi interrogare sui limiti e sulle modalità di conferimento del potere negoziale quando un soggetto voglia farsi sostituire da altri nella procedura, dalla presentazione dell'istanza di mediazione fino alla sottoscrizione del verbale di chiusura.

Ipotizziamo che la parte, invitata a partecipare ad un incontro di mediazione, non si presenti personalmente ma a mezzo del suo avvocato munito di procura alle liti. Il legale è legittimato a partecipare all'incontro e ad negoziare con la controparte ed il mediatore?

Pur nella consapevolezza che la mediazione non è rigorosamente formale, è necessario verificare l'estendibilità alla mediazione delle norme che investono l'avvocato del potere di rappresentare in giudizio il proprio cliente, tenendo presente che la mediazione implica la disposizione dei diritti controversi (art. 1321 c.c.).

In mancanza di specifica deroga dovremo applicare i principi generali in materia di rappresentanza di cui agli articoli 1387 e ss del codice civile: le parti sono quindi libere di farsi rappresentare in mediazione dal soggetto che ritengono più adeguato, sia esso il loro avvocato, oppure un parente o una persona di fiducia, che in questo caso ultimo dovrebbe però comunque partecipare agli incontri di mediazione con l'assistenza di un avvocato. Tale rappresentanza, però, ha natura negoziale, non processuale, sicché è necessario che il rappresentato conferisca idonea procura *ad negotia* che autorizzi il rappresentante ad agire in suo nome e per suo conto, precisandone i poteri e/o limiti.

In questo senso la differenza tra la procura di cui all'art. 185 cpc e la procura per il conferimento della rappresentanza in mediazione è formale e sostanziale. Dal punto di vista sostanziale la procura di cui all'art. 185 cpc fa espresso riferimento al conferimento del

⁷ Sempre nella già citata ordinanza del Tribunale di Firenze, si specifica che “la natura della mediazione esige che siano presenti di persona anche le parti: l'istituto mira a riattivare la comunicazione tra i litiganti al fine di renderli in grado di verificare la possibilità di una soluzione concordata del conflitto: **questo implica necessariamente che sia possibile una interazione immediata tra le parti di fronte al mediatore**. L'assenza delle parti, rappresentate dai soli difensori, dà vita ad altro sistema di soluzione dei conflitti, che può avere la sua utilità, ma non può considerarsi mediazione. D'altronde, questa conclusione emerge anche dall'interpretazione letterale: l'art. 5, comma 1-bis e l'art. 8 prevedono che le parti esperiscano il (o partecipino al) procedimento mediativo con l' 'assistenza degli avvocati', e questo implica la presenza degli assistiti”; in tal senso vedasi anche Tribunale di Firenze, sezione III Civile, N.R.G 2013/15408, Giudice Leonardo Scionti, “...l'esplicito riferimento operato dalla legge (art. 8) alla circostanza che “...al primo incontro e agli incontri successivi fino al termine della procedura le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato...” implica la volontà di favorire la comparizione personale della parte quale indefettibile e autonomo centro di imputazione e valutazione di interessi, limitando a casi eccezionali l'ipotesi che essa sia sostituita da un rappresentante sostanziale, pure munito dei necessari poteri;... pertanto mentre certamente soddisfa il dettato legislativo l'ipotesi di delega organica del legale rappresentante di società, al contrario il mero transeunte impedimento a presenziare della persona fisica dovrebbe invece comportare piuttosto un rinvio del primo incontro...”.

potere di transigere e conciliare la controversia. Ma i poteri che dovranno essere conferiti nella procura ai fini della rappresentanza in mediazione, dovranno essere così ampi da permettere all'altra parte e al mediatore di interagire con un "alter ego" del rappresentato, soprattutto per quanto riguarda la valutazione delle possibilità conciliative, che in mediazione non sono legate a un *thema decidendum* definito o cristallizzato, quanto piuttosto a ciò che le parti percepiscono come importante o inerente in quel momento o in un futuro prossimo, proprio in virtù della possibilità di allargare la torta negoziale. In tal senso, la procura speciale autenticata da pubblico ufficiale o procura notarile, consente di attribuire al rappresentante anche il potere di stipulare atti di straordinaria amministrazione e dà altresì maggiore tranquillità sulla sua validità nei confronti dei terzi verso i quali viene utilizzata.

Essendo gli effetti del negozio rappresentativo destinati a prodursi nella sfera del rappresentato, la manifestazione di costui, che pure è rivolta al conseguimento di tale risultato, non può fare a meno di rivestirsi dell'identica forma prevista dalla legge per l'affare principale.

Si tratta quindi di una forma variabile perché di volta in volta desunta dalla forma richiesta dalla legge per l'atto successivo c.d. forma *per relationem*. Se il negozio che il rappresentante deve concludere deve avere la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata anche la procura deve rivestire tale forma, in altre parole non è possibile stipulare un atto in forma pubblica quando la procura è stata rilasciata per scrittura privata oppure in scrittura privata e tanto meno quando è stata rilasciata oralmente. La necessità che la procura sia redatta nella stessa forma prescritta come necessaria per l'atto cui essa è destinata, impone un certo rigore, perché è stato chiarito che il requisito della forma può essere soddisfatto soltanto in presenza di un documento contenente la manifestazione della volontà di conferire il potere rappresentativo e non anche con documenti che facciano solo riferimento alla procura altrimenti rilasciata o che di questa presuppongano l'esistenza (Cass. 30.8.1994, n. 7590).

Se si analizza la natura dell'atto conclusivo del procedimento di mediazione (sia in caso di fallita conciliazione, mancata adesione o di riuscita conciliazione), esso ha la natura di processo verbale, quindi di un documento che contiene una verbalizzazione, ossia di un atto giuridico consistente nella descrizione per iscritto di quanto avvenuto in presenza del mediatore, quanto meno *ad probationem* (nella fattispecie a riprova dell'avvenuto tentativo di mediazione e del suo esito).

E' atto giuridico, che produce gli effetti giuridici stabiliti dall'ordinamento, a prescindere dalla volontà di chi lo redige. Il verbale va preferibilmente tenuto distinto dagli atti documentati nel verbale, come l'eventuale accordo di mediazione che sarà allegato e che, a differenza del processo verbale stesso, non verrà sottoscritto dal mediatore ma solo dalle parti e dai loro avvocati.

Il processo verbale di mediazione viene formato in contraddittorio con le parti; le quali possono far inserire nel verbale le loro dichiarazioni, purché pertinenti, e che possono anche essere in contrasto con quelle del verbalizzante, sicché il verbale stesso svolge anche una funzione di garanzia reciproca.

Non solo il mediatore, oltre alla redazione e sottoscrizione del verbale, certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere, ossia è tenuto ad accertare l'appartenenza della sottoscrizione ad una particolare persona, ma dovrà anche

accertare, in via preliminare allo svolgimento della mediazione, la legittimazione, i poteri e la capacità in capo alla parte che avvia o aderisce al procedimento, fino al momento conclusivo di esso. E' un controllo che certamente va oltre il semplice accertamento della identità personale delle parti, attraverso il controllo del documento personale di identità, e che va quindi oltre, se volessimo fare una analogia, quanto disposto dall'art. 83 c.p.c. in capo al difensore. La certificazione dell'autografia della sottoscrizione da parte del difensore non pone la necessità della verifica della volontà del sottoscrittore, ma solo l'accertamento della sua identità. E' vero che il mediatore ai soli fini della certificazione dell'autografia della sottoscrizione delle parti, svolgerà un ruolo simile a quello dell'avvocato ai sensi dell'art. 83 cpc, ma il suo ruolo gli impone anche di accertare che le parti che siedono al tavolo della mediazione siano effettivamente i titolari dei diritti oggetto della controversia, che non siano manifestamente incapaci e che soprattutto abbiano i poteri di vincolare con al loro volontà e la loro sottoscrizione, non solo se stessi ma anche altri soggetti che rappresentano: il mediatore deve accertare che in capo alle parti esista la capacità, la volontà ma soprattutto la titolarità del potere di mediare e di conciliare. E qualora in una fase successiva alla conclusione del procedimento di mediazione, colui contro il quale è prodotto il verbale (di fallita o riuscita conciliazione) lo disconoscesse, negando formalmente la propria scrittura o la propria sottoscrizione ai sensi dell'art. 214 cpc, sarebbe assolutamente legittima la richiesta di danni al mediatore che non avesse accertato nei limiti dei suoi poteri la piena capacità di agire nonché i poteri di firma delle parti.

Ma alla luce di ciò, si deve dedurre che il solo mandato *ad litem* rilasciato a un avvocato, o a qualsiasi altra persona da cui la parte abbia intenzione di farsi sostituire in una o più fasi della procedura, non abbia validità per vincolarsi nei confronti dei terzi se non consacrato in una procura notarile speciale redatta ad hoc ai fini del singolo affare di mediazione con la piena e più ampia disposizione del diritto in trattazione.

Naturalmente, secondo le regole generali, il potere negoziale può essere conferito anche successivamente, tramite il negozio di ratifica che è l'atto con cui il dominus rende efficace, per sé, l'affare concluso dal rappresentante senza poteri. ovviamente soggetto ai medesimi requisiti di forma richiesti per il negozio ratificato.

5) LA PERIZIA TECNICA IN MEDIAZIONE

Art. 8 comma 4. Quando non può procedere ai sensi del comma 1, ultimo periodo, il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali. Il regolamento di procedura dell'organismo deve prevedere le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi spettanti agli esperti.

Può succedere che durante la mediazione venga nominato dal mediatore, con il consenso delle parti qualora il regolamento dell'organismo preveda che il pagamento del compenso relativo debba essere sostenuto dalle parti stesse, un consulente tecnico in una materia specifica scelto tra gli iscritti negli albi presso il tribunale. Rispetto alla nomina del mediatore ausiliario con capacità tecniche, di cui al comma 1 dell'art. 8, che è effettuata dal responsabile dell'organismo, il consulente tecnico viene nominato dal mediatore. A differenza di quanto accade in giudizio o arbitrato, la perizia redatta dal consulente tecnico ha un carattere meramente "chiarificatore" e non decisorio; si tratta in genere di una previsione normativa per tutti quei casi in cui tra i mediatori dell'organismo non ve ne sia alcuno competente per la specifica materia oggetto della controversia, e non sia possibile quindi procedere alla nomina di un mediatore ausiliario. Si può pensare che la figura del consulente tecnico risulti utile nel caso in cui la materia del contendere sia particolarmente tecnica e difficile da gestire per entrambe le parti e queste, pur orientate alla risoluzione bonaria della controversia, non dispongano di tutti gli elementi necessari, proprio per la complessità della materia, per arrivare ad un accordo che definisca in maniera precisa tutti i punti controversi della lite⁸. Oppure quando le parti (concordemente o singolarmente) richiedano al mediatore di formulare una proposta conciliativa e la materia del contendere sia tecnica e specifica, così che sia necessario l'ausilio di un tecnico esperto in materia. Il legislatore ha disposto che sia l'organismo nel proprio regolamento a "prevedere le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi spettanti agli esperti", lasciando quindi alla regolamentazione di ogni singolo organismo, la scelta se disporre che le spese siano a carico dell'organismo o delle parti.

