
Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato).

LA MEDIAZIONE DELLE CONTROVERSIE CIVILI E COMMERCIALI DOPO IL DECRETO DEL FARE

Articolo di **Guido FABBRI**¹

SOMMARIO: 1) La nuova disciplina dell'obbligatorietà. - 2) La mediazione delegata dal Giudice. - 3) La collocazione territoriale dell'organismo di mediazione. - 4) La mediazione obbligatoria per previsione negoziale e la tutela dei consumatori. - 5) L'assistenza tecnica in mediazione. - 6) Il primo incontro col mediatore. - 7) L'accordo conclusivo.

Il Decreto legge. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98, ha reintrodotto nel nostro ordinamento l'obbligatorietà del tentativo di mediazione delle controversie civili e commerciali, come condizione di procedibilità dell'azione giudiziale. Com'è noto, il primo intervento in tal senso era stato posto in essere con Il D.lgs. 04 Marzo 2010, n. 28, poi dichiarato parzialmente incostituzionale dalla sentenza 24 ottobre - 06 Dicembre 2012, n. 272, per eccesso di delega.

Il cd. Decreto del fare, tuttavia, non realizza una mera restaurazione della normativa caduta sotto la scure della Consulta bensì contiene diverse novità con le quali il legislatore del 2013 ha voluto tenere conto, almeno in parte, delle obiezioni sollevate dagli avversari dell'istituto. Occorre, quindi, procedere ad un'attenta analisi della nuova normativa al fine di evitare l'errore di ritenere che si possa semplicemente riprendere la disciplina antecedente.

¹ Avvocato e mediatore in Ravenna.

1) La nuova disciplina dell'obbligatorietà

La principale novità consiste nella reintroduzione della mediazione obbligatoria nelle materie per le quali già era prevista sotto la vigenza dell'originaria versione del D.lgs n. 28/2010. Restano escluse le controversie riguardanti il risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, che costituiscono una parte importante delle liti che si svolgono davanti ai Tribunali italiani ma per le quali l'obbligatorietà non è stata reintrodotta. L'esclusione è giustificata, dalla relazione illustrativa del D.L. n. 69/2013, rilevando le difficoltà applicative che la disposizione aveva avuto. Nelle controversie riguardanti i sinistri stradali il grado di adesione del chiamato in mediazione è stato bassissimo, pari al 3,5% dei casi rilevati statisticamente, a causa della prassi invalsa in numerose compagnie assicurative di non comparire all'incontro col mediatore². Questo dato di fatto aveva reso irraggiungibili gli obiettivi di deflazione del contenzioso civile, che erano alla base dell'inserimento di tali controversie nell'elenco di quelle sottoposte a mediazione obbligatoria, oltre a scatenare numerose proteste nella classe forense. In tutti i casi, se si fosse voluta confermare la mediazione obbligatoria per i sinistri stradali, si sarebbero dovute introdurre norme capaci di aumentare la partecipazione al procedimento cosa che il legislatore non ha ritenuto di fare, preferendo, in generale, un approccio più soft.

Pertanto, oggi, l'obbligatorietà riguarda le controversie in materia di condominio³, 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 finanziari⁴.

Vale la pena notare la sottile differenza di formulazione tra vecchia e nuova normativa, nel punto in cui quest'ultima aggiunge la responsabilità "sanitaria" a quella "medica". Vengono, così, fugati i dubbi in merito alla piena sottoposizione al tentativo obbligatorio di mediazione di tutti i casi di responsabilità che coinvolgono strutture sanitarie, anche quando non si tratti di errore o negligenza del medico ma di carenze della struttura.

Vale anche la pena di rilevare la precisazione contenuta nell'art. 71 quater delle disposizioni attuative del codice civile, secondo cui *"per controversie in materia di condominio, ai sensi dell'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, si intendono quelle derivanti dalla violazione o dall'errata applicazione delle disposizioni del libro III, titolo VII, capo II, del codice e degli articoli da 61 a 72 delle presenti disposizioni per l'attuazione del codice"*⁵.

² Benché, quando le parti hanno partecipato al procedimento, il 46,4% delle mediazioni si sia concluso con esito positivo Cfr. <http://documenti.camera.it/Leg17/Dossier/Testi/D13069S2.htm>

³ Anche prima dell'inserimento delle controversie condominiali tra le materie per cui è obbligatorio il tentativo di mediazione non erano mancate esperienze su base volontaria, in virtù di apposite clausole inserite nei regolamenti condominiali. Si veda, a tal proposito, Bordolli, *Conciliazione e controversie condominiali*, in *Immobili & Proprietà*, 2009, n. 4, p. 223 ss.

⁴ In merito ai contratti bancari e finanziari, si è ritenuto che *"si debba fare riferimento alla natura "professionale" di una delle parti piuttosto che alle specifiche tipologie contrattuali, le quali sono di per se stesse di difficile ricostruzione sistematica sulla scorta del nomen juris utilizzato."* Cfr. Tribunale di Milano, 16703/2012, in *Il caso.it*, 2012

⁵ Per una precisa individuazione delle controversie in materia di condominio si veda: Toschi Vespasiani e Pagani, *Il punto sulla mediazione conciliazione nelle controversie condominiali*, in *Il caso.it*, 2013, p. 3

L'elenco delle materie sottoposte a mediazione obbligatoria è piuttosto eterogeneo e non è semplice comprenderne la ratio⁶. Rifacendosi alla relazione illustrativa allo schema del D.lgs. n. 28/2010, si può notare che buona parte delle materie si riferiscono a rapporti di durata, spesso contraddistinti da relazioni familiari, e, quindi, a fattispecie nelle quali le parti possono avere maggior interesse ad evitare una lite giudiziaria⁷. L'inclusione dei contratti assicurativi, bancari e finanziari si giustifica col fatto che l'art. 128 bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, nonché la normativa applicativa emanata dal CICR, già prevedono procedure di conciliazione giudiziale a cui le banche e gli intermediari finanziari devono aderire⁸. Infine, l'inclusione delle controversie in materia di risarcimento danni per responsabilità medica e sanitaria e per diffamazione a mezzo stampa o con altro mezzo di pubblicità si giustifica, probabilmente, con la delicatezza dei diritti lesi.

L'elenco delle materie è tassativo, nel senso che la norma deve essere interpretata in modo restrittivo perché costituisce una deroga eccezionale al principio di libero esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale⁹.

Come nella versione previgente alla pronuncia della Corte Costituzionale, l'obbligo di esperire il tentativo di mediazione non si applica alle fasi sommarie dei procedimenti per decreto ingiuntivo, per convalida di sfratto e possessori, ai procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata, a quelli in camera di consiglio ed all'azione civile esercitata nel processo penale. Il Decreto del fare ha aggiunto a tale lista i procedimenti di cui all'art 696 bis codice di procedura civile, risolvendo, in tal modo, un contrasto emerso in giurisprudenza¹⁰. Viene avallata la tesi maggioritaria che non riteneva necessario attivare il procedimento di mediazione prima di proporre l'accertamento tecnico anche a fini conciliativi, in base alla considerazione che si tratta di uno strumento sia d'istruzione preventiva che di composizione della lite. Pertanto conserva la natura d'istituto cautelare e d'urgenza¹¹ ed ha, almeno in parte, le medesime finalità, della mediazione, di modo che, ritenendo applicabile il comma 1 bis, dell'art. 5 del D.lgs. n.

⁶ Si leggano i rilievi critici del Consiglio Superiore della Magistratura in http://www.csm.it/circolari/090204P_6.pdf. Dubbi sulla razionalità della scelta operata dal legislatore sono stati avanzati anche da Dittrich, *Il procedimento di mediazione ne D.lgs. n. 28 del 04 Marzo 2010*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, p. 584, il quale ha anche dubitato della legittimità costituzionale della norma in relazione all'art. 3 Cost..

⁷ Si tratta certamente delle cause in materia di divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende.

⁸ In materia si veda la deliberazione del CICR n. 275 del 29 luglio 2008, recante “*Disciplina dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela ai sensi dell'articolo 128-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni*” nonché le disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari, emanate dalla Banca d'Italia e disponibili sul sito bancaditalia.it. In dottrina, tra i tanti contributi: Guerinoni, *La conciliazione e l'arbitrato per le controversie in materia finanziaria*, in *I Contratti*, 2008, n. 3, p. 301 ss.; Francesca Cuomo Ulloa, *La camera di conciliazione ed arbitrato istituita presso la Consob*, ibidem, p. 422 ss.

⁹ Trib di Varese, 20/12/2011, in *Il caso.it.*, 2012; Trib di Cassino, 11/11/2011, in *banca dati Pluris Utet Cedam*; Trib di Pavia, 27/10/2011, in *Il caso.it.* 2011, che, di conseguenza, ha ritenuto non soggetta al tentativo obbligatorio di mediazione l'azione revocatoria delle disposizioni contenute in un contratto bancario. Concorde sulla non assoggettabilità a tentativo obbligatorio dell'azione revocatoria, Trib di Varese, Ord., 10/06/2011, ibidem. In dottrina: Lupoi, *Rapporti tra procedimento di mediazione e processo civile*, in *Judicium.it.*, p. 8 ss.

¹⁰ Per la tesi dell'inammissibilità della domanda di ATP non preceduta dal tentativo obbligatorio di mediazione, nelle materie di cui all'allora comma 1 del D.lgs. n. 28/2010, si veda Trib. di Siracusa, 14/06/2012, in *Foro It.*, 2012, I, 1, c. 2863.

¹¹ Trib di Varese, 24/07/2012, in *Banca dati Pluris Utet Cedam*; Trib di Pisa, Ord. 03/08/2011, in *Foro It.*, 2012, I, 1, 270 ss.

28/2010, si sarebbe creata una duplicazione di strumenti conciliativi¹². Ciò potrebbe portare anche a ritenere che i due istituti siano del tutto alternativi, nel senso che, una volta esperito l'accertamento tecnico preventivo anche per la conciliazione della lite, non sarebbe necessario tentare la mediazione nemmeno nelle materie in cui essa è obbligatoria perché un tentativo di composizione della lite è già stato effettuato¹³.

Va, inoltre, ricordato che, sempre per espressa previsione della norma in esame, l'obbligatorietà del tentativo di mediazione non riguarda alcune azioni previste dal Codice del Consumo (D.lgs. 06 Settembre 2005, n. 206) e, precisamente, le inibitorie di cui all'art. 37, le azioni a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti, di cui agli artt. 139 e 140 e l'azione di classe prevista dal successivo articolo 140 bis.

La riforma non ha, invece, risolto espressamente i dubbi emersi in giurisprudenza, riguardanti i procedimenti davanti al Giudice di Pace e quelli promossi con il rito sommario di cognizione.