Per quanto attiene alla possibilità di usufruire della c.d. "perizia tecnica" (termine che mai appare nell'art. 8, ma presumibilmente si riferisce all'eventuale elaborato peritale redatto del consulente tecnico nominato dal mediatore, nella sua attività di supporto tecnico), nel giudizio successivo alla procedura di mediazione, dobbiamo propendere per la utilizzabilità

⁸ A tal proposito vedasi la recentissima ordinanza del Tribunale di Roma del 17.03.1014, nella quale il giudice, dott. Massimo Moriconi, sottolinea che "va considerato che la possibilità della nomina di un consulente tecnico esterno ed estraneo ai soggetti ordinari che sono presenti nel procedimento di mediazione (mediatore, parti e loro rappresentanti) è, nel relativo sistema normativo, per così dire, residuale. Ciò si ricava a contrariis dalla disposizione dell'art. 8 del decr.lgs. 28/10. Nonché dalla successiva disposizione che prevede la possibilità della nomina di un consulente tecnico esterno solo laddove siano assenti o carenti non solo nel mediatore titolare ma anche in quello eventuale, ausiliario, le competenze tecniche specifiche e necessarie per il caso oggetto del procedimento".

della stessa, e ciò nonostante il disposto dell'art. 9 comma 1 del d. lgs. 28/2010, rubricato "segretezza", che dispone che *"Chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell'organismo o comunque nell'ambito del procedimento di mediazione è tenuto all'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo"*⁹. Se da una parte è dunque impensabile che le dichiarazioni di una parte, senza il suo consenso, possano essere successivamente utilizzate in sede giudiziale (o altrove), diverso è il caso in cui il mediatore si avvalga dell'intervento di un esperto in mediazione, al fine di chiarire alcuni aspetti di carattere tecnico, rispetto ai quali l'incertezza nel merito osti alla risoluzione della controversia. In tal caso l'elaborato peritale si porrebbe come una "lucida fotografia" di una situazione di fatto, una descrizione oggettiva di aspetti fondamentali controversi, o per lo meno non chiari del tutto alle parti coinvolte o al mediatore, resi da un esperto che parte non è!

Giova ricordare che l'attività del perito non consiste certo nella raccolta di dichiarazioni delle parti, rispetto alle quali sussiste invece sicuramente l'obbligo della riservatezza, ma solo ed esclusivamente nella elaborazione oggettiva dei dati raccolti attraverso la sua attività peritale. A ulteriore chiarimento della natura della attività posta in essere dall'esperto in mediazione, è utile l'accostamento all'accertamento tecnico preventivo prima della riforma del 2005; invero in sede di ATP si procedeva esclusivamente alla verifica dello "stato dei luoghi" o "della qualità o condizioni delle cose", quasi a cristallizzare la situazione dei luoghi o dei beni oggetto di verifica; il consulente non poteva spingersi oltre e fornire valutazioni diverse dalla semplice descrizione dell'oggetto, ma si limitava a "fotografare" l'oggetto, compiendo tutte quelle attività istruttorie che non potevano essere eseguite in seguito. Mediante l'utilizzazione di tale chiave interpretativa, l'attività demandata all'esperto in mediazione può essere ricondotta alla "identificazione" del fatto oggetto del procedimento di mediazione, esclusivamente mediante operazioni tecniche, escludendo la verifica delle cause dei fenomeni rilevati. La relazione peritale, pertanto, non si configura affatto come attività di deduzione dei fatti attraverso l'utilizzazione di quanto dichiarato o reso dalle parti, ma come mera attività istruttoria che mai si traduce in una valutazione dei fatti. Giova inoltre, in tale sede, ricordare che il disposto di cui all'art. 10 comma 1 del decreto, secondo il quale *"Le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni"*, è disposizione rivolta esclusivamente a garantire la segretezza rispetto alle dichiarazioni rese o

⁹ Sempre nella ordinanza del Tribunale di Roma del 17.03.2014, di cui alla nota precedente: *"Occorre interrogarsi, e la presente causa offre l'occasione per farlo, in mancanza di precedenti giurisprudenziali, su quali siano le possibilità di utilizzo e le utilità derivanti dalla nomina di un consulente tecnico esterno alla procedura di mediazione, sia all'interno della stessa e sia nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione... Il tutto ponendo mente...al principio di riservatezza che ispira la procedura di mediazione di cui all'art.3 del d.lgs.28/10...Non si può e non si deve, però, neppure enfatizzare oltre ogni limite il principio della riservatezza, rischiando di andare oltre quello che il legislatore ha stabilito. Riservatezza ad ogni costo e sempre non significa infatti agevolare con sicurezza il successo della mediazione ed il raggiungimento dell'accordo.*

le informazioni acquisite dalle parti nel corso del procedimento e di certo non coinvolge il mediatore né tantomeno l'esperto di cui quest'ultimo dovesse avvalersi.

Possiamo quindi agevolmente propendere per l'utilizzabilità della perizia tecnica redatta in mediazione, nel successivo giudizio instaurato proprio a seguito del fallimento della procedura di mediazione.

E' necessario sottolineare che l'efficacia della perizia non avrà la portata certamente di una CTU disposta in sede giudiziale, ma potrà essere presa in considerazione dal giudice quale elemento probatorio del giudizio nel merito, se correttamente redatta e soprattutto ove risponda in maniera puntuale, completa e precisa ai quesiti posti dalle parti e dal mediatore¹⁰.

Altro ancora è il caso, decisamente interessante, in cui concordemente le parti acconsentano alla nomina di un consulente tecnico di ausilio al mediatore, al fine della formulazione di una proposta conciliativa che si basi sulle risultanze peritali del consulente tecnico nominato.

La perizia elaborata in sede di mediazione, assumerà un ruolo ancora più pregnante e significativo nel giudizio: in tal caso infatti la proposta formulata dal mediatore sulla base dell'elaborato peritale, che andrà allegato alla stessa, sarà parte integrante del verbale conclusivo della procedura e, in caso di fallimento della stessa per rifiuto di una o entrambe le parti, non solo sarà valutata dal giudice ai sensi dell'art. 13 del d. lgs. 28/2010, ma potrà

¹⁰ Sempre nell'ordinanza del Tribunale di Roma: *Ritiene il giudice, alla luce delle precedenti considerazioni ed in un'ottica di equilibrato contemperamento fra l'esigenza, nei limiti in cui è normata, di riservatezza che ispira il procedimento di mediazione e quella di economicità e utilità delle attività che si compiono nel corso ed all'interno di tale procedimento, di poter dichiarare legittima ed ammissibile la produzione nella causa alla quale pertiene la mediazione, dell'elaborato del consulente tecnico esterno. Limitatamente, ove occorra rilevarlo, agli aspetti ed ai contenuti che siano strettamente corrispondenti al compito accertativo che gli sia stato affidato.*

Il consulente, nel perimetro di ciò che le parti attraverso il mediatore, gli hanno demandato di accertare, esegue e svolge il suo incarico redigendo una relazione.... i divieti previsti dalla legge... hanno per oggetto esclusivamente le dichiarazioni delle parti (di cui le informazioni - di cui pleonasticamente parla la legge- sono solo uno dei possibili contenuti).

Viceversa l'attività del consulente in mediazione, all'esito degli accertamenti che compie (che non potranno consistere nel raccogliere e riportare dichiarazioni delle parti o informazioni provenienti dalle stesse, perché questo non è un suo compito e non rientra fra le attività che deve espletare, come del resto è previsto espressamente nell'ambito della causa dove la possibilità di acquisire informazioni dalle parti da parte del C.T.U. è subordinato ad espressa autorizzazione del giudice, cfr.194 cpc), si estrinseca (ed esaurisce) nella motivata esposizione dei risultati dei suoi accertamenti tecnico-specialistici.

Nessuna norma del decreto legislativo 28/2010 fa divieto dell'utilizzo nella causa della relazione dell'esperto, fermo restando il generale obbligo di riservatezza anche del consulente, come di tutti gli altri soggetti che intervengono nel procedimento.

Una esplicita conferma di quanto precede si ricava dall'ultima parte dell'art. 10 primo comma decr.cit. che fa salvo il consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. ...il consenso per l'utilizzazione in ambito diverso dal procedimento di mediazione all'interno del quale (le dichiarazioni) sono emerse è necessario solo per le dichiarazioni delle parti....Può pertanto stabilirsi un primo punto fermo: quella della selettività del divieto che riguarda esclusivamente le dichiarazioni e le informazioni che una parte abbia fornito (a chicchessia dei soggetti presenti nel procedimento di mediazione e quindi, per ipotesi, anche al consulente). ...E non gli accertamenti del consulente. ..Ne consegue che il giudice potrà utilizzare tale relazione secondo scienza e coscienza, con prudenza, secondo le circostanze e le prospettazioni, istanze, e rilievi delle parti .

Meno frequentemente per fondarvi la sentenza, più spesso per trarne argomenti ed elementi utili di formazione del suo giudizio. Ovvero, aspetto niente affatto secondario, per costituire il fondamento conoscitivo ed il supporto motivazionale (più o meno espresso) della proposta del giudice ai sensi dell'art.185 bis cpc. .

anche concorrere, secondo il prudente apprezzamento del giudicante, al processo formativo del giudizio.

6) LE CONSEGUENZE DELLA MANCATA ADESIONE

4-bis. Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile. Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per giudizio.

Una particolare attenzione merita l'ultimo comma dell'art.8, relativo alle sanzioni previste in caso di mancata partecipazione al procedimento di mediazione senza giustificato motivo. La disposizione è interessante in quanto prevede che il giudice valuti la fondatezza dei motivi che hanno spinto la parte a non partecipare alla procedura di mediazione; valutazione che dovrà necessariamente essere svolta nella fase giudiziale e che è preclusa al mediatore il quale, nel verbale, dovrà solamente dare atto della mancata adesione della parte convenuta.

E' ovvio che di fronte all'inerzia deliberata e senza giustificato motivo dell'invitato assente, il giudice dovrà condannarlo, nei casi previsti dall'art. 5, all'importo corrispondente al contributo unificato dovuto per giudizio, potendo trarre da tale mancata partecipazione anche argomenti di prova, mentre ciò resterà escluso in caso di rinuncia a proseguire per impedimento obiettivo o incolpevole nell'instaurazione della procedura.

La sanzione di cui al comma 4 *bis* è prevista dunque per il caso in cui la parte convenuta non accetti l'invito della parte istante ad esperire il tentativo di mediazione e non si presenti quindi al primo incontro di mediazione. Di recente vi sono stati alcuni tentativi di aggiramento, ricorrendo a una pretestuosa lettura del comma 5 artt. 5, e 8 del decreto stesso, con un'ossimora adesione solo formale al procedimento di mediazione, ma solo ed esclusivamente per esprimere la propria contrarietà pregiudiziale all'esame nel merito della controversia, rendendo di fatto non esperibile e non esperito il tentativo di mediazione previsto dal d. lgs. 28/2010. Tale ipotesi, che vede la parte invitata dichiarare pretestuosamente di non volere esperire il tentativo di mediazione, va trattata quindi alla stregua di una mancata adesione, nel senso che il mediatore potrà dare atto nel verbale che non è stato esperito alcun tentativo di mediazione per il rifiuto della parte convenuta, da valutarsi nel successivo eventuale giudizio ai fini delle conseguenze sia sotto il profilo delle spese che per trarne argomento di prova.