Si è sostenuto che il Giudice di Pace abbia, già per sua natura, finalità conciliative, disciplinate dagli articoli 320 e 322 del codice di rito, di modo che tale compito non potrebbe essere demandato ad un organismo esterno di mediazione¹⁴. Per quanto, invece, riguarda il processo sommario di cognizione, una sentenza di merito ha stabilito che il meccanismo del rinvio dell'udienza, allo scopo di permettere lo svolgimento della procedura di mediazione, non esperita prima dell'instaurazione della causa, fosse incompatibile con la natura volutamente veloce e concentrata del processo disciplinato dagli artt. 702 bis e 702 ter c.p.c. Pertanto, si dovrebbe fare applicazione analogica dell'art. 5, comma 4 del D.lgs n. 28/2010, che esclude dalla mediazione i procedimenti per ingiunzione, compresa la fase d'opposizione, fino alla decisione sulla concessione della provvisoria efficacia esecutiva del decreto ingiuntivo opposto¹⁵.

L'ultimo intervento del legislatore sembrerebbe, invece, confermare l'applicabilità del tentativo obbligatorio di mediazione ai riti suddetti, che non sono menzionati tra quelli esclusi. Vi sono, inoltre, altre buone ragioni per ritenere che nessuno dei due procedimenti sia estraneo all'applicazione dell'art. 5, comma 1 bis del D.lgs. n. 28/2010¹⁶.

Certamente il tentativo di mediazione non è necessario quando si ricorre al Giudice di Pace in funzione non contenziosa, ai sensi dell'art. 322 c.p.c. A tacer d'altro credo sia evidente che, in questo caso, non si esercita un'azione giudiziale e che, quindi, non vi sia il presupposto che fa scattare l'obbligatorietà

¹² Trib di Varese, 21/04/2010, in *Il caso.it.*, 2010 Trib. Varese 21/04/2011, in *Foro It*, 2012, I, 1, c. 270 ss.

¹³ La tesi esposta nel testo mira ad evitare la successione di due procedimenti conciliativi che potrebbe essere ritenuta ridondante. Tuttavia va sottolineato che i due procedimenti hanno strutture profondamente diverse: il CTU, quando tenta la composizione della lite, lo fa attraverso una valutazione degli aspetti tecnici, potenzialmente decisivi per la futura pronuncia del Giudice e, quindi, svolge un lavoro assolutamente diverso da quello del mediatore, a meno che il CTU stesso non abbia anche una preparazione da mediatore (ma ciò non è richiesto al CTU, sebbene possa capitare).

¹⁴ Trib. di Napoli, 23/03/2012, in *Il caso.it.*, 2012, il quale ha ritenuto speciale e, quindi, prevalente la disciplina degli artt. 320 e 322 c.p.c. rispetto alla normativa generale sulla mediazione, anche con riferimento al disposto dell'art 311 c.p.c. che prevede l'applicabilità delle norme dettate per il processo civile davanti al Tribunale in composizione monocratica per quanto non regolato dalle disposizioni dettate specificatamente per il procedimento davanti al Giudice di Pace.

¹⁵ Trib. di Firenze 22/05/2012, in *Il caso.it.*, 2012., dove si afferma che la natura concentrata dell'istruttoria non permette un rinvio per l'esperimento della mediazione.

¹⁶ Ritiene che i giudizi davanti al Giudice di Pace non siano esclusi dalla mediazione obbligatoria, Lupoi, *ult. op. cit.*, p.

del tentativo di mediazione. Quanto, invece, le parti agiscono davanti al Giudice di Pace in veste contenziosa non si può affermare che il dovere di quest'ultimo di tentare la conciliazione in udienza escluda l'applicabilità delle norme sulla mediazione. L'art. 320 c.p.c. rappresenta senz'altro una norma speciale rispetto a quelle dettate per il processo ordinario davanti al Tribunale, ma una cosa non esclude l'altra stante le differenze nella natura e nella stessa tipologia dei due momenti conciliativi. Peraltro il Decreto del fare, oltre a reintrodurre la mediazione obbligatoria, ha rilanciato la conciliazione giudiziale, con la proposta che il Giudice può formulare ai sensi del nuovo art. 185 bis c.p.c. L'ultimo intervento normativo dimostra, quindi, che conciliazione giudiziale e mediazione non sono affatto incompatibili.

Il processo sommario di cognizione, è stato inserito nel titolo 1 del libro quarto del codice di rito dalla Legge 18 Giugno 2009, n. 69. Si tratta di un rito semplificato ma a cognizione piena, nel senso che il Giudice deve raggiungere lo stesso grado di convinzione sull'esistenza dei diritti fatti valere dalle parti che è richiesto nel processo ordinario¹⁷. Se non ritiene di poterlo fare con il rito semplificato, per la complessità della controversia e delle difese proposte, deve mutarlo in quello ordinario, fissando l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. Il rito sommario di cognizione ha, quindi una struttura profondamente diversa dal procedimento monitorio e da quello per convalida di sfratto, ove l'adozione dei provvedimenti relativi alla fase sommaria non avviene a seguito di una cognizione piena ma inaudita altera parte e gli stessi provvedimenti possono divenire definitivi per effetto dell'inerzia dell'ingiunto o dell'intimato. Per questo motivo, il legislatore ha preferito spostare l'obbligo di procedere al tentativo di mediazione dopo la fase sommaria e dopo la decisione sui provvedimenti provvisori in merito alla concessione dell'efficacia esecutiva al decreto ingiuntivo opposto od all'emissione dell'ordinanza di rilascio dell'immobile con riserva delle eccezioni del convenuto¹⁸. Quando, invece, si agisce in giudizio con un rito a cognizione piena non vi è ragione per escludere il tentativo di mediazione nelle materie in cui è obbligatorio, solo perché si suppone, senza averne la certezza, che la semplicità della controversia permetterà di deciderla con un rito semplificato.

Vale, infine, la pena precisare che l'onere di proporre il tentativo di mediazione, nelle materie in cui esso è obbligatorio, grava su "*chi intende esercitare un'azione in giudizio*" e, quindi sull'attore in senso sostanziale. Ciò significa che detto onere ricade sul convenuto che intenda proporre una domanda riconvenzionale¹⁹ o chiamare in causa un terzo, sull'opposto e non

¹⁷ La sommarietà del nuovo rito non risiede, quindi, nella sua funzione o, come avviene per i procedimenti cautelari, nel grado di convincimento del giudice ridotto al *fumus boni iuris* e non alla raggiunta prova dei diritti azionati dalle parti. La sommarietà è piuttosto una flessibilità procedurale ed una maggiore semplicità del rito che sono consentite dalla semplicità della controversia e, soprattutto, dalle minori necessità istruttorie. A tal proposito si veda: Caponi, *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria (in margine al nuovo procedimento ex art. 702 bis c.p.c.)*, in *Il giusto processo civile*, 2009, n. 4; Lombardi, *Il processo sommario di cognizione generale*, ivi, 2010, n. 2, p. 473 ss; Dittrich, *Il nuovo processo sommario di cognizione*, in *Rivista di diritto processuale*, 2009, p. 1582, ss.; Lupoi, *Sommario (ma non troppo)*, in *Riv. Trim dir proc. civ.*, 2010, n. 4, p. 1225, ss ed in *Judicium.it*

¹⁸ Questo è anche il motivo per cui l'esclusione si applica solo alla fase sommaria del procedimento per convalida di sfratto e non, in generale, alle controversie soggette al rito locatizio, per le quali occorre esperire il tentativo, come stabilito da Trib. di Prato, 30/03/2011, in *Corriere del Merito*, 2011, 6, 586 ed in *Giur It*, 2012, 3, 657

¹⁹ Sul punto si era aperto un contrasto giurisprudenziale in merito al quale si veda Trib Palermo, 11/07/2011, in *Giur. It.*, 2012, 11, 2357 con nota di Russo, che aveva ritenuto non necessario il tentativo di mediazione per la procedibilità della domanda riconvenzionale. Successivamente, tale orientamento è stato disatteso da Trib di Como 02/02/2012 in *Il Caso.it*, 2012; Trib di Roma Ostia, 15/03/2012, ibidem. Su questo punto, si veda anche Lupoi, *Rapporti tra*

sull'opponente ad un decreto ingiuntivo²⁰ e sulla parte intimante lo sfratto, che agisce per la convalida²¹ (come si è detto, negli ultimi due casi, dopo la conclusione della fase sommaria e l'emanazione di provvedimenti provvisori di concessione dell'efficacia esecutiva o di rilascio con riserva delle eccezioni del convenuto).

2) La mediazione delegata dal Giudice

Lo stesso legislatore che ha ristretto l'ambito di obbligatorietà del tentativo di mediazione preventivo ha, nel contempo, rinforzato l'istituto della mediazione delegata. A seguito della riforma del 2013, il Giudice non formula più un invito alle parti, come avveniva secondo il testo previgente, ma dispone il tentativo di mediazione, che diviene condizione di procedibilità della domanda. In questo modo, il legislatore del 2013 dimostra un chiaro favore per la mediazione delegata che permette un'individuazione più elastica delle controversie da sottoporre al procedimento. Il Giudice, letti gli atti di causa può decidere quali casi presentino possibilità di accordo che giustifichino il procedimento di mediazione e provvedere di conseguenza. Ponendo il tentativo come condizione di procedibilità del processo, le parti saranno, dal canto loro, maggiormente stimolate ad iniziarlo ed a parteciparvi²².

L'innovazione suddetta²³ deve essere vista in collegamento con le nuove norme in tema di conciliazione giudiziale, che il legislatore cerca di rivitalizzare attraverso l'introduzione dell'art. 185 bis c.p.c. Ai sensi di tale disposizione, il Giudice, *"alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione, formula alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa. La proposta di conciliazione non può costituire motivo di riconsuazione o astensione del giudice."*

Anche in questo caso, il legislatore chiede al Giudice di compiere un esame della controversia, ma non per accertare se vi siano margini di trattativa che possano essere esplorati in una procedura di mediazione, quanto, piuttosto, per vedere se sia possibile formulare direttamente una proposta conciliativa. Il Giudice si trova, quindi, di fronte ad una pluralità di percorsi: può disporre che le parti attivino il procedimento di mediazione davanti ad un organismo accreditato, oppure formulare, egli stesso, un'ipotesi transattiva. Benché la

procedimento di mediazione e processo civile, cit., p. 14, ss. il quale riporta la tesi, decisamente preferibile, secondo cui il tentativo di mediazione è obbligatorio anche nel caso di riconvenzionale o di chiamata in causa ma a condizione che non se ne sia già svolto uno in relazione alla domanda principale. In sostanza, per una controversia giudiziale dovrebbe essere sufficiente un solo tentativo di mediazione, a prescindere dal numero di domande proposte.