Le disposizioni contenute negli art. 9 e 10 del decreto stesso, rubricati "segretezza" e "inutilizzabilità e segreto professionale" impediscono al mediatore di poter dare atto, nel verbale conclusivo, delle motivazioni espresse eventualmente dalla parte convenuta, in merito alla propria volontà di non esperire il tentativo di mediazione (art. 9 comma 1 "*Chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell'organismo o comunque nell'ambito del procedimento di mediazione è tenuto all'obbligo di riservatezza rispetto alle*

dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo”; art. 10 comma 1 “*Le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l’insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. Sulle stesse dichiarazioni e informazioni non è ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisorio*”), salvo ovviamente il consenso delle parti stesse, ma l’ipotesi che la parte, che pretestuosamente dichiara di non volere esperire il tentativo di mediazione, dia il consenso a che una simile dichiarazione sia inserita all’interno del verbale appare piuttosto remota!

Il mediatore potrà però dare atto nel verbale che non è stato esperito alcun tentativo di mediazione, quindi che la procedura di mediazione è stata avviata, che le comunicazioni sono state eseguite correttamente, che le parti si sono presentate al primo incontro ma che non è stata svolta alcuna mediazione per il rifiuto di parte convenuta. Il mediatore non violerà, in tal modo, il disposto degli artt. 9 e 10 del decreto 28/2010, e il giudice avrà contezza di quanto avvenuto al primo incontro di mediazione ai fini della valutazione del comportamento della parte convenuta che condannerà, nei casi previsti dall’art. 5, al versamento di un importo corrispondente al contributo unificato dovuto per giudizio, e potrà trarre da tale mancata partecipazione anche argomenti di prova.

In tali casi di mancata adesione alla procedura di mediazione (sia essa determinata dalla assenza del convenuto o dalla dichiarazione di quest’ultimo, presente al primo incontro di mediazione, di non volere esperire alcun tentativo di mediazione) si potrebbero verificare due ulteriori ipotesi:

- a) Il mediatore, anche su richiesta di parte istante, ritenendo di avere gli elementi utili, e naturalmente qualora il regolamento dell’organismo lo preveda, potrebbe formulare la proposta del mediatore. In questo caso il tentativo di mediazione sarebbe esperito a tutti gli effetti, e la parte non aderente che rifiutasse la proposta, si troverebbe davanti alla possibilità di una doppia sanzione: il versamento di una somma pari al C.U. previsto per il giudizio così come dispone l’art. 8 comma 4 bis del decreto, e l’eventuale accollo delle spese processuali, nel caso di cui all’art. 13 del decreto.
- b) La parte istante, così come caldamente suggerito dalla circolare emessa dal Ministero della Giustizia nell’Aprile del 2011, durante l’incontro di mediazione che deve necessariamente tenersi anche in assenza del convenuto, ai sensi dell’art. 7 comma 5 del DM 180/2010 lettera d) (che prevede che, nei casi di mediazione obbligatoria, il mediatore svolga l’incontro con la parte istante anche in mancanza di adesione della parte chiamata in mediazione), potrebbe formulare una propria proposta conciliativa, con l’ausilio del mediatore, ridimensionando le proprie pretese, proprio per stimolare nella controparte una ulteriore riflessione in merito alla partecipazione al procedimento di mediazione. E nel caso la parte convenuta, a seguito della proposta di parte, rifiutasse nuovamente di aderire, il mediatore potrebbe procedere alla predisposizione del verbale di mancata adesione inserendo anche la proposta formulata dalla parte istante. Quest’ultima di certo non avrebbe le conseguenze sulle spese processuali indicate nell’art. 13 del d. lgs., ma potrebbe comunque essere valutata dal giudice ai sensi dell’art. 116 cpc in termini di deduzione di

argomenti di prova a carico della controparte non aderente, qualora la proposta fosse fondata e di “buon senso” e, nonostante ciò, pretestuosamente non presa in considerazione¹¹.

Potrebbe infine essere la parte istante stessa a non volere esperire in concreto il tentativo di mediazione, pur avendo avviato la procedura. In questo caso non potrebbe essere soddisfatta la condizione di procedibilità, e il mediatore ne darà atto con una attestazione “di rinuncia alla procedura di mediazione”¹².

¹¹ Circolare 4 aprile 2011 in materia di regolamento di procedura: la conclusione del procedimento di mediazione “Preme evidenziare che si ritiene non corretto l’inserimento, nel regolamento di procedura di un organismo di mediazione, di una previsione secondo la quale, ove l’incontro fissato del responsabile dell’organismo non abbia avuto luogo perché la parte invitata non abbia tempestivamente espresso la propria adesione ovvero abbia comunicato espressamente di non volere aderire e l’istante abbia dichiarato di non volere comunque dare corso alla mediazione, la segreteria dell’organismo possa rilasciare, in data successiva a quella inizialmente fissata, una dichiarazione di conclusione del procedimento per mancata adesione della parte invitata. Una siffatta previsione non può, infatti, essere considerata conforme alla disciplina normativa in esame nei casi di operatività della condizione di procedibilità di cui all’art. 5 del d.lgs.28/2010. L’inserimento di tale previsione nel regolamento di procedura di un organismo di mediazione non può che essere ritenuta in contrasto con la norma primaria (art.5 del d.lgs 28/2010) che esige che, per determinate materie, deve essere preliminarmente esperito il procedimento di mediazione: il che postula che si compaia effettivamente dinanzi al mediatore designato, il quale solo può constatare la mancata comparizione della parte invitata e redigere il verbale negativo del tentativo di conciliazione. La mediazione obbligatoria è tale proprio in quanto deve essere esperita anche in caso di mancata adesione della parte invitata e non può, quindi, dirsi correttamente percorsa ove l’istante si sia rivolto ad un organismo di mediazione ed abbia rinunciato, a seguito della ricezione della comunicazione di mancata adesione della parte invitata, alla mediazione.

Ove, invece, si ritenesse legittima tale previsione regolamentare, si produrrebbe l’effetto, non consentito, di un aggiramento della previsione che ha imposto l’operatività della condizione di procedibilità per talune materie. In realtà, in tale caso, deve ritenersi che il rilascio da parte della segreteria di un organismo della dichiarazione di conclusione del procedimento non può assurgere ad atto valido ed efficace ai fini dell’assolvimento dell’onere di esperire previamente il tentativo di conciliazione; ciò, in quanto la mancata comparizione anche del solo istante, dinanzi al mediatore, impedisce di ritenere correttamente iniziato e proseguito il procedimento di mediazione. A dare ulteriore conforto a tale impostazione è la circostanza che ai sensi dell’art.11 del d.lgs.28/2010 e dell’art.7 del d.m. 180/2010, il mediatore può formulare la proposta anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione; in ogni caso, è il mediatore che deve verificare se effettivamente la controparte non si presenti, essendo tale comportamento valutabile dal giudice nell’effettivo successivo giudizio, ai sensi dell’art.8, comma quinto, del d.lgs. 28/2010. E’ inoltre rilevante considerare che, nel corso del procedimento di mediazione, il mediatore potrebbe ragionare con l’unica parte presente sul ridimensionamento o sulla variazione della sua pretesa da comunicare all’altra parte come proposta dello stesso soggetto in lite e non del mediatore. In conclusione: la previsione, per talune materie, di una condizione di procedibilità comporta che la mediazione debba essere effettivamente esperita dinanzi al mediatore, sia pure con le modalità sopra indicate, con la conseguenza che, per ritenersi esperita la condizione di procedibilità, l’unico soggetto legittimato secondo legge a redigere il verbale di esito negativo della mediazione è il mediatore e non la segreteria dell’organismo di mediazione. Ai fini, quindi, della corretta applicazioni delle previsioni normative di riferimento, questa direzione, nell’esercizio dei propri poteri di vigilanza, invita gli organismi di mediazione ad adeguarsi alla presente circolare nei sensi di cui sopra, limitando alla sola fattispecie della mediazione volontaria l’applicazione di una eventuale previsione del regolamento di procedura che abbia contenuto analogo a quello preso in esame”.

¹² Sempre nella circolare 4 aprile 2011, in merito all’ipotesi di parte istante che si rifiuta di esperire il tentativo di mediazione obbligatoria, si legge: “...La mediazione obbligatoria è tale proprio in quanto deve essere esperita anche in caso di mancata adesione della parte invitata e non può, quindi, dirsi correttamente percorsa ove l’istante si sia rivolto ad un organismo di mediazione ed abbia rinunciato, a seguito della ricezione della comunicazione di mancata adesione della parte invitata, alla mediazione...”.

In tutti i casi in cui la parte convenuta non aderisca alla procedura di mediazione, in sede giudiziale, il giudice valuterà se le motivazioni della parte reticente sono giustificate, ma potrà comunque rinviare le parti in mediazione per l'esperimento del tentativo di mediazione obbligatorio.

7) L'ESITO DELLA PROCEDURA DI MEDIAZIONE

L'art. 11 del decreto indica quali sono i possibili esiti dell'esperimento del tentativo di mediazione obbligatorio. I casi qui descritti sono 3: raggiungimento di un accordo, mancato raggiungimento di un accordo, formulazione della proposta del mediatore, le cui conseguenze, in sede processuale, sono sancite nel successivo art. 13.

a) Art. 11 comma 1, Raggiungimento dell'accordo:

Quando le parti raggiungono un'intesa, il mediatore procede a redigere il processo verbale nel quale darà atto dei passaggi della procedura (avvio, designazione del mediatore, fissazione del primo incontro e attestazione dell'avvenuto accordo), al quale allegherà, in quanto parte integrante e sostanziale del verbale, il testo dell'accordo. Il verbale verrà sottoscritto dalle parti e dal mediatore; l'accordo dalle parti e dai loro avvocati, se presenti, ai fini della efficacia esecutiva dello stesso. Il Processo Verbale e l'Accordo, pur essendo due documenti giuridicamente distinti, vanno unitariamente depositati presso la segreteria dell'Organismo di Mediazione. Il suddetto accordo potrà sopraggiungere, come si preciserà qui di seguito, anche in caso di formulazione della proposta da parte del Mediatore che, previamente comunicata alle parti per iscritto, dovrà essere accettata entro sette giorni dalla data della sua proposizione. A norma dell'art. 11 comma 3 del D.Lgs. 28/2010, il Verbale di Accordo, eventualmente definito per effetto della formulazione della proposta del Mediatore, dovrà essere sottoscritto dalle parti presenti e dal Mediatore, il quale certificherà l'autografia delle sottoscrizioni degli intervenuti. Se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o atti soggetti a trascrizione ex articolo 2643 del codice civile, la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato (ad esempio un Notaio). In tale circostanza, pertanto, il Processo Verbale riporterà sia la certificazione delle sottoscrizioni, apposta a cura del Mediatore, sia l'autentica delle stesse, apposta a cura del Pubblico Ufficiale. Giova ricordare che la L. 98/2013 ha appositamente modificato l'art. 2643 c.c. nel senso di comprendere tra gli atti soggetti a trascrizione anche gli accordi di mediazione che accertino l'usucapione, ove autenticati da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato. Alcuni ritengono che, qualora la figura del Mediatore corrisponda con quello del Pubblico Ufficiale, il processo verbale potrà riportare la sola apposizione di autenticità delle sottoscrizioni, ritenendosi di fatto assorbito anche il compito di attestarne la certificazione dell'autografia. In realtà anche qualora il ruolo di mediatore fosse svolto da un Notaio, l'autentica delle sottoscrizioni dovrà essere svolta da altro Notaio incaricato, in quanto si esclude che il mediatore durante lo svolgimento del procedimento, svolga la funzione e abbia il ruolo di pubblico ufficiale. Sembrerebbe che il Legislatore abbia voluto con tale previsione conferire una maggiore solennità agli atti soggetti a trascrizione. Infatti qui il compito del Pubblico Ufficiale (Notaio) non può ritenersi limitato all'accertamento

dell'identità delle parti che sottoscrivono il verbale o alla verifica della sua conformità alla legge, all'ordine pubblico ed al buon costume: questa funzione è già attribuita agli avvocati delle parti o al giudice in sede di omologa dall'art 12. Ci deve essere quindi un *quid pluris*, da rintracciarsi nei più ampi obblighi del Pubblico Ufficiale richiesti per la predisposizione di un atto pubblico. E infatti proprio sulla base della previsione di cui all'art. 11 del decreto 28/2010, il Consiglio Nazionale del Notariato ha diramato una comunicazione, contenente l'indicazione precisa delle attività che il Pubblico Ufficiale è tenuto compiere in riferimento alle procedure di mediazione per le quali è chiamato ad autenticare le sottoscrizioni delle parti¹³.

¹³ Stralcio della lettera diramata ai Notai dal Consiglio del Notariato sulle regole operative in materia di mediazione redatta a cura di Maria Luisa Cenni e Valentina Rubertelli.

Il notaio deve:

1) *verificare che l'accordo sia intervenuto su diritti "disponibili" o comunque su diritti che possono formare oggetto di regolamento "negoziale privato" o comunque non in violazione di norme imperative (in questa ottica deve ad esempio escludersi che con un accordo amichevole di conciliazione possano raggiungersi accordi relativi a diritti patrimoniali attinenti al "regime primario" della famiglia - obblighi di contribuzione - o relativi ai figli o agli obblighi nascenti dal matrimonio, oppure possano assumersi validi obblighi a donare, oppure possano raggiungersi accordi in violazione al divieto dei patti successori.). In questo ambito particolare problema è quello dell'ammissibilità di un accordo conciliativo avente ad oggetto l'accertamento dell'acquisto del diritto di proprietà o di altro diritto reale di godimento per intervenuta usucapione, e la sua trascrivibilità. Su questo ultimo aspetto si richiama la prima recentissima decisione del Tribunale di Roma del 22 luglio 2011;*

2) *verificare il rispetto delle "forme" previste dalla legge (es. necessita di atto pubblico con i testimoni come per le donazioni, patti di famiglia ecc);*

3) *verificare la capacità delle parti e la loro legittimazione a disporre dei beni oggetto di accordo (capacità di agire, regime patrimoniale coniugale ecc.);*

4) *verificare il rispetto delle norme in materia di rappresentanza volontaria, legale od organica delle parti;*

5) *verificare la necessità di applicare normative speciali dettate per la particolare condizione dei soggetti intervenuti (stranieri che non conoscono la lingua italiana, non vedenti, muti, non udenti ecc.);*

6) *verificare che siano state rispettate tutte le normative dettate per il bene che forma oggetto dell'accordo ed in considerazione degli effetti prodotti dall'accordo stesso. Ad esempio qualora con l'accordo si trasferisca o si costituisca un diritto reale su un bene immobile dovranno essere rispettate tutte le relative normative speciali (urbanistiche, catastali, fiscali);*

7) *aver sempre chiara la distinzione netta fra la mera "certificazione" del mediatore e "l'autenticazione" del pubblico ufficiale necessaria ai fini della pubblicità dell'accordo e la, conseguente, caratteristica strutturale che per poter accedere ai pubblici registri l'accordo deve essere sottoposto al controllo di legalità tipico dell'attività notarile e le sottoscrizioni delle parti devono essere autenticate dal pubblico ufficiale. Come in ogni atto notarile le firme delle parti (di tutte le parti) devono essere autenticate in calce all'accordo, a margine dei fogli intermedi e degli allegati. Pare evidente in questa ottica l'inidoneità dello strumento documentale del mero "deposito" dell'accordo agli atti del notaio (ai sensi dell'art. 1, n. 1 lettera b del r.d.l. n. 1666/ 1937 e 61 della Legge Notarile), in quanto con quel mezzo non si raggiunge la necessaria "autenticità" delle sottoscrizioni delle parti, salvo che il deposito avvenga ad opera di tutte le parti dell'accordo ed il contenuto dell'accordo stesso sia riprodotto nel verbale notarile di deposito sottoscritto da tutte le parti; in tale ultima ipotesi, infatti, il verbale assume la natura di vero e proprio atto pubblico di ripetizione;*

8) *astenersi dall'autenticare accordi amichevoli in violazione di norme imperative, dell'ordine pubblico, che non abbiano ad oggetto "diritti disponibili", che abbiano ad oggetto fattispecie che non possono essere oggetto di deregolamentazione con "atto negoziale di autonomia privata" o comunque accordi invalidi. In ogni caso in cui l'accordo possa essere raggiunto con lo strumento contrattuale, ma sia carente di requisiti richiesti per la sua validità, il notaio redigerà autonomo atto di convalida o riproduttivo dell'accordo annullabile o nullo, completo di tutti i requisiti richiesti dalla legge;*

9) *osservare le norme in materia di conservazione degli atti a raccolta, precisandosi al riguardo che le norme del D. Lgs. che prevedono il deposito del verbale, ed allegato accordo, presso la segreteria dell'organismo di mediazione non derogano alla normativa prevista per gli atti notarili, da considerarsi comunque speciale;*

10) *assumere la responsabilità per i successivi adempimenti fiscali e di pubblicità nei pubblici registri, come di consueto.*

Tali attività dovranno essere svolte dunque nella fase di redazione dell'accordo, con la partecipazione dunque del Notaio alla procedura di mediazione, cosicché il verbale possa poi essere trascritto correttamente. Il verbale verrà depositato presso la segreteria dell'organismo di mediazione e le parti potranno estrarne copia.

b) Art. 11 comma 1, mancato raggiungimento dell'accordo:

Quando le parti non giungono a un'intesa, si manifesta l'evento del mancato accordo che, il Mediatore cristallizza nel Processo Verbale di fallita conciliazione. Ma in caso di mancato accordo, e quindi di stallo della mediazione, il mediatore può decidere di procedere alla formulazione di una proposta conciliativa. La decisione viene lasciata alla valutazione personale del mediatore che potrà, qualora lo ritenga opportuno ed utile ad una soluzione bonaria della controversia, procedere in tal senso anche se nessuna delle parti della mediazione gliene faccia espressa richiesta, salvo che il regolamento dell'organismo non disponga diversamente. Il mediatore invece dovrà senz'altro procedere alla formulazione della proposta se le parti gliene fanno concorde richiesta. In entrambi i casi il mediatore informerà preventivamente le parti relativamente alle possibili conseguenze legate al rifiuto della proposta.

Nel caso di formulazione della proposta i possibili esiti sono due:

- Accettazione della proposta: in questo caso verrà redatto un accordo che riproduce esattamente la proposta del mediatore, verrà sottoscritto dalle parti e dai loro avvocati, e depositato presso la segreteria dell'organismo. Ma quid juris se viene accettata la proposta, ma poi la parte non procede a sottoscrivere successivamente il verbale? Se il rifiuto investe entrambe le parti è facile dire che si tratta di una risoluzione per mutuo consenso dell'intesa precedentemente raggiunta. Ma se una parte si presenta e sottoscrive, la cosa appare più complicata. Nel silenzio della legge non potrebbe che farsi luogo ai criteri generali in materia di contratti conclusi non contestualmente e quindi al meccanismo proposta accettazione, con la conseguenza che la proposta del mediatore vincola le parti quando l'ultima accettazione viene ricevuta dalla parte. Ciò, precludendo lo jus poenitendi, farebbe sorgere le obbligazioni nascenti dalla accettazione della proposta, compresa quella di sottoscrivere il verbale, manifestazione della buona fede contrattuale sub specie cooperazione nel dare esecuzione a quanto convenuto. Tuttavia, dal punto di vista del mediatore e dell'organismo, ciò non dà luogo a un atto esecutivo od omologabile, anche se nel verbale si dovrà dare atto della volontà della parte in buona fede. Essa poi sceglierà se chiedere l'adempimento giudiziale dell'accordo, ovvero la sua risoluzione.
- Rifiuto della proposta: in questo caso verrà redatto verbale di fallita conciliazione che riporterà al suo interno la proposta così come formulata dal mediatore, e l'indicazione delle parti che hanno rifiutato la proposta.

c) Mancata adesione e proposta del mediatore:

Anche se nel decreto legislativo n. 28/2010 l'art. 8 comma 4 bis, indica le sanzioni applicabili in giudizio alla parte invitata non aderente che si costituisca però nel successivo giudizio, nulla viene ivi indicato relativamente alla procedura e al ruolo del mediatore. Il Ministero della Giustizia è però intervenuto successivamente con il decreto interministeriale 145/2011 che ha portato alla aggiunta, all'articolo 7 comma 5 del DM 180/2010, della lettera d), secondo cui, nei casi in cui (articolo 5, comma 1, decreto legislativo 28/10) il mediatore svolga l'incontro con la parte istante in mancanza di adesione della parte chiamata in mediazione, la segreteria dell'organismo possa rilasciare attestato di conclusione del procedimento solo all'esito del verbale di mancato accordo, formato dal mediatore ai sensi dell'articolo 11, comma 4, del decreto legislativo. Ciò evidentemente per consentire al mediatore, qualora il regolamento dell'organismo lo preveda ai sensi dell'art. 7 lettera b del DM 180/2010, su richiesta della parte presente o *motu proprio* di formulare proposta conciliativa (c.d. contumaciale). La previsione è particolarmente interessante non solo perché consente al mediatore di formulare la proposta sulla base delle informazioni che la parte istante intende offrire, ma perché costituisce uno strumento ulteriore ai fini della soluzione stragiudiziale della controversia. Anche la proposta "contumaciale" infatti può determinare le conseguenze di cui all'art. 13 del decreto 28/2010, e proprio per questo può stimolare la parte invitata a partecipare alla mediazione e quella già assente la possibilità di aderirvi in extremis. In ordine alla indennità dovuta per il verbale di mancata adesione, prevista in € 50 dall'art. 16 comma 3 del DM 180/2010, non essendo stata tale disposizione in alcun modo modificata dalla L. 98/2013, non facendo l'art. 17 comma 5 ter alcun richiamo all'ipotesi di mancata adesione alla procedura, essa si deve ritenere dovuta dalla parte che ha avviato il procedimento e si è presentata al primo incontro di mediazione¹⁴.