²⁰ Trib. di Varese, 18/05/2012, in *Il caso.it.*, 2012

²¹ Trib di Gallarate, 15/06/2012, *ibidem*.

²² The court referred mediation, nata dall'esperienza statunitense del multi doors court house e del case management, è diffusa in tutti gli ordinamenti giuridici di common law. I sistemi processuali della maggior parte degli stati americani cercano di non incanalare tutte le controversie nel processo ma di indirizzare ciascuna verso il metodo di risoluzione più adatto alle sue caratteristiche. I procedimenti di mediazione hanno un ruolo essenziale in questo approccio flessibile alle controversie civili ed, in molti casi, sono diventati il metodo con cui viene risolta la maggioranza di esse. Si consideri che nel distretto di San Diego in California, il 97% delle cause civili è risolto per mezzo di accordi precedenti all'inizio del dibattimento. Senza pretese di completezza, meccanismi di court referred mediation sono previsti anche nell'ordinamento processuale indiano, in quello inglese, in quello australiano, in quello sudafricano, nonché, uscendo dai sistemi di common law, in Argentina, in Giappone, in Francia, Portogallo, Estonia ed in Germania per quanto riguarda i conflitti di diritto di famiglia.

²³ Le modifiche alla mediazione delegata, avendo natura processuale, si applicano anche ai giudizi pendenti; cfr.: Trib. Milano, 29/10/2013, in *Il caso.it.*, 2013

nuova norma sia collocata subito dopo l'art. 185 c.p.c., non è richiesto che, prima di formulare la proposta, il Giudice convochi le parti per l'interrogatorio libero, tuttavia credo che sarebbe quanto mai opportuno al fine di provocare il contraddittorio sull'ipotesi conciliativa e coinvolgere le parti stesse nella sua formulazione.

Non è facile dire, in generale, quando sia preferibile indirizzare le parti verso un organismo di mediazione e quando, invece, sia meglio che il Giudice svolga in prima persona l'attività conciliativa. La mediazione di cui al D.lgs. n. 28/2010 può assumere caratteri valutativi, stante la possibilità, per il mediatore, di formulare una proposta ed i noti effetti che la stessa ha nel futuro, eventuale giudizio. Tuttavia, la mediazione è il luogo adatto a mettere in pratica modelli facilitativi, che indaghino i veri interessi delle parti, al di là delle loro pretese, ed in questo compito il mediatore è certamente facilitato dal fatto di non essere il Giudice della causa nonché dal regime di riservatezza delle dichiarazioni rese all'interno della procedura²⁴. Al contrario, la nuova conciliazione giudiziale, con formulazione della proposta ex art. 185 bis c.p.c., ha caratteristiche decisamente valutative, se non latamente aggiudicative, perché, se è vero che il legislatore si è preoccupato di precisare che la proposta non costituisce motivo di riconsuazione od astensione del Giudice, è altrettanto vero che difficilmente le parti non vi vedranno un'anticipazione del giudizio o, quanto meno, degli orientamenti del giudicante. Considerate queste differenze, si può ipotizzare che la proposta del Giudice possa risultare efficace, come suggerisce lo stesso art. 185 bis c.p.c., nelle cause non particolarmente complesse (a mio avviso non solo in punto di diritto) o, comunque, in quelle in cui si possa raggiungere un accordo attraverso una logica essenzialmente transattiva (ad esempio il pagamento di una parte del credito vantato e la rinuncia al resto). Quando, invece, la via da percorrere richiede la ricostruzione di un rapporto di dialogo o di almeno parziale fiducia tra le parti, quando occorre riallacciare rapporti di lavoro, societari o familiari od, ancora, superare barriere emotive, quel tipo di attività potrà essere svolta molto più efficacemente da un mediatore che non è Giudice e che, quindi, potrà compiere un lavoro più approfondito di dialogo con le parti e d'indagine dei loro veri interessi. Non è, comunque, detto che le due strade debbano essere necessariamente alternative ed, al contrario, potrebbero combinarsi in vari modi, anche perché la mediazione delle controversie civili può assumere connotati diversi a seconda dei casi e dell'approccio del mediatore. In questo modo sarebbe possibile, per il Giudice, riprendere e fare propria la proposta formulata dal mediatore che le parti non abbiano accettato, magari modificandola sulla base di quanto emerso in corso di causa e delle sue valutazioni. Oppure potrebbe capitare che il Giudice, dopo aver formulato una proposta che sia stata rifiutata dalle parti, ritenga che vi sia comunque la possibilità di pervenire ad un accordo, superando alcuni ostacoli con l'aiuto di un mediatore e, quindi, disponga ai sensi dell'art. 5, comma 2, del D.lgs n. 28/2010²⁵.

²⁴ Sulla possibilità del procedimento di assumere caratteri diversi, strettamente facilitativi o più valutativi, si vedano, tra i tanti, C. Punzi, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 845, ss;

²⁵ In questo modo si è orientato il Tribunale di Milano (ord.), 11/11/2013, in *Il caso.it*, 2013, il quale ha ritenuto che *“nel caso in cui il giudicante formuli alle parti una proposta conciliativa ed emerga la possibilità che la stessa trovi il consenso delle stesse, è indubbiamente opportuno che il Tribunale si avvalga del citato istituto disponendo d'ufficio che i litiganti diano inizio ai lavori di mediazione.”*

Se il tentativo di mediazione non è stato esperito, nelle materie in cui è obbligatorio, o se il Giudice decide di disporre la mediazione delegata, rinvia l'udienza ad una data successiva alla scadenza del termine massimo di cui all'art. 6 del D.lgs. n. 28/2010 e se la mediazione non è già in corso, assegna alle parti un termine di quindici giorni per iniziarla. Su questi punti, il Decreto del fare non ha apportato novità, ad eccezione del fatto che il termine massimo è stato ridotto da quattro a tre mesi. La modifica non dovrebbe avere grosse conseguenze sebbene tre mesi siano pochi quando vi è da condurre a soluzione controversie complesse, che coinvolgono diverse parti, oppure quando sia richiesto l'intervento di un notaio per la formalizzazione dell'accordo transattivo. Si deve, comunque, ritenere che il termine trimestrale sia sottoposto alla volontà delle parti le quali potranno prorogarlo di comune accordo²⁶.

Il meccanismo del rinvio dell'udienza ad una data successiva all'esaurirsi del procedimento di mediazione è stato pensato per i procedimenti promossi con atto di citazione e non ve ne è bisogno per le cause che iniziano con ricorso, in particolare per il rito locatizio (nelle ipotesi in cui non si proceda con intimazione per convalida di sfratto) e per quelle promosse con il procedimento sommario di cognizione. Parte della giurisprudenza ha, infatti, ritenuto che, in questi casi, il Giudice possa rilevare il mancato esperimento del tentativo direttamente nel decreto di fissazione d'udienza e, quindi, stabilire la data di quest'ultima in un termine congruo allo svolgimento del procedimento, maggiorato del termine che deve intercorrere tra la costituzione del convenuto e la data di comparizione delle parti²⁷. Analoga valutazione potrebbe farsi per il caso in cui il convenuto con il rito ordinario di cognizione intenda chiamare un terzo in causa, proponendo, nei suoi confronti, una domanda soggetta all'art. 5 comma 1 bis del D.lgs. n. 28/2010. Anche in questo caso nulla vieterebbe al Giudice di disporre lo svolgimento del tentativo di mediazione direttamente nell'ordinanza di rinvio della prima udienza, posticipando quest'ultima di un termine congruo²⁸.

3) La collocazione territoriale dell'organismo di mediazione

Un'altra importante novità introdotta dal Decreto del fare è la definizione di una regola che disciplina il luogo in cui deve avere sede l'organismo di mediazione a cui la parte interessata deve rivolgersi. Nelle materie condominiali, la Legge 11 Dicembre 2012, n. 220, di poco precedente, ha introdotto l'art. 71 quater nelle disposizioni attuative del codice civile, ai sensi del quale la domanda di mediazione deve essere presentata, a pena di inammissibilità, presso un organismo di mediazione ubicato nella circoscrizione del Tribunale nella quale il condominio è situato. Oggi, l'art. 4 del D.lgs. n. 28/2010, stabilisce che la domanda debba essere presentata ad un organismo di mediazione sito "nel luogo del giudice territorialmente competente". L'innovazione fa nascere diversi dubbi interpretativi, in primo luogo sul significato da attribuire alla parola "luogo" con cui, nella lingua italiana,

²⁶ Per la non perentorietà del termine massimo di durata del tentativo di mediazione, all'epoca di quattro mesi, si veda Trib. di Varese 20/06/2012, in *Il caso.it*, 2012

²⁷ Trib di Prato, 30/03/2011, in *Giur. It.*, 2012, 3, c. 657

²⁸ In questo modo si eviterebbe il problema di un'eccessiva dilatazione della fase introduttiva del processo, rilevato da Dittrich, *Il procedimento di mediazione*, cit., p. 584.

s'intende, in maniera generale, una porzione di spazio idealmente o materialmente delimitata. In mancanza di una terminologia più precisa, sembra corretto intendere come "luogo" tutto l'ambito territoriale dell'organo giudiziario competente a conoscere la controversia e, quindi, la circoscrizione di competenza del Giudice di Pace (nei casi in cui sono stati mantenuti dopo la recente riforma della geografia giudiziaria), il circondario per le cause di competenza del Tribunale, gli ambiti territoriali di competenza del Tribunale delle Imprese, generalmente coincidenti col territorio regionale²⁹ ed il distretto per le mediazioni delegate dalla Corte d'Appello. Interpretazioni diverse e più restrittive appaiono irragionevoli, specie nel caso in cui tendessero a limitare la scelta al comune ove ha sede l'ufficio giudiziario competente.

Dubbi maggiori riguardano, invece, le conseguenze del mancato rispetto della regola. Per risolverli la prima tentazione potrebbe essere quella di applicare le norme che il codice di procedura civile prevede per la competenza degli uffici giudiziari. Si potrebbe, quindi, distinguere tra competenza per territorio derogabile e competenza inderogabile, per la prima non dovrebbero esserci dubbi a ritenere che le parti possano accordarsi in maniera diversa, come possono farlo nel processo civile, mentre nel secondo caso la norma sulla competenza non potrebbe essere derogata.