¹⁴ In tal senso anche la circolare del 02.12.2013, che nulla dice in merito alle spese dovute in caso di ipotesi di mancata adesione al primo incontro di mediazione, se non per specificare che "nel caso di mancata presentazione al primo incontro della parte invitante, nulla potrà essere richiesto alla parte invitata, regolarmente presentatasi. Ciò sul presupposto che le spese possono essere richieste a quest'ultima solamente nel caso in cui abbia luogo il primo 'incontro', il che postula la presenza anche della parte invitante". E infatti, correttamente, l'interprete ritiene che nel caso in cui la parte non aderente sia quella convenuta, il primo incontro tra mediatore e parte istante si debba tenere ai sensi dell'articolo 7 comma 5 del DM 180/2010, lettera d); nel caso invece in cui sia proprio la parte istante a rinunciare alla procedura di mediazione, allora non si terrà alcun incontro di mediazione.

8) LA SANZIONE PER LA MANCATA PARTECIPAZIONE ALLA MEDIAZIONE (art. 8 comma 4 bis d. lgs. 28/2010)

Il “decreto del Fare” (d.l. n° 69 del 21 giugno 2013, convertito nella legge n° 98 del 9 agosto 2013) ha modificato l’art.8 del d. lgs. 28/2010, inserendo il comma 4 bis, il quale prevede testualmente che *“Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell’articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile. Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall’articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all’entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per giudizio”*.

La norma trova la propria *ratio* nella evidente volontà del legislatore di sanzionare la parte che si sia sottratta al procedimento di mediazione: ciò in tutte le ipotesi di mediazione, non solo quella obbligatoria, si concreta attraverso la possibilità per il giudice di desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell’articolo 116, e, nel caso in cui la mediazione sia condizione di procedibilità, con la condanna al versamento all’erario di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per giudizio della parte costituita che non abbia partecipato al procedimento senza giustificato motivo.

Il provvedimento di cui all’art. 8 comma 4 bis può perciò certamente essere inserito tra le sanzioni pecuniarie di diritto civile. La giurisprudenza di merito si era già espressa sulla natura della sanzione in questione sotto la previgente normativa, in particolare su quella novellata dalla legge 148/2011, all’art.8 comma quinto del vecchio d. lgs. 28/2010, ove si disponeva analoga sanzione per parte costituita che, nei casi previsti dall’articolo 5, non avesse partecipato al procedimento senza giustificato motivo.

In tale occasione il Tribunale di Palermo – sez. dist. Bagheria, aveva affermato che *“si tratta di misura a carattere sanzionatorio come è reso evidente dal fatto che il pagamento non viene ordinato in favore dell’attore ma in favore dello Stato. E proprio perché si tratta di una sanzione imposta dallo Stato e non di un rimborso all’attore delle spese per il contributo unificato, non vi è la necessità che la valutazione del giudice sull’imposizione di tale sanzione venga fatta in sede di decisione sul regime delle spese di lite in sentenza. Nulla esclude che anche prima della sentenza il*

giudice possa emettere la condanna in questione. Certo, occorre che sia chiaro il motivo della mancata comparizione, motivo che può essere esplicitato dal convenuto già in comparsa di risposta o alla prima udienza, con conseguente possibilità di emettere in quest'ultima sede la relativa condanna. Si dovrà invece aspettare la scadenza delle preclusioni istruttorie di cui ai termini ex art. 183, comma 6, c.p.c., o la fine della fase istruttoria quando il motivo sia allegato e si intenda provarlo per testimoni o con documenti da depositare nei detti termini. La valutazione sulla sanzione economica in questione andrà infine effettuata nella fase decisoria quando essa sia costituita, ad esempio, dalla temerarietà della lite. Se poi non viene addotta alcuna ragione della mancata partecipazione o se il motivo fatto valere non è ritenuto dal giudice giustificato la condanna è automatica. La legge non attribuisce al giudice alcun potere discrezionale. La norma

prevede che in assenza di giustificato motivo il “giudice condanna”. Non è utilizzata l’espressione “può condannare”, che sarebbe stata invece indicativa di una facoltà attribuita al giudice. Il “può” è impiegato nella prima parte del comma 5 a proposito degli argomenti di prova, ma non anche per l’applicazione della sanzione economica”.

Anche secondo Trib. Termini Imerese, 28/05/2012, “La pronuncia della condanna prevista dall’art. 8, comma 5, del D.Lgs. n. 28/2010, può ben essere irrogata anche in corso di causa ed in un momento temporalmente antecedente rispetto alla pronuncia del provvedimento che definisce il giudizio, non potendosi ritenere condizionata alla decisione del merito della controversia”.

Entrambe le pronunce sottolineavano due aspetti importanti della sanzione, che ben possono essere ritenuti tuttora validi: innanzi tutto la mancanza di discrezionalità del giudice nell’applicazione della sanzione, che in alcun caso è rimessa ad una sua valutazione soggettiva (come ben evidenziato nella pronuncia del Tribunale di Palermo, nella norma: “non è utilizzata l’espressione “può condannare”, che sarebbe stata invece indicativa di una facoltà attribuita al giudice. Il “può” è impiegato nella prima parte del comma 5 a proposito degli argomenti di prova, ma non anche per l’applicazione della sanzione economica”); in secondo luogo l’indipendenza della sanzione *de qua* dal regime delle spese di lite, cui consegue la possibilità che essa possa essere disposta anche in corso di causa, addirittura in prima udienza, e non necessariamente alla conclusione del giudizio, non essendo la sua applicazione condizionata alla decisione del merito della controversia. Si consideri qui l’efficacia dell’effetto deterrente della sanzione alla mancata partecipazione al procedimento di mediazione della sanzione quando irrogata già in prima udienza, soprattutto se associata all’invio in mediazione delegata.

La recente giurisprudenza, successiva all’entrata in vigore del novellato d. lgs. 28/2010, si è dimostrata ancora più granitica e ardita, relativamente alle sanzioni comminate alla parte che non ha partecipato al procedimento di mediazione senza giustificato motivo, andando ben oltre il disposto di cui all’art. 8 comma 4 bis, ricorrendo a un uso dissuasivo dell’art. 96 c.p.c.

Il Tribunale di Roma, con sentenza 4140/2014, in un giudizio avente ad oggetto la liquidazione del danno sulla base di una polizza infortuni, ha condannato l’Impresa di Assicurazioni convenuta sia al risarcimento del danno sia ad un’ulteriore somma sanzionatoria (2mila euro), ai sensi dell’art. 96

c.p.c.. Il giudice ha infatti stigmatizzato la condotta tenuta dalla Compagnia di assicurazioni, dapprima in sede di mediazione (ove era stata invitata e non aveva partecipato senza addurre alcuna giustificazione) e, quindi, in sede di giudizio (ove aveva resistito nella consapevolezza della infondatezza delle tesi sostenute, per mera intenzione dilatoria).

Qui il tribunale, invero piuttosto arbitrariamente, invece di applicare la specifica sanzione di cui all'art. 8, comma 4-bis, Dlgs 28/2010 che prevede la condanna al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio, ha preferito applicare il solo art. 96, comma 3, c.p.c.. La scelta del giudice lascia perplessi, in quanto come appena sopra evidenziato, l'applicazione della sanzione di cui all'art. 8 comma 4 bis a differenza del 96 c.p.c. non è lasciata alla sua libera discrezionalità, ma è un dovere esplicitamente

sancito nella disposizione normativa. Di conseguenza qui se mai, i provvedimenti avrebbero dovuto concorrere, sussistendo nella fattispecie i presupposti di entrambi. Certo giova considerare che l'art. 96, comma 3, c.p.c. attualmente dispone che se risulta che la parte soccombente abbia agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, anche al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza. Analogamente, viene condannato al risarcimento dei danni, qualora vi sia una domanda in tal senso, l'attore o il creditore procedente che abbia agito senza la normale prudenza, se il giudice accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale o iscritta ipoteca giudiziale. Infine, il comma aggiunto, che prevede una valorizzazione dell'istituto in questione affermando che, in sede di pronuncia sulle spese, il giudice, anche d'ufficio, possa condannare il soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma da determinare in via equitativa, fu introdotto con il chiaro intento di rafforzare le sanzioni per l'abuso degli strumenti processuali.

La mediazione, non solo nei casi in cui sia condizione di procedibilità, sicuramente si pone come valida alternativa stragiudiziale al processo statale per la soluzione della controversia. Quindi qualora venga temerariamente "snobbata" si giustifica l'applicazione dell'art. 96 c.p.c. . E proprio in tal senso va la sentenza del tribunale di S. Maria Capua Vetere del 23.12.2013, giudice dott. Caputo, che condanna per lite temeraria (ex art. 96 cpc) la parte attrice che ha violato il dovere di buona fede contrattuale col rifiuto di incontrare la controparte per tentare di risolvere bonariamente la controversia. Il giudice, ha qui rilevato che *"...nel caso di specie ... si sarebbe potuto agevolmente risolvere il problema emerso nel corso del rapporto locatizio senza ricorrere all'autorità giudiziaria.... Emblematica del comportamento posto in essere dai ricorrenti, contrario ai doveri di buona fede contrattuale, è la circostanza che il ricorso per accertamento tecnico preventivo è stato depositato il 23.10.2013, ovvero il giorno immediatamente successivo alla trasmissione del fax (del 22.10.2013) con il quale la resistente specificamente diffidava i ricorrenti, a mezzo del proprio legale, a prendere contatti al fine di poter risolvere il problema dell'accesso all'immobile, stante la persistente irreperibilità degli stessi. Infatti, anziché recepire l'invito della locatrice, che avrebbe potuto condurre ad una soluzione del problema, si è preferito adire il Tribunale, in un'ottica conflittuale decisamente lontana dalla nuova prospettiva nella quale, anche*

*alla luce della recente reintroduzione con il c.d. decreto del fare della mediazione obbligatoria, appare muoversi il legislatore negli ultimi tempi, prospettiva che attribuisce al difensore un ruolo centrale, prima ancora che nel giudizio, nell'attività di mediazione delle controversie – al punto da prevedere, con le modifiche operate dal D.L. n. 69/2013 che gli avvocati siano di diritto mediatori e debbano assistere la parte nel procedimento di mediazione – **prospettiva che tende sempre di più ad individuare nel ricorso al Tribunale l'extrema ratio per la soluzione della quasi totalità delle controversie civili**".* Il riferimento del giudice Caputo alla "recente reintroduzione con il c.d. decreto del fare della mediazione obbligatoria", in riferimento alla prospettiva "nella quale appare muoversi il legislatore negli ultimi tempi" ci porta alla natura e funzione di giustizia negoziale, condivisa e sostanziale del procedimento di mediazione, la cui elusione comporta la sanzione si cui all'art.8 comma 4.

Anche il recente dibattito sul primo incontro di mediazione, che ha portato anche confuse e talvolta bizzarre interpretazioni sul suo svolgimento, trova a contrario una chiave interpretativa interessante e concreta proprio attraverso la motivazione applicativa della sanzione che il legislatore ha previsto nel caso di mancato esperimento del tentativo di mediazione. Che, nella misura in cui ne implica l'effettivo esperimento attraverso la trattazione del merito della vertenza, smentisce chi ha erroneamente interpretato l'art. 8, comma 1, nel senso di limitare il primo incontro alla fase nella quale il mediatore si limita ad "informare" le parti sull'istituto e gli eventuali benefici che ne derivano.

E se poi la proporzionalità è criterio di valutazione della situazione concreta che la norma è destinata a disciplinare, la sanzione, in quanto conseguenza giuridica tipica all'illecito, ossia alla violazione di un dovere o di un obbligo posto dalla norma, deve necessariamente essere proporzionata alla gravità del fatto commesso.

Il principio di proporzionalità della pena è infatti sancito dagli articoli 3 e 27, primo e terzo comma, della Costituzione, che impongono rispettivamente il trattamento differenziato delle singole situazioni oggettivamente diverse e l'ineludibile giustizia della pena, intrinseca al carattere personale della responsabilità, e presupposto di legittimità dell'azione rieducatrice della pena medesima. Gli elementi-base per la predeterminazione della pena sono la gravità del fatto, secondo la gerarchia desumibile dalla Costituzione e dall'attuale realtà socio-culturale il grado e la quantità dell'offesa.

Ci si chiede quindi come potrebbe definirsi "congrua e proporzionata" alla gravità del fatto commesso, la sanzione di cui all'art. 8 comma 4, se davvero il primo incontro di mediazione fosse solo un incontro informativo, e non come emerge nella pronuncia citata, un'occasione da coltivare seriamente tra le parti e i loro avvocati prima di ricorrere alla *extrema ratio* del giudice statale.

La condanna al versamento allo Stato di una somma pari al contributo unificato dovuto per giudizio, laddove la parte invitata dovesse ascoltare per la seconda volta un'informativa presumibilmente analoga se non identica a quella a cui il suo avvocato (mediatore di diritto!) è obbligatoriamente tenuto ex art. 4 d. lgs. 28/2010, potrebbe invece apparire sproporzionata se rispetto alla trattazione il

procedo si velim fosse davvero legittimo. Se mai è invece questa proprio la sanzione all'eventuale pretesa delle parti di sottrarsi a quella che in common law si definirebbe una "ragionevole soluzione" atta ad evitare il processo. E a maggior ragione si dovrebbe dire sproporzionato il richiamo della recente giurisprudenza di merito dell'art. 96 cpc, laddove appunto il negoziato non si svolgesse effettivamente e concretamente per il legittimo rifiuto a priori di una o tutte le parti, precludendo così al mediatore di svolgere il suo ruolo di supporto (e anche proposta) nella ricerca di una soluzione bonaria alla lite.

Al contrario il legislatore ha consapevolmente previsto una sanzione sensibile per la parte che, inviata in mediazione, non vi partecipa, proprio per spingere le parti e gli avvocati a non considerare il processo statale come l'unico orizzonte di vera giustizia possibile. E correttamente la giurisprudenza di merito ha colto tale reale intento del legislatore, sino a giungere a considerare

temerario il rifiuto di mediare, e irrogare perciò una sanzione ben più pesante di quella specificamente prevista nel decreto 28/2010.

9) Ancora sull'art. 17 comma 5 ter: l'insostenibile effetto morgana della gratuità del primo incontro

Ad ormai quasi un anno dalla reintroduzione del tentativo obbligatorio di mediazione nelle materie indicate dalla legge (art. 5 comma 2 bis del D. Lgs. 28/2010), va sgombrato il campo da alcune minoritarie ed aberranti applicazioni dell'art. 17 comma 5 ter del decreto. La questione, legata all'interpretazione dell'art. 8 comma 1 del lo stesso decreto, va sempre letta come attuazione di una direttiva europea (2008/52/CE), e quindi alla luce dei "considerando" 5 e 6, i quali evidenziano chiaramente quale sia lo scopo da realizzare all'interno degli stati membri.

La norma in esame recita: "Nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione".

Una prima apodittica e sommaria lettura ha portato qualcuno alla conclusione che il primo incontro di mediazione sarebbe tout court gratuito. Ma secondo una interpretazione più attenta e accurata, confortata della ormai consolidata giurisprudenza su natura e svolgimento del primo incontro di mediazione, Il comma 5 ter va guardato in connessione al precedente 5 bis, in quanto entrambi deroghe al **principio generale di onerosità della procedura**.

Secondo l'art. 17 comma 5 bis, "quando la mediazione è condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell'articolo 5, comma 1-bis, ovvero è disposta dal giudice ai sensi dell'articolo 5, comma 2, del presente decreto, all'organismo non è dovuta alcuna indennità dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato...". Si tratta di una disposizione la cui *ratio* va sicuramente ricercata nel **principio di solidarietà sociale**, saldamente radicato nel sistema costituzionale italiano. L'art.2 della Costituzione italiana infatti non si limita a un generico e vago principio di solidarietà, ma afferma "La Repubblica (...) richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale". Questi doveri costituiscono epifania speculare dei diritti inviolabili dell'uomo come componente del principio personalistico su cui si fonda la nostra democrazia.

La garanzia delle forme e degli strumenti per l'effettiva qualità della soddisfazione del bisogno (che solo poi diventano pretesa giuridica o diritto) è la vera essenza del nostro sistema di solidarietà sociale, il quale non può che sfociare nel principio di sussidiarietà, incrociando così uno dei cardini del diritto comunitario. Entrambi quindi operano nell'accezione di principi regolatori della socialità umana finalizzati al perseguimento del suo equilibrio ottimale, che è il concreto bene comune.

Al lettore attento non sarà certo sfuggita la singolarità del principio di solidarietà sociale applicato, nel nome di una sussidiarietà "estrema", alla fattispecie ed avulso completamente dalla macchina "stato sociale". Discutere sull'attribuzione, in capo agli organismi di mediazione, dell'onere/funzione di "servizio sociale" porterebbe molto lontano, certo è che la disposizione normativa di cui al comma 5 bis ha una sua *ratio* ben definita che implica la verifica *ex ante* della situazione di bisogno della parte che è chiamata ad avviare (o ad aderire) ad un procedimento di mediazione nei casi in cui essa sia condizione di procedibilità. A tal fine, recita sempre l'art. 17 comma 5 bis, " la

parte è tenuta a depositare presso l'organismo apposita dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, la cui sottoscrizione può essere autenticata dal medesimo mediatore, nonché a produrre, a pena di inammissibilità, se l'organismo lo richiede, la documentazione necessaria a comprovare la veridicità di quanto dichiarato". In tal caso l'indennità di mediazione (e non le spese di avvio procedura, cui la parte è comunque tenuta) non è dovuta, e il mediatore dovrà eseguire la sua prestazione senza alcun corrispettivo. Si tratta senza dubbio di un caso eccezionale, di una deroga non solo al principio di onerosità della procedura di mediazione, ma addirittura al principio di proporzionalità del compenso (professionale) *ex art. 36 cost.*

Il successivo comma 5 ter, pur se con una formulazione di scarsa chiarezza, introduce una seconda ipotesi di eccezione alla onerosità della procedura di mediazione, prevedendo, in caso di mancato accordo all'esito del primo incontro di mediazione, che nessun compenso sia dovuto per l'organismo di mediazione. Qui una lettura superficiale ha erroneamente portato qualcuno all'ormai isolata opinione che la *mens legis* fosse rendere non onerosa la partecipazione alla procedura nel caso in cui questa non sfociasse in un verbale di riuscita conciliazione all'esito della trattazione nel primo incontro di mediazione. A differenza del precedente comma 5 bis, ove l'esenzione è ancorata alla verifica *ex ante* delle condizioni obiettive della parte, quelle "per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato", il comma 5 ter comporterebbe dunque una esenzione *ex post* e meramente potestativa: se al termine del primo incontro non si raggiungesse un accordo, allora si verificherebbe l'ipotesi eccezionale della non onerosità.

Così non è. *"La novella ha specificato alcune attività che il mediatore deve svolgere nel primo incontro di mediazione, di cui non si faceva menzione nella versione precedente, ma che erano abitualmente praticate in quanto intrinseche e connaturate alla procedura, ossia la spiegazione alle parti della "funzione e le modalità di svolgimento della mediazione", nonché l'invito alle parti e ai loro avvocati "a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione". In altre parole, la verifica della corretta instaurazione della procedura, affinché sia possibile procedere al tentativo. Una volta terminate le verifiche necessarie, il mediatore entra nel merito della controversia e, a mente del comma terzo dello stesso articolo 8, "si adopera affinché le parti*

raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia”... Non ha quindi diritto di cittadinanza quella superficiale lettura secondo cui per soddisfare la condizione di procedibilità si debba ivi verificare la sussistenza o meno di una volontà a priori di “iniziare la procedura di mediazione... Quanto alla portata della “possibilità di iniziare la mediazione”, su cui sono chiamati ad esprimersi le parti e i loro avvocati, sicuramente questa non è il diritto potestativo delle parti a rifiutare a priori di partecipare al tentativo obbligatorio di mediazione. Per quanto infatti si possa immaginare contorto e bizzarro il legislatore decretante, sarebbe perfino contrario al principio di ragionevolezza ritenere che esso abbia inteso prevedere l’obbligo di un tentativo (art. 5 comma 1, “Chi intende esercitare in giudizio un’azione.....è tenuto, assistito dall’avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione”) senza l’obbligo di svolgere in concreto il tentativo medesimo, ma attribuendo invece alle parti un diritto potestativo di sottrarsi a quest’ultimo con la semplice dichiarazione preliminare di rifiuto a tentare la mediazione. Di più, la semplice indagine a priori della volontà delle parti da parte del mediatore, senza lo svolgimento da parte di

quest’ultimo dell’attività di cui al comma terzo dello stesso art. 8, non soddisfa la condizione di procedibilità così come prevista dal d. lgs. 28/2010, che prevede “l’esperimento del tentativo” e non una indagine della volontà delle parti. Le parti dovranno dunque necessariamente esperire il procedimento di mediazione, inteso come vera e propria sessione di mediazione, sia esso obbligatorio tanto ai sensi dell’art. 5 comma 1 bis, quanto ai sensi dell’art. 5 comma 2, quanto ai sensi dell’art. 5 comma 5”.

Quindi l’eventuale “impossibilità” che può eventualmente essere espressa durante il primo incontro “dalle parti e dai loro avvocati”, non è affatto il diritto potestativo delle parti a rifiutare a priori di espletare il tentativo obbligatorio di mediazione. Al contrario, l’impossibilità riguarda solo l’eventuale sussistenza di impedimenti oggettivi all’effettivo esperimento del procedimento di mediazione, laddove questioni preliminari rendano assolutamente impossibile proseguire, impedendo addirittura la trattazione nel merito della controversia^{2 3}.