Tuttavia, occorre tenere presente che la mediazione non è un procedimento giurisdizionale e nemmeno una fase del processo civile ma un istituto basato sull'autonomia negoziale dei privati. Pertanto, applicare alla mediazione gli istituti propri del processo civile può risultare un approccio interpretativo discutibile se non addirittura fuorviante. Nella mediazione non vi è la necessità, propria del processo, di suddividere l'esercizio dell'attività giurisdizionale civile tra i tanti uffici giudiziari che la esercitano e che si differenziano tra loro per caratteristiche, funzioni e collocazione territoriale. Gli organismi di mediazione sono pubblici e privati, vengono scelti da chi propone il tentativo e non esercitano un potere dello Stato bensì aiutano le parti nel tentativo di porre fine al conflitto mediante un accordo di natura transattiva. Non vi è, quindi, almeno a mio avviso, la possibilità d'individuare nella collocazione territoriale dell'organismo un presupposto di procedibilità qual'è la competenza per territorio del Giudice nel processo civile. L'art 4 del D.lgs n. 28/2010 non pone una regola di competenza in senso tecnico ma è dettata per proteggere le parti in quanto il legislatore ha voluto evitare fenomeni di forum shopping ovvero che una di esse potesse essere chiamata davanti ad un organismo di mediazione sito in un luogo irragionevolmente lontano, scollegato dalle parti della controversia e dal suo oggetto³⁰. Non vi è, quindi la possibilità di distinguere tra competenza derogabile e competenza funzionale, al pari di quanto fa il legislatore nel processo civile, perché quando le parti sono

²⁹ Con la precisazione che la Lombardia e la Sicilia hanno due Tribunali delle Imprese ciascuna a Milano, Brescia, Palermo e Catania mentre in Valle d'Aosta non ve n'è nessuno, essendo competente quello di Torino

³⁰ I pericoli di cui si accenna nel testo erano stati efficacemente illustrati da Lombardini, *Il nuovo assetto della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali alla luce del D.lgs. n. 28/2010 (Seconda parte)*, in *Studium Iuris*, n. 12/2010, p. 1259, ss. Già prima delle recenti modifiche era stato, comunque rilevato che i pericoli descritti nel testo potevano essere evitati da un'interpretazione attenta dell'art. 8, comma 5 (ora comma 4 bis) del D.lgs.n. 28/2010, secondo cui è sanzionata la mancata partecipazione al procedimento "senza giustificato motivo", il quale poteva essere fornito, per l'appunto, dal fatto di essere stati chiamati davanti ad un organismo troppo distante e sito in un luogo del tutto privo di collegamenti con la controversia; cfr: Armone, *La mediazione civile: il procedimento, la competenza, la proposta*, in *Le società*, n. 5/2010, p. 628. Rimaneva, tuttavia il pericolo, per la parte non comparsa, che il proponente chiedesse ed ottenesse dal mediatore la formulazione di una proposta, con le conseguenti ripercussioni sul regime della spese giudiziali.

d'accordo nello svolgere il tentativo davanti ad un organismo sito in un luogo diverso la funzione della norma viene meno, superata dalla volontà dei soggetti interessati.

L'interpretazione sopra proposta potrebbe, tuttavia, trovare un ostacolo sul piano normativo, almeno in materia condominiale, nel sopra menzionato art. 71 quater delle disposizioni attuative del Codice Civile. La lettera della norma potrebbe far pensare ad un caso di inderogabilità, con conseguente inammissibilità del tentativo proposto davanti ad un organismo sito in un luogo diverso da quello in cui si trova il condominio. Tuttavia, in questo modo, si arriverebbe ad individuare, per la mediazione, un caso di inderogabilità in una materia ove, invece, la competenza per territorio del Giudice è derogabile e l'incompetenza deve essere eccepita nell'atto di costituzione in giudizio. Si tratterebbe di una incomprensibile rigidità della disciplina sulla mediazione rispetto a quella del processo per cui si può seriamente dubitare che "a pena d'inammissibilità" voglia anche dire "inderogabilmente".

L'art. 71 quater delle disposizioni attuative al codice civile introduce un altro argomento problematico che è quello della possibilità per il mediatore o per l'organismo di dichiarare la propria incompetenza, rifiutandosi di svolgere il tentativo di mediazione. Ritengo che la soluzione più coerente sia negare tale possibilità perché né l'uno né l'altro sono dotati di poteri giurisdizionali o funzioni decisorie, di modo che non è possibile attribuirgli il compito di accertare se sussistano i presupposti di fatto o di diritto che fondano la competenza secondo le regole della procedura civile. Non mancano, a dire il vero, opinioni contrarie, secondo cui l'organismo dovrebbe rilevare la propria incompetenza e rifiutarsi di svolgere il tentativo, almeno nei casi in cui la parte chiamata non aderisce³¹. Tuttavia, questa soluzione presenta problemi forse insuperabili, legati in primo luogo al fatto che il mediatore non dispone degli strumenti necessari a compiere accertamenti, neppure limitatamente alla decisione sulla competenza. Si pensi, ad esempio, al caso in cui occorra appurare se una società abbia o meno la sua sede effettiva in un dato luogo o se un persona fisica abbia o meno concluso un certo contratto in veste di consumatore. Si tratta, in entrambe le ipotesi, di accertamenti di fatto che né il mediatore né l'organismo hanno la possibilità (né il potere) di compiere, per cui ogni decisione non può che essere demandata al Giudice nel successivo ed eventuale processo.

Ma anche ipotizzando che il mediatore o l'organismo possano rifiutarsi di condurre la mediazione, resterebbe da chiarire le conseguenze di tale improcedibilità sugli effetti della domanda. Nella mediazione, manca un istituto analogo a quello della riassunzione davanti al Giudice dichiarato competente o della traslatio iudicii tra Giudice ordinario e Giudice speciale, che permette di fare salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda originariamente proposta³². L'indispensabilità di tali meccanismi processuali³³, al fine di

³¹ Fanelli "Interferenze" ancor più qualificate tra mediazione e processi dopo il c.d. «decreto del fare» e la legge n. 98/2013, in *Judicium.it*, 2013, p. 13, ss, la quale, dopo aver esaminato le varie conseguenze ipotizzabili per la violazione delle regola sulla collocazione territoriale dell'organismo arriva a preferire la soluzione per cui l'organismo, se incompetente e se il chiamato non aderisce, deve astenersi dall'avviare la procedura. Sennonché, la procedura è avviata con la fissazione del primo incontro e la sua comunicazione alle parti, di modo che la tesi esposta dall'autrice si risolve, in pratica, in una pronuncia di inammissibilità o non perseguibilità della domanda che il mediatore dovrebbe emettere, probabilmente, al primo incontro, dopo aver constatato che il chiamato non è comparso. Ne conseguono, quindi, tutti i problemi esposti nel testo

³² Il problema non si pone tanto per l'interruzione della prescrizione perché la domanda presenta spesso (sebbene non

garantire il rispetto dei principi di cui agli artt. 24 e 111 Cost. è stata ribadita dalla giurisprudenza, sia della Corte di Cassazione³⁴ che della Consulta³⁵, fino ad estendere la *traslato iudicii* ai rapporti tra giurisdizione statale ed arbitrato³⁶. Vero è che, nel caso della mediazione, la parte proponente può sempre evitare la prescrizione o la decadenza proponendo la domanda giudiziale, (anche in contemporanea, visti i tempi generalmente molto rapidi della mediazione), ma allora non si capisce perché non si possa adottare la soluzione più semplice, secondo cui il mediatore dà atto a verbale del mancato successo del tentativo ed il Giudice decide la questione stabilendo, nel caso, la sua ripetizione.

In sostanza, si possono verificare quattro ipotesi. Se le parti svolgono il tentativo e, davanti al mediatore, raggiungono un accordo, questo sarà valido indipendentemente dal luogo in cui è stato concluso, cosa di cui, a dire il vero, sarebbe difficile dubitare. Ma a tale accordo si applicheranno anche le previsioni del D.lgs n. 28/2010, compresi i benefici fiscali e la possibilità di fargli acquistare efficacia di titolo esecutivo ai sensi dall'art. 12. Ciò vale sia per l'accordo sottoscritto e certificato dai difensori delle parti che per quello omologato dal Presidente del Tribunale il quale deve controllarne anche la regolarità formale ma non credo possa negare l'omologa ad un accordo regolare, concluso davanti ad un organismo accreditato, rispettoso delle norme imperative e dell'ordine pubblico, solo perché le parti hanno concordemente deciso di svolgere la mediazione in un circondario diverso da quello del giudice che sarebbe stato competente a conoscere la causa di merito. Vi è, poi, da considerare l'orientamento, sostanzialmente unanime, che si registra in materia di omologazione del lodo arbitrale ove si ritiene che il controllo formale che il Tribunale deve compiere perché la pronuncia acquisti efficacia esecutiva riguardi il lodo stesso e non si estenda alla violazione di norme del procedimento che ha portato alla sua adozione³⁷.

Quando, invece, l'accordo non viene raggiunto, se la parte chiamata in mediazione non si è presentata, non credo vi siano dubbi possibili perché la norma ha proprio lo scopo di evitare che il chiamato debba affrontare la mediazione in un luogo irragionevolmente lontano ed unilateralmente scelto dal proponente. Pertanto, in questo caso, il tentativo non si è validamente svolto, la parte non comparsa non può incorrere nelle conseguenze negative previste dall'art. 8, D.lgs n. 28/2010 per la mancata partecipazione ed il Giudice, se la mediazione è condizione di procedibilità, deve rinviare l'udienza

necessariamente) le caratteristiche di un atto di messa in mora del debitore, e, comunque, si potrebbe applicare analogicamente l'art. 2943 c.c. secondo cui l'atto introduttivo del giudizio interrompe la prescrizione anche se il Giudice è incompetente. Per la decadenza, invece, non vi sono questi possibili rimedi e, spesso, il termine è molto breve, come nel caso delle delibere condominiali che devono essere impugnate entro trenta giorni dalla loro adozione o dalla comunicazione al condomino che non abbia partecipato all'assemblea

³³ Oltre all'art. 50 c.p.c. in materia di competenza, il Legislatore è intervenuto a regolare i rapporti tra Giudici ordinari e Giudici speciali, prima con l'art. 59 della Legge 18/06/2009, n. 69 e, successivamente con l'art. 11 del D.lgs. 02/07/2010, n. 104 (codice del processo amministrativo).

³⁴ Cass. civ. Sez. Unite, 22-02-2007, n. 4109, in *Giur. It.*, 2007, 10, 2253, con nota di Turrone ed in *Urbanistica e Appalti*, 2007, 7, 817, con nota di Sigismondi

³⁵ Corte Cost. 12/03/2007, n. 77, in *Giur. It.*, 2007, 10, 2253 con nota di Turrone ed in *Riv. Dir. Proc.*, 2007, 6, 1591 con nota di Acone.