² Vedasi in proposito, a sostegno della interpretazione appena esposta, l’ordinanza del **Tribunale di Firenze del 19.03.2014, II sez. civ. N.R.G. 2010/5210**, nella quale il giudice dott.ssa Luciana Breggia, disponendo il tentativo di mediazione ex officio, precisa che il tentativo di mediazione deve essere “*effettivamente avviato e che le parti - anziché limitarsi ad incontrarsi e informarsi, non aderendo poi alla proposta del mediatore di procedere – adempiano effettivamente all’ordine del giudice partecipando alla vera e propria procedura di mediazione, salva l’esistenza di questioni pregiudiziali che ne impediscano la procedibilità*”; vedasi pure **Tribunale di Firenze, sezione III Civile, N.R.G 2013/15408, Giudice Leonardo Scionti** “*...le procedure di mediazione ex art. 5, comma 1-bis (ex lege) e comma 2 (su disposizione del giudice) del d.lgs. 28/10 (e succ. mod.), sono da ritenersi ambedue di esperimento obbligatorio, essendo addirittura previsti a pena di improcedibilità dell’azione; che difatti, per espressa volontà del legislatore, il mediatore nel primo incontro chiede alle parti di esprimersi sulla “possibilità” di iniziare la procedura di mediazione, vale a dire sulla eventuale sussistenza di impedimenti all’effettivo esperimento della medesima e non sulla volontà delle parti, dal momento che in tale ultimo caso si tratterebbe, nella sostanza, non di mediazione obbligatoria bensì facoltativa e rimessa alla mera volontà delle parti medesime con evidente, conseguente e sostanziale interpretatio abrogans del complessivo dettato normativo e assoluta dispersione della sua finalità esplicitamente deflativa...*”. Sempre nella recentissima ordinanza del Tribunale di Firenze del 19 marzo 2014, il giudice dott.ssa Luciana Breggia precisa un importante principio in tema di primo incontro di mediazione, su cui tanto si è dibattuto complice

l'ambiguità della formulazione dell'art. 8 del d. lgs. 28/2010, che enuncia le regole del procedimento di mediazione, nonché dell'art. 5 comma 2 bis che prevede che "Quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo". Rileva saggiamente il giudice che "Come si vede le due norme sono formulate in modo ambiguo: nell'art. 8 sembra che il primo incontro sia destinato solo alle informazioni date dal mediatore e a verificare la volontà di iniziare la mediazione. Tuttavia, nell'art. 5, comma 5 bis, si parla di "primo incontro concluso senza l'accordo". Sembra dunque che il primo incontro non sia una fase estranea alla mediazione vera e propria: non avrebbe molto senso parlare di 'mancato accordo' se il primo incontro fosse destinato non a ricercare l'accordo tra le parti rispetto alla lite, ma solo la volontà di iniziare la mediazione vera e propria. A parte le difficoltà di individuare con precisione scientifica il confine tra la fase cd preliminare e la mediazione vera e propria (difficoltà ben nota a chi ha pratica della mediazione), data la non felice formulazione della norma, appare necessario ricostruire la regola avendo presente lo scopo della disciplina, anche alla luce del contesto europeo in cui si inserisce (direttiva 2008/52/CE). In tale prospettiva, ritenere che l'ordine del giudice sia osservato quando i difensori si rechino dal mediatore e, ricevuti i suoi chiarimenti su funzione e modalità della mediazione (chiarimenti per i quali i regolamenti degli organismi prevedono tutti un tempo molto limitato) [e di cui gli avvocati, mediatori di diritto, ben dovrebbero essere edotti, n.d.r.], possano dichiarare il rifiuto di procedere oltre, appare una conclusione irrazionale e inaccettabile"....." ritenere che la condizione di procedibilità sia assolta dopo un primo incontro, in cui il mediatore si limiti a chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, vuol dire in realtà ridurre ad un'inaccettabile dimensione notarile il ruolo del giudice, quello del mediatore e quello dei difensori. Non avrebbe ragion d'essere una dilazione del processo civile per un adempimento burocratico del genere. La dilazione si giustifica solo quando una mediazione sia effettivamente svolta e vi sia stata data un'effettiva chance di raggiungimento dell'accordo alle parti. Pertanto occorre che sia svolta una vera e propria sessione di mediazione. Altrimenti, si porrebbe un ostacolo non giustificabile all'accesso alla giurisdizione"..." L'informazione sulle finalità della mediazione e le modalità di svolgimento ben possono in realtà essere rapidamente assicurate in altro modo: 1. dall'informativa che i difensori hanno l'obbligo di fornire ex art. 4 cit., come si è detto; 2. dalla possibilità di sessioni informative presso luoghi adeguati (v. direttiva europea)"..." il giudice ritiene che le ambiguità interpretative evidenziate vadano risolte considerando quale criterio fondamentale la ragion d'essere della mediazione, dovendosi dunque affermare la necessità che le parti compaiano personalmente (assistite dai propri difensori come previsto dall'art. 8 d.lgs. n. 28/2010) e che la mediazione sia effettivamente avviata".

³In tal senso anche **Lucarelli: "La mediazione obbligatoria fra ordine del giudice e principio di effettività: verso una riduzione certa e significativa dei processi pendenti" (Judicium, Saggi, 05.05.2014)**, "...Si comprende che l'obbligo in quanto tale non ammette una volontà contraria, ma solo limiti derivanti da questioni che attengono alla impossibilità del suo rispetto. La portata della norma, anziché sovvertire il significato dell'obbligatorietà, concede all'interprete un ragionamento coerente e rispettoso dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico. Se la valutazione sulla mediabilità della controversia è già compiuta astrattamente dal legislatore con riferimento alle materie previste dal primo comma dell'art. 5 d.lgs. 28/2010, e dal giudice ai sensi del secondo comma dello stesso articolo, è solo dinanzi al mediatore che possono sorgere questioni che limitano oggettivamente la procedibilità, cioè la possibilità di procedere al tentativo di mediazione. Basti pensare alla questioni della competenza, della carenza di rappresentanza, della mancanza di una parte necessaria, al sopraggiungere di fatti che possono limitare la neutralità del mediatore, e a quanto altro richieda ulteriori approfondimenti o attività o attesa e che renda impossibile il procedimento. Nulla a che vedere con la mera volontà delle parti e degli avvocati. Questa è vincolata al tentativo e ciò non può che rispondere ad un principio di effettività del diritto che sancisce l'obbligo o dell'ordine giudiziale: solo l'avvio del procedimento di mediazione è configurabile come adempimento. Eventuali questioni sulla procedibilità risulteranno ostative e dovranno di conseguenza essere previamente affrontate e superate. Anche, eventualmente, dedicando un secondo o successivo incontro al superamento delle stesse...."

Ed è proprio in questo caso che trova applicazione la disposizione di cui all'art. 17 comma 5 ter: nessun compenso sarà dovuto all'organismo di mediazione qualora durante il primo incontro venga appurata la improcedibilità della mediazione, ossia vengano rilevati elementi ostativi alla prosecuzione della stessa, cosicché sia impossibile giungere alla definizione della controversia con la sottoscrizione di un accordo.

E' fatale dunque che il compenso sia dovuto ogni qualvolta la controversia venga trattata compiutamente nel merito, anche durante il primo incontro, tenuto conto che l'analisi delle eventuali questioni ostative riguarda solo la prima fase del primo incontro o addirittura una fase antecedente il primo incontro di mediazione (in ogni caso sarà necessario, per questi aspetti, fare riferimento ai regolamenti di procedura di cui si devono dotare gli organismi e che disciplinano appunto le varie fasi del procedimento).

Particolare attenzione, sempre ai fini di una interpretazione logica e della *ratio* in assoluto, merita il concetto di "compenso": giacché tale espressione non appare mai altrove né nel d. lgs. 28/2010 con riferimento alle spese di mediazione, né tampoco nei DM attuativi successivamente emanati, ma

compare solo nell'art. 14 del Decreto con riferimento agli "obblighi del mediatore", per analisi sistematica esso andrà inteso come "indennità di mediazione". Nel caso di cui all'art. 17 comma 5 ter quindi non sarebbe dovuta solo quest'ultima, cioè il corrispettivo del mediatore per l'opera prestata, così come del resto accade per effetto del comma precedente. Una interpretazione diversa sarebbe incongrua, illogica, e contraria ai principi legali di ermeneutica, inclusa quella comunitaria. Una volta chiarito che il compenso altro non sarebbe che l'indennità di mediazione, non vi sono dubbi che le "altre spese" saranno comunque dovute, proprio all'organismo di mediazione, tanto più che ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. 28/2010 è fatto esplicito divieto ai mediatori "di percepire compensi direttamente dalle parti".

La questione delle spese di mediazione, inizialmente assai dibattuta per la confusione tra spese di avvio procedura ed indennità di mediazione, ha trovato un suo ordine nel principio della cumulabilità delle spese di segreteria con quelle della mediazione. Le due voci di spesa assumono quindi valenza diversa ed autonoma. La circolare ministeriale del 20 dicembre 2011 infatti chiarisce: "Le spese di avvio, stabilite in misura fissa ed unitaria, hanno riguardo, più specificamente, alle spese dell'organismo per potere avviare il procedimento di mediazione: ricezione della istanza, visione da parte della segreteria, fascicolazione e registrazione, comunicazione alla altra parte dell'inizio della procedura e così via. Si tratta, dunque, delle spese relative all'attività di segreteria prodromica a quella di mediazione vera e propria svolta dal mediatore. Quest'ultima, dunque, assume valenza diversa, in quanto riguarda le spese di concreto svolgimento dell'attività di mediazione (...l'onorario del mediatore)". Si tratta, quindi, di due voci di spesa autonome, entrambe dovute. Sempre nella medesima circolare si legge: "Resta fermo, peraltro, che oltre alle spese di avvio e spese di mediazione saranno dovute anche le spese vive, così come conteggiate e documentate dall'organismo di mediazione". E sebbene le circolari non siano *stricto jure* atti normativi vincolanti, in mancanza di altre fonti o indirizzi giurisprudenziali contrari possono essere assunte ad elementi ermeneutici ausiliari.

Quindi, nel caso in esame, in forza dell'art. 17 comma 5 ter (ossia nel caso di "improcedibilità" della mediazione per fatto oggettivo), le parti saranno esonerate dal versamento dell'indennità di mediazione, ma dovranno versare tutte le altre spese sostenute dall'organismo per la gestione del procedimento.

In tal senso saranno dovute, in quanto riconducibili nel novero delle spese vive, tutte quelle spese di cui all'art. 15 comma 1 n. 3 del d.p.r. 633/72 e cioè, come specificato dall'Amministrazione Finanziaria in Circolare 1/R T/50550 del 15/12/1973, "le spese anticipate per conto del cliente, a condizione che non costituiscano spese inerenti alla produzione del reddito di lavoro autonomo e a condizione che siano debitamente ed analiticamente documentate". Nel caso dell'organismo di mediazione, si tratta di tutte le spese compiute per le attività a favore di terzi (le parti) legate alla prestazione del servizio di mediazione svolto (dal mediatore e dalla segreteria).

La deroga alla onerosità della procedura dell'art. 17 comma 5 ter, coinvolge solo ed esclusivamente l'indennità dovuta al mediatore e trova la sua ragione logica nel fatto che non potrà essere svolta

alcuna trattazione della mediazione, ma non anche l'attività dell'organismo di mediazione. Come peraltro anche nell'ipotesi di cui al precedente comma 5 bis.

Vi è stato taluno che, partendo da una errata interpretazione dell'art. 8 comma 1 ha inteso qualificare il primo incontro di mediazione come fase "informativa preliminare", in cui non verrebbe svolta alcuna attività di mediazione in senso stretto, allargando così l'ambito di applicabilità dell'art. 17 comma 5 ter a tutti i casi in cui il procedimento si concluda senza accordo al primo incontro, e quindi anche quando il professionista, chiamato a svolgere la funzione di mediatore, entri con le parti nel merito della controversia e la questione venga compiutamente trattata.

Questa interpretazione non è assolutamente accettabile né sostenibile.