³⁶ Corte Cost. 19/07/2013, n. 223, in *Foro It.*, 2013, 10, 1, 2690 ed in *Corriere Giur.*, 2013, 8-9, 1107, con nota di Consolo, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, dell'articolo 819-ter, secondo comma, c.p.c. nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti all'articolo 50.

³⁷ Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, Vol. II, p. 119; Carpi, *Arbitrato*, in *Commentario diretto da F. Carpi*, Bologna, 2007, 492

ed assegnare alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda. La stessa conclusione deve, a mio avviso, essere valida per il caso in cui la parte chiamata compaia al primo incontro dichiarando di non voler proseguire nella mediazione perché promossa davanti ad un organismo che non rispetta la regola dell'art. 4 D.lgs 28/2010.

Se, invece, come quarta ed ultima ipotesi, la parte chiamata ha volontariamente partecipato alla mediazione ma questa non è andata a buon fine, non credo che il Giudice possa ritenere il tentativo privo di effetti, nemmeno, quando la competenza per territorio era individuata da una norma inderogabile nel processo civile. Come detto, l'art. 4 del D.lgs. n. 28/2010 non pone una regola di competenza in senso tecnico ma è dettata ad esclusiva protezione delle parti, che possono sempre liberamente derogarvi quando lo ritengono conforme ai loro interessi³⁸. Quindi la parte che ha volontariamente partecipato al tentativo di mediazione non può sostenerne la nullità, per incompetenza dell'organismo, nel successivo, eventuale processo, né il Giudice può rilevarla d'ufficio.

4) La mediazione obbligatoria per previsione negoziale e la tutela dei consumatori

Secondo quanto disposto dall'art. 5 , comma 5 del D.lgs n. 28 2010, le parti possono inserire clausole di conciliazione nei contratti, negli statuti o negli atti costitutivi producendo, così, gli stessi effetti di obbligatorietà che si hanno per le materie di cui al comma 1 bis del medesimo articolo o nei casi di mediazione delegata dal Giudice. Il tentativo va proposto davanti all'organismo individuato nella clausola od, in mancanza, davanti ad un organismo iscritto e nel rispetto del criterio territoriale sopra illustrato.

Le parti, pertanto, non solo possono obbligarsi contrattualmente a svolgere un tentativo di mediazione prima di adire le vie giudiziali ma possono, altresì, accordarsi sull'organismo davanti al quale proporlo. Anche su questo punto, tuttavia, non mancano alcuni problemi interpretativi. Un caso in cui la determinazione dell'organismo di mediazione per via contrattuale potrebbe essere invalida è quello dei contratti conclusi da consumatori, disciplinati dal D.lgs. 06 Settembre 2005, n. 206. Una clausola che imponesse lo svolgimento di un tentativo di mediazione presso un organismo sito in un luogo diverso da quello di residenza o domicilio elettivo del consumatore avrebbe grandi possibilità di essere giudicata vessatoria, secondo la disciplina degli articoli 33 e seguenti del Codice del Consumo. Non è possibile affrontare, in questa sede, tutte le questioni interpretative ed applicative che riguardano le norme suddette³⁹ salvo ricordare che, contrariamente all'art. 1341 c.c., non

³⁸ Si pensi ad un'opposizione a decreto ingiuntivo pendente davanti al Tribunale di Monza, nella quale le parti, decidano di svolgere il tentativo obbligatorio di mediazione presso un organismo di loro comune fiducia sito a Milano. In caso di fallimento della mediazione il Giudice dovrebbe considerare nullo il tentativo, perché nei casi di opposizione a decreto ingiuntivo la competenza è certamente inderogabile, con la paradossale conseguenza di rimettere davanti ad un organismo con sede a Monza quelle parti che per loro decisione avevano già svolto un tentativo di mediazione a Milano.

³⁹ Rispetto alle quali (e senza pretese di completezza) si vedano: G. De Nova. *Le clausole vessatorie*, Milano 1996, p. 15,ss; S. Patti, *Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore*, in *I contratti in generale*, I, a cura di Gabrielli E., in *Tratt. dei contratti*, diretto da Rescigno P. e Gabrielli E., II ed., Torino, 2006; AA. VV., *Clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, a cura di G. Alpa e S. Patti, in *Il codice civile, Commentario fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli*, Milano, 2003; AA. VV., *Consumatori e processo. La tutela degli interessi*

prevedono un'elencazione tassativa dei casi di vessatorietà ma una clausola generale (di discutibile formulazione e discussa interpretazione), seguita da un'elencazione di ipotesi in cui la natura vessatoria della clausola si presume. Il legislatore ha introdotto, con il foro del consumatore, un criterio di competenza esclusivo, che si sostituisce a quelli previsti dal Codice di Procedura Civile⁴⁰, di modo che quelle clausole che impongano al consumatore di recarsi in luoghi diversi dalla sua residenza o dal domicilio eletto per esercitare i propri diritti introducono un ingiustificato squilibrio nel rapporto contrattuale e sono considerate vessatorie. Questo principio è stato chiaramente espresso, dall'art 33, secondo comma, lettera u, del Codice del Consumo, con riferimento alla competenza per territorio del Giudice, ma credo possa estendersi anche alla mediazione in considerazione della funzione della norma, che è quella di rendere più accessibile la tutela giurisdizionale per il consumatore spostando alcuni oneri e costi in capo al professionista⁴¹. La vessatorietà andrà accertata caso per caso ed è dubbio che si possa estendere alla mediazione, la presunzione che assiste il consumatore nel caso di clausola sulla competenza del Giudice⁴². Ai sensi dell'art 34, comma 4 del Codice del Consumo, la clausola

collettivi dei consumatori, a cura di S. Chiarloni e P. Fiorio, Torino, 2005; AA. VV., *La vendita di beni di consumo*, a cura di R. Alessi, Milano, 2005; AA. VV., *Sei voci sul "Codice del consumo" italiano*, in *Contr. e impresa/Europa*, 2006; Bianca, *Il contratto*, in *Diritto civile*, III, 2a. ed., Milano, 2000, p. 373 ss.

⁴⁰ Cass. civ. Sez. Unite Ord., 01/10/2003, n. 14669, in *Foro It.*, 2003, 1, 3298, a seguito della quale si è sviluppata una giurisprudenza sostanzialmente unanime; si veda, ad es. Cass. civ. Sez. I Ordinanza, 25/09/2009, n. 20718 in *Mass. Giur. It.*, 2009; Cass. civ. Sez. VI, 18/09/2013, n. 21419 in *Banca dati Iuris Cedam*. In dottrina, De Nova, *Le clausole vessatorie*, cit, p. 27; Alpa – Patti, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, cit, p. 631, ss.

⁴¹ La Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 27/06/2000, da C. 240/98 a C. 244/98, in *Giur. It.*, 2001, 9 con nota di Torresi, ha affermato che una clausola "volta ad attribuire la competenza per tutte le controversie derivanti dal contratto al giudice del foro in cui si trova la sede del professionista, impone al consumatore l'obbligo di assoggettarsi alla competenza esclusiva di un tribunale che può essere lontano dal suo domicilio, il che può rendergli più difficoltosa la comparizione in giudizio. Nel caso di controversie di valore limitato, le spese di comparizione del consumatore potrebbero risultare dissuasive e indurlo a rinunciare a qualsiasi azione o difesa. Siffatta clausola rientra pertanto nella categoria di quelle che hanno lo scopo o l'effetto di sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali da parte del consumatore, categoria contemplata al punto 1, lett. q), dell'allegato della direttiva. Al contrario, tale clausola consente al professionista di concentrare tutto il contenzioso attinente alla sua attività professionale presso il tribunale nel cui foro si trova la sede di tale attività, il che agevola la sua comparizione in giudizio e, nel contempo, la rende meno onerosa. Ne discende che una clausola derogativa dalla competenza, inserita in un contratto concluso tra un consumatore ed un professionista senza essere stata oggetto di negoziato individuale e volta ad attribuire la competenza esclusiva al tribunale nel cui foro si trova la sede del professionista, deve essere considerata vessatoria ai sensi dell'art. 3 della direttiva se, in contrasto con il requisito della buona fede, determina a danno del consumatore un significativo squilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti derivanti dal contratto." Tale orientamento è stato espressamente richiamato e ribadito da Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 04/06/2009, C. n. 243/08, in *Foro It.*, 2009, 11, 4, 489. La Corte ritiene, quindi, che una clausola contrattuale che obblighi il consumatore a spostarsi in una sede diversa dalla sua residenza o dal suo domicilio per esercitare i suoi diritti giurisdizionali sia vessatoria, in particolare quando tali clausole siano introdotte dal professionista allo scopo di concentrare il contenzioso in un luogo solo, generalmente coincidente con la sua sede o domicilio. Vale la pena notare che l'allegato alla direttiva 05/04/1993, n. 93/13/CE non prevede come categoria in cui la vessatorietà è presunta il caso di deroga alla competenza territoriale dell'autorità giudiziaria, difatti l'inserimento della previsione di cui all'art. 33, secondo comma, lettera u del Codice del Consumo è, un'autonoma iniziativa del legislatore italiano. Poiché la questione che ha dato origine al rinvio alla Corte di Giustizia, riguardava una controversia svoltasi in Spagna, ove una analoga previsione non esiste, la Corte ha ricondotto l'illegittimità alla categoria prevista al punto 1, lettera q del suddetto allegato che sanziona le clausole contrattuali che hanno l'effetto di sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali o vie di ricorso del consumatore. Pertanto, lo stesso principio espresso dalla giurisprudenza comunitaria ben può applicarsi anche alla mediazione qualora essa sia condizione obbligatoria per l'esercizio dell'azione giurisdizionale, come nel caso del D.lgs n. 28/2010, sia nei casi in cui la controversia ricada nelle categorie di cui all'art. 5, comma 1 bis, sia nelle mediazioni delegate dal Giudice od in quelle nei casi in cui l'obbligatorietà derivi da una clausola negoziale.

⁴² La possibilità di estendere, per via analogica, i casi in cui la vessatorietà si presume è, controversa in dottrina; lo esclude Minervini, *Tutela del Consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, p. 177, a favore, invece, Bianca, *Il contratto*, cit., p. 382

sulla mediazione sarà, tuttavia, sempre valida qualora sia stata oggetto di trattativa individuale tra le parti.

L'invalidità che colpisce le clausole vessatorie è definita dal Codice del Consumo come una nullità di protezione, che opera solo a vantaggio del consumatore e che non può mai determinare la nullità di tutto il contratto. La vessatorietà di una clausola non può, quindi, essere invocata dal professionista ma è rilevabile d'ufficio dal Giudice, che, sotto questo profilo ha un preciso compito di ausilio al consumatore, parte debole del contratto, il quale potrebbe non essere sufficientemente informato e consapevole dei suoi diritti⁴³. Tuttavia, siccome l'invalidità opera solo a favore del consumatore, il Giudice non può dichiararla d'ufficio nel caso in cui il consumatore stesso abbia consapevolmente espresso la volontà di avvalersi della clausola invalida o, comunque, di non volerla caducare⁴⁴.

Oggi, a seguito dell'introduzione dell'assistenza legale obbligatoria, qualsiasi dubbio sul fatto che chi partecipa alla mediazione sia informato dei propri diritti dovrebbe essere superato. Comunque, è opportuno che il mediatore, qualora si trovi davanti una controversia ove il consumatore è stato chiamato in un luogo diverso dalla sua residenza o dal domicilio eletto, lo avvisi che il procedimento non è stato instaurato nella giusta sede, di modo che possa decidere con consapevolezza il da farsi. Se egli partecipa volontariamente non potrà sostenere la nullità del procedimento, né impugnando l'accordo, nel caso di successo del tentativo, né nel successivo giudizio di merito, in caso di suo fallimento, ed, a quel punto, il Giudice non dovrebbe rilevare l'eccezione d'ufficio.

5) L'assistenza tecnica in mediazione

Il rapporto tra mediazione obbligatoria e classe forense non è dei più felici. Gli avvocati hanno spesso messo in dubbio l'utilità dell'istituto, sia per le parti che per l'amministrazione della giustizia nel suo complesso e si sono sentiti, in

⁴³ la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 27/06/2000, da C. 240/98 a C. 244/98, cit., è molto chiara sul punto. Partendo dalla considerazione che *“il sistema di tutela istituito dalla direttiva è fondato sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative sia il grado di informazione”*, i Giudici lussemburghesi ritengono che *“l'obiettivo perseguito dall'art. 6 delle direttive, che obbliga gli Stati membri a prevedere che le clausole vessatorie non vincolino i consumatori, non potrebbe essere conseguito se questi ultimi fossero tenuti a eccepire essi stessi la illiceità di tali clausole.”* Pertanto, *“esiste un rischio non trascurabile che, soprattutto per ignoranza, il consumatore non faccia valere l'illiceità della clausola oppostagli. Ne discende che una tutela effettiva del consumatore può essere ottenuta solo se il giudice nazionale ha facoltà di valutare d'ufficio tale clausola.”* Conformi: Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 21/11/2002, C. n. 473/00; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 26/10/2006, C. n. 168/2005, in *Foro It.*, 2007, 7-8, 4, c. 373; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 04/06/2009, C. n. 243/08, cit. Nella giurisprudenza nazionale, ex pluribus: Cass. civ. Sez. III, 13/08/2010, n. 18672, in *Il caso.it*, 2012; Cass. civ. Sez. III, 23/02/2007, n. 4208, in *Mass Giur it.*, 2007.

⁴⁴ Cass. civ. Sez. VI - 3, Ord., 13-04-2012, n. 5933, in *CED Cassazione*, 2012. L'accettazione del consumatore di volersi avvalere della clausola deve rinvenirsi o nella trattativa individuale, che esclude la vessatorietà ai sensi dell'art 34, secondo comma, n. 4, D.lgs. 06/09/2005, n. 206, ovvero risultare in modo non equivoco, come nel caso in cui sia il consumatore a proporre azione davanti al Giudice diverso da quello individuato con i criteri di residenza o domicilio eletto, cfr.: Cass. civ. Sez. VI - 3, Ord., 10-07-2013, n. 17083, in *CED Cassazione*, 2013. Nella giurisprudenza comunitaria: Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 04/06/2009, C. n. 243/08, cit., la quale, dopo aver ribadito che il Giudice nazionale deve rilevare d'ufficio la natura abusiva di una clausola vessatoria, ha precisato che *“Nell'esecuzione di tale obbligo il giudice nazionale non deve tuttavia, in forza della direttiva, disapplicare la clausola in esame qualora il consumatore, dopo essere stato avvisato da detto giudice, non intenda invocarne la natura abusiva e non vincolante.”*

generale, poco valorizzati, se non velatamente avversati dal D.lgs n. 28/2010⁴⁵.

Per cercare di comporre, almeno parzialmente, il dissidio con l'avvocatura, il legislatore del 2013 è intervenuto in una duplice direzione, con norme, a dire il vero, non del tutto chiare nella loro portata e nei loro effetti. In primo luogo, modificando l'art. 16, comma 4 bis del D.lgs n. 28/2010, si è stabilito che tutti gli avvocati iscritti all'albo professionale siano di diritto mediatori. Si pongono, peraltro, alcuni problemi interpretativi perché il medesimo comma prevede anche che gli avvocati iscritti ad organismi di mediazione debbano essere *"adeguatamente formati in materia di mediazione e mantenere la propria preparazione con percorsi di aggiornamento teorico-pratici a ciò finalizzati, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 55-bis del codice deontologico forense."* Si deve, quindi, escludere che possano semplicemente iscriversi ad un organismo accreditato ed iniziare a svolgere la funzione di mediatore senza aver prima conseguito una adeguata preparazione professionale perché, così facendo, violerebbero il dettato della norma in esame e lo stesso art 55 bis del codice deontologico forense, il quale stabilisce che l'avvocato non possa assumere la funzione di mediatore in difetto di adeguata competenza. Il medesimo articolo dispone anche che tale funzione debba essere svolta rispettando gli obblighi imposti dalla normativa vigente e dai regolamenti dell'organismo, a meno che non contrastino con il codice deontologico forense. L'unico percorso formativo ad oggi previsto è quello del D.M. 18 Ottobre 2010 n. 180, che prevede una formazione di almeno cinquanta ore, articolata in corsi teorici e pratici, ed in una prova finale di valutazione, nonché un obbligo di aggiornamento professionale che si adempie frequentando almeno diciotto ore di formazione biennale ed assistendo ad almeno venti casi di mediazione come uditori. In assenza di diverse disposizioni sembra che sia questo il percorso formativo che anche gli avvocati devono seguire per rispettare l'art. 16, comma 4 bis del D.lgs n. 28/2010, fermo restando che si potranno prevedere percorsi differenziati in considerazione del fatto che, pur essendo obbligati a conseguire un'adeguata formazione, gli avvocati non devono ricevere alcuna abilitazione, essendo mediatori di diritto.

Le questioni più spinose sono poste, invece, dalla seconda linea d'intervento che il legislatore ha deciso di seguire in relazione al ruolo della classe forense in mediazione, e riguardano la presenza dei difensori delle parti nel procedimento. Il Decreto del fare ha imposto la difesa tecnica con due previsioni esplicite: nelle materie in cui la mediazione è condizione di procedibilità del processo, l'art. 5, comma 1 bis del D.lgs. n. 28/2010, prevede che la parte debba esperire il tentativo *"assistita da un avvocato"*, mentre l'art. 8, sempre a seguito delle recenti modifiche, dispone che *"al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato."* Le certezze, tuttavia, diminuiscono, quando, proseguendo la lettura del D.lgs. n. 28/2010, si arriva alla nuova formulazione dell'art. 12, secondo il quale *"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*

⁴⁵ Si veda il deliberato unitario dell'assise dell'avvocatura sulla riforma della giustizia e della professione forense tenutasi a Roma il 18 settembre 2010; il comunicato approvato dal CNF in seduta amministrativa in data 25 febbraio 2011; la circolare dello stesso CNF 18/C/2010 del 21 Giugno 2010 con dossier di documentazione redatto in pari data, tutti disponibili sul sito consigli nazionaleforense.it.

l'espropriazione forzata, 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". Ne deriva un dubbio interpretativo sulle conseguenze della mancata presenza dei difensori delle parti al tentativo di mediazione perché, se da un lato parrebbe che la stessa sia sempre necessaria, per la procedibilità della mediazione o, per lo meno, perché questa sia valida ai fini della procedibilità dell'eventuale futuro giudizio, dall'altro lato l'art. 12 sembra ammettere che la mediazione possa svolgersi anche senza i difensori, con la sola conseguenza che l'eventuale accordo non può avere efficacia di titolo esecutivo a meno di essere omologato con decreto del Presidente del Tribunale.

Dare un'interpretazione chiara delle norme sopra richiamate non è agevole. La circolare del Ministero della Giustizia del 27 Novembre 2013, risolve l'antinomia ritenendo che la difesa tecnica sia imposta solo nei casi di mediazione obbligatoria, di modo che le parti potrebbero promuovere e partecipare a procedure di mediazione volontaria anche senza la presenza dei difensori⁴⁶. Si tratta di un'opinione che, sebbene espressa nel lodevole tentativo di chiarire la portata dell'innovazione legislativa, ha già provocato una presa di posizione contraria da parte del Consiglio Nazionale Forense⁴⁷ e, soprattutto, non è risolutiva rispetto ai notevoli problemi che la disposizione, anche se così interpretata, solleva. Dal punto di vista teleologico è lecito chiedersi quale sia lo scopo dell'imposizione della difesa tecnica obbligatoria posto che la mediazione non è altro che una negoziazione, una trattativa contrattuale e volontaria con la quale si cerca di raggiungere una transazione. Affrontarla con un'adeguata assistenza è una precauzione quanto mai opportuna e, d'altronde, il ruolo dell'avvocato non si limita alla difesa tecnica ma è un fondamentale ausilio in materia stragiudiziale quando un cliente deve negoziare una transazione o scrivere un contratto. Tuttavia, l'ordinamento giuridico non impone l'assistenza legale alla parte che voglia disporre contrattualmente dei propri diritti, nemmeno quando si serve dello strumento transattivo di cui agli articoli 1965 e seguenti codice civile. La disposizione introdotta dal Decreto del Fare risulta, quindi, piuttosto difficile da armonizzare col sistema visto che le parti possono definire personalmente qualsiasi controversia per via transattiva, purché verta su diritti disponibili e lo facciano in una negoziazione diretta, ma devono obbligatoriamente farsi assistere da un difensore quando tale negoziato viene condotto alla presenza di un mediatore, terzo ed imparziale. Non credo che si possa trovare una giustificazione nel fatto che la legge attribuisce al mediatore il potere di formulare la proposta ai sensi dell'art. 11 del D.lgs. n. 28/2010. Se così fosse non si capirebbe perché la difesa tecnica non sia imposta anche nei procedimenti arbitrali, ove, gli arbitri sono investiti del potere di decidere la controversia, che ha un'incidenza sulla sfera giuridica delle parti certamente non paragonabile a quella del mediatore. Eppure, l'art.

⁴⁶ Ministero della Giustizia, circolare 27 Novembre 2013, prot. n. 168322, in *giustizia.it*.