Se nell'ipotesi in cui le parti si trovano nelle condizioni oggettive per poter accedere al gratuito patrocinio, la *ratio* della deroga all'onerosità può essere trovata ed ancorata ai principi di solidarietà sociale e sussidiarietà, nel caso di cui all'art. 17 comma 5 ter, la deroga mancherebbe di ogni ragione logica o sistematica, se non considerando il mancato accordo all'esito del primo incontro di mediazione conseguenza diretta della improcedibilità della stessa (per impedimento oggettivo non che rende esperibile il procedimento di mediazione. Una diversa interpretazione ne renderebbe la *ratio* oscura: soprattutto non si comprenderebbe in nome di quale altro principio costituzionale sarebbe sacrificato il diritto costituzionale del professionista al corrispettivo proporzionato all'opera prestata, di cui l'art. 2233 c.c. è pacificamente considerato epifania. E' noto infatti che i diritti di rango costituzionale possono essere compressi o attenuati solo per contemperarli con altri principi di pari rango.

Né d'altronde si può negare che quello del mediatore sia un contratto d'opera intellettuale, quand'anche realizzato attraverso il tramite organizzativo e gestorio dell'organismo di mediazione.

Secondo l'art. 2233 il compenso dovuto al professionista deve essere adeguato nella misura all'importanza dell'opera e al decoro della professione. La prestazione d'opera intellettuale, di norma svolta a titolo oneroso, è eccezionalmente possibile a titolo gratuito in ragione di ragioni etiche ed umanitarie, Di conseguenza al professionista è sicuramente consentito di svolgere la sua attività a titolo gratuito per *affectio* o *benevolentia* o per considerazioni di ordine sociale, come avviene anche nel caso dell'art. 17 comma 5 bis, ma certo ciò non può giungere sino a un obbligo di gratuità imposto per legge senza alcun ancoraggio costituzionale.

Nel caso di cui all'art. 5 ter infatti, la disposizione non trova alcun fondamento né in ragioni etiche ed umanitarie, né nell'*affectio* o *benevolentia* né sono esplicitate o individuabili considerazioni di ordine sociale di rango costituzionale per il sacrificio del diritto al compenso. Ma allora, essendo il contratto d'opera intellettuale oneroso e commutativo, perché il mediatore che svolga effettivamente attività di mediazione durante il primo incontro dovrebbe essere l'unico professionista al quale sia precluso il diritto al giusto compenso di cui all'art. 2233 c.c. e 36 cost.?

Al contrario, se si adotta la tesi secondo la quale nulla è dovuto nel solo caso di improcedibilità per la presenza di elementi ostativi alla procedibilità della mediazione, giacché nel merito la controversia non viene trattata con la spendita della professionalità precipua del mediatore, ma vi è solo una verifica "notarile" delle condizioni per procedervi, allora troviamo una qualche ragionevole argomentazione per superare l'ostacolo dell'art. 36 cost.

FORMULARIO

doc. 1
MODELLO DI ISTANZA DI MEDIAZIONE

Parte Istante (Persona fisica/Azienda) _____
residente/con sede in _____ via _____ CAP _____
C.F. _____ P.IVA _____, nella persona di (solo per le persone
giuridiche), _____
tel. _____ e-mail _____
assistito dall'avv. _____ nonché elettivamente domiciliata presso lo studio
del predetto in _____
Tel. _____ fax. _____ email _____

PREMESSO CHE

intende esperire la procedura di mediazione per la conciliazione prevista dal decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28:

- come condizione di procedibilità (obbligatoria ex art. 5,1-bis D. Lgs. 28/2010)
- come da invito del Giudice (demandata ex art. 5,2 D. Lgs. 28/2010)
- volontaria (ex art. 2,1 D. Lgs. 28/2010)
- da clausola contrattuale (ex art. 5,5 D. Lgs. 28/2010)

NEI CONFRONTI DI

residente in via _____ (con sede in) _____
CAP _____ C.F. _____, indirizzo email _____

Tel. _____ fax. _____

- in relazione ai seguenti fatti: (.....)
- l'istante pertanto ritiene di aver diritto a (.....)

Ai fini dell'indennità dovuta a codesto organismo dichiara che il valore della controversia è di
€ _____

TANTO PREMESSO CHIEDE

- **Al Responsabile** di codesto Organismo di nominare il Conciliatore e di avviare la procedura.
- **Dichiara** di conoscere, e di accettare, il regolamento di codesto Organismo ed i relativi allegati pubblicati anche sul sito www.....e chiede che copia degli stessi siano comunicati alle altre parti sopra indicate.
- **Prende atto che** il trattamento dei dati personali, limitatamente a quanto necessario all'organizzazione ed all'esecuzione del procedimento di mediazione, avverrà ai sensi della Informativa della quale dichiara di aver preso visione sottoscrivendola.

- **Dichiara che** riterrà congrua e sufficiente ogni comunicazione da parte di codesto Organismo che gli pervenga (in luogo diverso dalla residenza, in caso di domicilio eletto presso altro luogo) per lettera raccomandata, per telegramma, per fax, a mezzo del telefono al numero _____ per posta elettronica al seguente indirizzo:

- **Allega** ricevuta di pagamento della somma di euro 40, 00 (+ IVA) per spese di avvio procedura
- **Prende atto** che la presente istanza di mediazione non corredata dall'attestazione del pagamento si intenderà depositata o pervenuta nella data in cui si produrrà l'attestazione medesima.

In relazione ai fatti sopra esposti, allega i seguenti documenti, autorizzandone /non autorizzandone la comunicazione alle altre parti, anche mediante trasmissione di copie:

ALLEGA

A) i seguenti documenti, autorizzandone/non autorizzandone la comunicazione, anche mediante rilascio di copie:

1. _____ autorizzo non autorizzo
2. _____ autorizzo non autorizzo
3. _____ autorizzo non autorizzo
4. _____ autorizzo non autorizzo

B) Informativa sulla privacy;

C) Attestazione di pagamento di € 40,00 (+IVA) per spese di avvio procedura;

_____ li _____

Firma _____

Avv. _____

doc. 2

INFORMATIVA SULL'ASSISTENZA LEGALE

Il sottoscritto (nome e cognome) _____, consapevole che la partecipazione alla procedura di mediazione senza l'assistenza dell'avvocato, prescritta dagli artt. 5 e 8 d. lgs 28/10, comporta l'impossibilità di ottenere in caso di accordo un titolo immediatamente eseguibile, occorrendo invece richiedere l'omologa dello stesso al presidente del tribunale, con conseguenti costi aggiuntivi, conferma la propria intenzione di proseguire comunque il procedimento rinunciando all'assistenza legale.

Firma _____

doc. 3
COMUNICAZIONE ALLA CONTROPARTE DELL'ISTANZA DI MEDIAZIONE E
FISSAZIONE DELL'INCONTRO
(art.8 D.Lgs. n.28/2010)

Oggetto: procedimento di mediazione n. _____ del _____.

Comunicazione per la fissazione del primo incontro ai sensi dell'art. 8 D.lgs. 28/2010.

In relazione all'istanza di avvio del procedimento di mediazione, presentata ai sensi del D.Lgs. n. 28/2010 da _____, in data _____, per tentare di risolvere la controversia nei confronti di _____, avente per oggetto: _____

Si comunica, ai sensi e per gli effetti dell'art. 8 del Decreto Legislativo n. 28/2010 che il primo incontro di detta procedura si terrà il giorno _____ alle ore _____ presso la sede di questo Organismo di Mediazione in _____;

il Mediatore designato da questo Organismo è il Dott./Avv. _____.

La tabella delle indennità allegata al Regolamento di questo Organismo prevede, oltre alle spese di avvio della procedura di mediazione (€ 40 + IVA), da versare contestualmente all'accettazione dell'istanza di mediazione, l' indennità di mediazione in rapporto al valore della controversia.

Per tale procedimento, il cui valore è stato indicato in € _____ si richiede, per le spese di mediazione, il versamento di € _____ che dovranno essere pagati a

mezzo bonifico sul conto corrente bancario tenuto presso la Banca _____
specificando come causale: “versamento indennità di mediazione procedimento n. _____ -
nome e cognome”.

Il versamento dell'indennità prevista, dovrà avvenire prima dell'inizio del primo incontro di mediazione ai sensi dell'art. 16 comma 9 del D.M.180/2010.

Se all'esito del procedimento di mediazione il valore risulta diverso da quello indicato nell'istanza, l'importo dell'indennità è dovuto secondo il corrispondente scaglione di riferimento (art. 16 comma 8, DM180/2010).

In caso di assistenza da parte di un legale di fiducia, invitiamo a comunicare nominativo e recapiti. Si chiede alle parti che interverranno all'incontro di presentarsi muniti del proprio documento di riconoscimento in corso di validità. Si ricorda che le parti devono presenziare all'incontro personalmente e solo in via del tutto eccezionale mediante un proprio rappresentante munito di procura speciale notarile. Rimanendo a disposizione per ulteriori chiarimenti, porgiamo distinti saluti.

doc. 4

LETTERA DI ACCOMPAGNAMENTO

Gentile Signora/Egregio Signore,

è stata presentata al nostro Organismo di Mediazione, accreditato al Ministero di Giustizia al n. _____, richiesta di avvio di procedura di mediazione ai sensi dell'art. 5 comma 1-bis del D. Lgs. 28/2010, in ordine a controversia meglio dettagliata nella allegata documentazione. Pertanto questo Organismo ha provveduto a comunicare tempestivamente alla S.V. l'avvio della procedura e ha fissato una data per un incontro preliminare tra le parti.

Durante questo primo incontro il mediatore chiarirà alle parti, che dovranno essere accompagnate dall'avvocato, la funzione e le modalità di svolgimento della procedura di mediazione ed inviterà poi le parti stesse e i loro avvocati ad esprimersi sulle questioni controverse. Il mediatore si adopererà affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia.

Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato.

Questa procedura presenta caratteristiche di rapidità, economicità, efficacia e riservatezza, permette la partecipazione personale ed attiva delle parti e garantisce una gamma di possibili soluzioni alla controversia, più ampia di quanto sia consentito in sede di giudizio ordinario innanzi il Tribunale.

Si sottolinea inoltre che la partecipazione delle parti alla procedura di mediazione comporta i **benefici fiscali** di cui all'art. 20 del D. Lgs. 28/2010 (*alle parti è riconosciuto, in caso di successo della mediazione, un credito d'imposta commisurato all'indennità stessa, fino a concorrenza di € 500,00. In caso di insuccesso della mediazione, il credito d'imposta è ridotto della metà*).

Si ricorda invece che dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo all'incontro preliminare informativo, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai

sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile. **Il giudice inoltre condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per giudizio.**

La mediazione civile e commerciale è una procedura informale e la partecipazione attiva dei soggetti interessati può facilitare l'esito positivo della stessa e portare le parti ad un accordo soddisfacente per entrambe.

Inoltre, ove tutte le parti siano assistite da un avvocato, il verbale di accordo, sottoscritto dalle parti e dagli avvocati, costituisce **titolo esecutivo** per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Tale procedura è un'opportunità per risolvere in maniera efficace, veloce, riservata ed economica la controversia evitando i tempi lunghissimi e gli elevati i costi, spesso non determinabili a priori, che le procedure giudiziali comportano.

Rimanendo a disposizione per qualsiasi informazione o chiarimento, porgiamo cordiali saluti.