⁴⁷ Consiglio Nazionale Forense, circolare n. 25-C del 06 Dicembre 2013, ove, al contrario di quanto ritenuto dal Ministero, si afferma che *"Tale obbligo, tuttavia, sembra riguardare ogni "modello" di mediazione, atteso che il testo normativo non fa distinzioni al riguardo."*

816 bis c.p.c. non impone alle parti in arbitrato quell'obbligo di difesa tecnica che il D.lgs. n. 28/2010 impone a quelle in mediazione (almeno nei casi in cui essa è obbligatoria). Vi sono, inoltre, una serie di problemi per armonizzare la previsione in esame con la normativa comunitaria. In primo luogo va considerato che la direttiva 2008/52/CE pone come proprio obiettivo primario l'accessibilità della tutela giurisdizionale⁴⁸ per mezzo di sistemi di ADR semplici e dal costo contenuto. Si consideri che in Europa, come in tutti i paesi sviluppati, i costi della giustizia sono, in massima parte, i costi dell'assistenza legale di modo che la recentissima direttiva 2013/11/UE del 21 Maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, dopo aver ribadito gli obiettivi di accessibilità ed economicità, vieta espressamente agli Stati membri dell'Unione di imporre l'obbligo dell'assistenza legale nelle procedure di ADR che rientrano nel campo di applicazione della direttiva stessa⁴⁹.

Altrettanti dubbi sussistono in merito ai rapporti tra obbligatorietà della difesa tecnica nel procedimento di mediazione e normativa nazionale. La presenza dei difensori non è imposta nelle conciliazioni obbligatorie in materia di telecomunicazioni, di cui alla legge 31 luglio 1997, n. 249, né in quelle relative ai rapporti di subfornitura previste dalla legge 18 Giugno 1998, n. 192., con la conseguenza che il D.lgs n. 28/2010 potrebbe essere oggetto di una questione d'illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost. e del principio di parità di trattamento ivi stabilito.

Al di là di tutte le considerazioni sopra svolte, credo sia opportuno valutare le ragioni che impongono la presenza dei difensori nel processo civile, in rapporto alla natura ed alle caratteristiche peculiari della mediazione. Dottrina e giurisprudenza hanno chiarito che l'obbligo del patrocinio deriva dalla necessità di assicurare il diritto di difesa, sancito dall'art. 24 della Costituzione, in rapporto al tecnicismo del processo ed all'attività di soluzione della controversia che ivi si svolge.⁵⁰ Secondo un'autorevole opinione, tale obbligo non deriva solo dalla necessità di proteggere i diritti delle parti ma anche da interessi legati al buon funzionamento del sistema giudiziario, che imporrebbero di interporre un filtro di natura tecnica tra l'animosità del conflitto ed il Giudice, il quale sarebbe chiamato a decidere anche partendo

⁴⁸ Si veda il secondo considerando della direttiva 2008/52/CE ed il tredicesimo considerando della stessa, nel quale si legge che *“la mediazione di cui alla presente direttiva dovrebbe essere un procedimento di volontaria giurisdizione nel senso che le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento.”* Si veda anche il quarto considerando della direttiva 2013/11/UE secondo il quale *“è opportuno che i consumatori traggano vantaggio dall'accesso a mezzi facili, efficaci, rapidi e a basso costo per risolvere le controversie nazionali e transfrontaliere derivanti da contratti di vendita o di servizi, in modo da rafforzare la loro fiducia nel mercato. Tale accesso dovrebbe valere sia per le operazioni online che per quelle offline, soprattutto se i consumatori acquistano oltre confine.”* Porre l'accesso alla giustizia come obiettivo primario della legislazione europea è coerente con quanto contenuto nel libro verde della Commissione delle Comunità Europee del 2002, sui metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale.

⁴⁹ DIR. 2013/11/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, art. 8, lettera b), secondo cui *“le parti hanno accesso alla procedura senza essere obbligate a ricorrere a un avvocato o consulente legale, senza che la procedura precluda alle parti il loro diritto di ricorrere al parere di un soggetto indipendente o di essere rappresentate o assistite da terzi in qualsiasi fase della procedura”*. La direttiva dovrà essere recepita dagli Stati membri dell'unione entro il 09 Luglio 2015.

⁵⁰ Mandrioli, *Diritto processuale civile*, Cit, I, p. 375. Sull'obbligo del patrocinio in generale si veda: Satta, *Avvocato (procuratore)*, in *Enciclopedia del Diritto*, IV, Milano, 1959, p. 649 ss., Pezzano, *Patrocinio (nozioni generali)*, in *Enciclopedia del diritto* XXXII, Milano, 1982, p. 430 ss.; Punzi, *La difesa nel processo civile e l'assetto dell'avvocatura in Italia*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, p. 813

dalle proposte di soluzione tecnico giuridica della controversia che i difensori argomentano davanti a lui in contraddittorio⁵¹.

Il procedimento di mediazione, tuttavia, non possiede i tecnicismi del processo mentre il mediatore non è un giudice e non è chiamato ad imporre alle parti una soluzione elaborata secondo la scienza giuridica. Gli avvocati non hanno il compito, come nel processo, di proporre le loro ipotesi di soluzione giuridica della controversia, di modo che il loro ruolo in mediazione non è quello di un difensore quanto, piuttosto, di un consulente della parte impegnata in trattative stragiudiziali. La scelta operata dal legislatore d'imporre questa consulenza in tutti i procedimenti di mediazione ex D.lgs. n. 28/2010 (od almeno in quelli in cui la mediazione è obbligatoria), in deroga ai principi generali sui contratti e sulla capacità d'agire, può essere approvata o meno ma si evince piuttosto chiaramente dalle nuove disposizioni. Ciò che, tuttavia, va chiarito è che, citando una illustre dottrina, se la giustizia delle decisioni "è meglio assicurata quando il Giudice ha davanti a se non solo il grezzo scontro tra i privati contendenti ma anche le divergenti proposte di risoluzione della controversia che i difensori argomentano con tecnica giuridica"⁵², il mediatore, al contrario, ha bisogno di entrare in quel "grezzo scontro", di conoscerne appieno le ragioni, gli interessi ad esso sottesi e perfino la carica emozionale che ciascuna delle parti porta con se. Pertanto, pur ammettendo l'obbligatorietà dell'assistenza tecnica, è, non di meno, indispensabile che la disposizione dell'art. 8, comma primo del D.lgs. n. 28/2010, secondo cui "al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato" sia compresa ed applicata integralmente, richiedendo sia la presenza del difensore che, soprattutto, quella personale delle parti. La consulenza legale è utile ma non può interporre un filtro tra il mediatore ed il conflitto allo stesso modo in cui il difensore lo interpone tra il Giudice e la parte della controversia giudiziale in quanto la mediazione ha caratteristiche ed esigenze diverse e non si può rischiare di snaturarne la natura o rendere impossibile il perseguimento dei suoi obiettivi.

6) Il primo incontro col mediatore

Secondo quanto previsto dall'art. 8, comma 1 del D.lgs n. 28/2010, "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." La norma prevede, quindi, una fase preliminare, distinta dal procedimento di mediazione vero e proprio, nella quale il mediatore non cerca di favorire la risoluzione della controversia ma svolge un ruolo informativo sulle modalità della procedura e sulla funzione dell'istituto, indagando poi, assieme alle parti, se esistono condizioni tali da permettere d'iniziare la mediazione. Si tratta di una novità che presenta alcuni vantaggi ma anche qualche rischio. Il vantaggio è quello di costituire un primo momento di contatto tra le parti ed il mediatore a costo estremamente contenuto, in quanto sono dovute, da

⁵¹ Montesano, Arieta, *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2001, I, 1, p. 520

⁵² Montesano, Arieta, *ibidem*.

ciascuna parte, le sole spese di avvio del procedimento⁵³. Questo dovrebbe far aumentare la partecipazione al primo incontro e ridurre i casi di mancata comparizione che erano assai frequenti sotto la vecchia disciplina⁵⁴. La norma dà anche la possibilità al mediatore d'illustrare bene alle parti la natura della mediazione e le possibilità che essa offre, colmando un deficit di informazione che ancora persiste nei confronti di un istituto d'importazione anglosassone, piuttosto alieno alla mentalità degli operatori nazionali del diritto. Tuttavia, il maggiore ostacolo che il mediatore dovrà affrontare sarà, probabilmente quello di vincere lo scetticismo delle parti che, in sostanza, consiste in una certa diffusa difficoltà a credere che la tutela dei propri diritti possa essere ottenuta senza ricorrere a sistemi aggiudicativi, basati sull'autorità statale di un Giudice o su quella che volontariamente si conferisce ad un arbitro. Questo rappresenta il maggiore pericolo di una situazione nella quale il mediatore dovrà, prima di tutto, convincere le parti sull'utilità, almeno potenziale, dello strumento per guadagnare il loro "commitment to mediate"⁵⁵. Se non si raggiungerà una maggiore consapevolezza delle potenzialità della mediazione, la reintrodotta obbligatorietà rischia di trasformarsi in un vuoto rito nel quale la parte proponente paga quaranta euro ed il suo avvocato (od, addirittura il domiciliatario, delegato via fax) dichiara che non vi sono le condizioni per esperire il tentativo, con il vero ed unico obiettivo di avverare la condizione di procedibilità dell'azione giudiziale. L'ipotesi alternativa per contrastare questo possibile approccio distorto alla mediazione sarebbe quella di considerare che la partecipazione delle parti al procedimento cominci dopo il primo incontro preliminare e, cioè, dopo la fase informativa di cui all'art. 8, comma 1 del D.lgs n. 28/2010. Il Giudice è obbligato, per espressa previsione dell'art 5, comma 2 bis, a considerare avverata la condizione di procedibilità con lo svolgimento del primo incontro ma potrebbe valutare il comportamento della parte che decida di non proseguire come rilevante per l'applicazione dell'art. 8, comma 4 bis dello stesso Decreto legislativo, con i conseguenti effetti in tema di argomenti di prova desumibili e condanna alla sanzione pecuniaria.

Fermo restando che questa interpretazione dovrà passare, eventualmente, al vaglio della giurisprudenza è, comunque opportuno che il mediatore, pur senza chiedere né trascrivere le motivazioni delle parti, metta a verbale quale di esse si dimostra disposta a proseguire nella mediazione e quale no. In questo modo ciascuno possa assumersi le proprie responsabilità, nell'eventuale e successivo processo, in merito alla sua disponibilità a cercare una soluzione transattiva.

7) L'accordo conclusivo

⁵³ Le spese del procedimento sono attualmente fissate a 40 Euro più iva, per ciascuna parte e devono essere versate per partecipare al primo incontro. Difatti, sebbene l'art. 7, comma 5 ter, del D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, introdotto dall'art.84, comma 1, lett. p), n.2) del decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, preveda che "nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione", la circolare del Ministero della Giustizia del 27 Novembre 2013 ha chiarito che per compenso s'intende quello dovuto al mediatore per la sua attività e non le spese di avvio del procedimento, che sono dovute anche per partecipare al primo incontro.

⁵⁴ Secondo le statistiche del Ministero della Giustizia, il chiamato non aderiva in circa due casi su tre.

⁵⁵ Su questi argomenti, vi è una ricca letteratura americana che chi scrive non pretende certo di conoscere, se non per sommi capi. Si possono comunque consultare: Schein, *Process consultation: its role in organization development*, Addison-Wesley, 1969, p. 81, ss; W. Moore, *The mediation process*, Jossey-Bass, 2003, p. 95, ss. Nella letteratura italiana, in merito alla fase preparatoria del procedimento di mediazione: De Palo, D'Urso, Golann, *Manuale del mediatore professionista*, Milano, 2010, p. 63 ss.

Se la mediazione ha successo le parti redigono un accordo scritto che è allegato al verbale dell'incontro conclusivo. Com'è noto, ai sensi dell'art. 17, comma 3 del D.lgs n. 28/2010, il verbale contenente l'accordo è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di cinquantamila euro, altrimenti l'imposta è dovuta sulla parte eccedente.

L'accordo avrà solitamente natura transattiva ma può possedere anche i caratteri del negozio di accertamento o della semplice rinuncia ad un diritto. Il Decreto del fare ha risolto un problema pratico di non scarsa rilevanza in merito all'impossibilità di trascrivere nei registri immobiliari l'accordo che accerta l'acquisto della proprietà per usucapione. La questione sorgeva dal fatto che l'art. 2643 c.c. non prevedeva la trascrizione di un atto che, senza trasferire la proprietà od altro diritto reale su di un bene immobile, ne accertasse l'avvenuto acquisto a titolo originario. Tale impossibilità era confermata dall'art. 2651 c.c., il quale prevede la trascrizione delle sentenze, ma non degli atti negoziali, che accertano gli acquisti di proprietà per usucapione. Di conseguenza, numerosi Conservatori dei Registri immobiliari si erano rifiutati di trascrivere i verbali di conciliazione contenenti riconoscimenti del diritto di proprietà per usucapione ed i Tribunali, aditi in sede di reclamo, avevano confermato la correttezza del loro operato⁵⁶. L'impossibilità di accertare l'avvenuta usucapione per mezzo del verbale di conciliazione o, comunque, di trascriverlo, aveva portato parte della giurisprudenza a ritenere non obbligatorio il tentativo di mediazione in questi casi, sebbene si trattasse di materia immobiliare, rientrando nella previsione dell'art. 5, comma 1, del D.lgs. n. 28/2010⁵⁷.

Il Decreto del fare ha novellato l'art. 2643 c.c., inserendovi il numero 12) bis, secondo cui si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione "*gli accordi di mediazione che accertano l'usucapione con la sottoscrizione del processo verbale autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.*" Non vi è, quindi, alcun'ostacolo a risolvere in via di mediazione le controversie, affatto rare, nelle quali occorre accertare l'avvenuta usucapione di un bene immobile a favore di una delle parti.

Normalmente gli accordi derivanti dalla mediazione sono spontaneamente adempiuti e la necessità di portarli ad esecuzione forzata è davvero poco frequente. Ciò nonostante il D.lgs n. 28/2010 gli attribuisce, opportunamente, efficacia esecutiva per l'espropriazione forzata, l'esecuzione in forma specifica e l'iscrizione d'ipoteca giudiziale.

Nella vecchia versione del Decreto legislativo, l'efficacia esecutiva veniva conseguita attraverso l'omologa del Presidente del Tribunale del luogo in cui aveva sede l'organismo di mediazione. Il Decreto del fare ha dato alle parti la possibilità di saltare questo passaggio, nel caso in cui siano state tutte assistite dai difensori e se questi ultimi sottoscrivono l'accordo assieme a loro. In entrambi i casi, sia il giudice che i difensori, devono attestare che l'accordo

⁵⁶ Trib. Catania Sez. I, Decr., 24-02-2012, in *Il caso.it*, 2012 (con tanto di condanna del reclamante al risarcimento delle spese processuali a favore della Conservatoria); Trib. Roma, 08/02/2012, *ibidem*, 2012, il quale ha stabilito che, di conseguenza, quando tutte le parti erano già d'accordo potevano adire direttamente il Tribunale per ottenere una sentenza di accertamento dell'intervenuta usucapione, senza prima esperire il tentativo di mediazione; Trib. Roma Sez. V, 22/07/2011, in *Notariato*, 2012, 2, 136 nota di Troisi e Salito ed in *Il corriere del merito*, n. 3/2012, p. 255 e ss., con nota di Di Marco

⁵⁷ Trib. Varese, 20/12/2011, in *Il caso.it* 2012; contra: Trib. Como, 02/02/2012, *ibidem*, il quale ha ritenuto che il verbale di conciliazione trasferisse la proprietà del bene a titolo derivativo e che fosse, di conseguenza; trascrivibile; Trib. Palermo Bagheria, 30/12/2011, in *Corriere del Merito*, 2012, 5, 465, con nota di Scarantino

rispetta le norme imperative e l'ordine pubblico. Sembra, quindi, che il controllo da effettuare sulla raggiunta transazione sia molto vasto e non si limiti ad escludere l'invalidità del contratto per le cause di cui all'art. 1418 c.c., ma debba accertare qualsiasi contrarietà a norme imperative di legge, anche nei casi in cui essa non produce nullità. Si tratta, in sostanza, di ipotesi in cui l'ordinamento prevede una reazione alla violazione di norme imperative diversa dalla nullità dell'accordo sul piano civilistico⁵⁸.

Si possono, quindi, ipotizzare casi nei quali la transazione sia valida ma produca responsabilità a carico degli avvocati che non hanno individuato la sua contrarietà a norme imperative; a meno che non si voglia interpretare l'art. 12 del D.lgs. n. 28/2010 nel senso di ritenere che esso neghi la possibilità di acquistare efficacia esecutiva agli accordi che contrastino con norme imperative, anche quando non ne consegue la loro nullità. In questo modo, tuttavia, avremmo transazioni perfettamente vincolanti dal punto di vista civilistico (benché, ad esempio fonti di responsabilità amministrativa o tributaria) ma che non costituirebbero valido titolo per l'espropriazione forzata e, quindi, sarebbero soggette ad opposizione in sede esecutiva. Difficile dare una soluzione a questo problema benché la risposta forse più convincente sia quella di conservare la coincidenza tra la validità della transazione e la sua efficacia.

In base alla considerazioni sopra svolte, è lecito pensare che, almeno nei casi dubbi, le parti ed i loro difensori preferiranno affidarsi all'autorità del Presidente del Tribunale competente per far acquistare all'accordo efficacia esecutiva. Tuttavia è bene chiarire che l'omologa, non trasforma l'accordo negoziale in un titolo esecutivo giudiziale né, tanto meno, gli conferisce gli effetti e la stabilità propri del giudicato. La transazione che conclude il procedimento di mediazione, anche se omologata, resta un titolo stragiudiziale, soggetto alle impugnative negoziali⁵⁹. Per questo motivo, le parti, e soprattutto

⁵⁸ Ad esempio, Cass. civ. Sez. II, 31/01/2011, n. 2187, in *CED Cassazione* 2011, per il caso di un edificio costruito in difformità urbanistica parziale che non riguardava aspetti sostanziali del manufatto; Cass. civ. Sez. III, 05/04/2003, n. 5372, in *Giur. It.*, 2004, 1624, con nota di Canfora, per il caso di un fondo agricolo acquistato con i benefici della legge 26 maggio 1965 n. 590 ed alienato prima che fossero trascorsi dieci anni, in violazione della medesima legge; Cass. civ. Sez. V, 29/07/2011, n. 16663, in *Fisco on line* 2011, per un caso di contratto concluso all'interno di una fattispecie di frode fiscale. Vi sono anche i casi in cui la violazione di norme imperative, anche di carattere penale, produce non la nullità ma l'annullabilità del contratto, come nella controversia decisa da Cass. civ. Sez. VI Ordinanza, 14/12/2010, n. 25222, in *CED Cassazione* 2010, nella quale il venditore sosteneva di essere stato indotto a cedere un immobile a seguito di minacce da parte di un usuraio, o come nel caso di contratto integrante gli estremi del reato di truffa, che una consolidata giurisprudenza ritiene annullabile, come ribadito da Cass. civ. Sez. II, 31-03-2011, n. 7468, in *CED Cassazione*, 2011 e da Cass. civ. Sez. II Sent., 26-05-2008, n. 13566, in *Mass. Giur. It.*, 2008. Vale poi la pena di ricordare l'orientamento ribadito da Cass. civ. Sez. Unite, 19/12/2007, n. 26724, in *Danno e Resp.*, 2008, 5, 525, con note di Roppo e, Bonaccorsi, secondo cui la norma inderogabile deve attenere alla validità del contratto e non al comportamento richiesto dalle parti nella fase delle trattative o dell'adempimento. Non è certo possibile affrontare, in questa sede, il tema della nullità virtuale, che è una delle classiche questioni in cui si cimenta la dottrina civilista. Basti dire che il problema di individuare quando la violazione di una norma imperativa produca nullità dell'accordo è reso ancora più complicato dalla crescente proliferazione di norme imperative in svariati settori del diritto e dalla difficoltà di elaborare criteri sicuri in base ai quali identificare i casi di nullità. Non sempre la previsione di una conseguenza diversa la esclude, dovendosi accertare se l'esigenza perseguita dal legislatore mediante l'introduzione della norma imperativa sia compiutamente soddisfatta dalla previsione della diversa sanzione. In dottrina, sempre senza nessuna pretesa di completezza, si vedano: Mantovani, *La nullità ed il contratto nullo*, in *Trattato del contratto diretto da Vincenzo Roppo*, Milano, 2006, IV, 1, p. 37, ss.; D'Amico, *Il nuovo diritto dei contratti*, a cura di Di Marzio, Milano, 2004, p. 73 ss.; Di Majo, *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato diretto da M. Bessone*, Torino, 2002, XIII, 7, 83; Bianca, *Diritto civile*, cit., p. 617 ss.; Galgano, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1999, II, 1, p. 295 ss.; De Nova, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 436; G.B. Ferri, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 163

⁵⁹ Come chiarito da Carnevali, *La nuova mediazione civile*, in *I contratti*, 5/2010, p. 538 e da Bove, *La riforma in*

i loro difensori, dovranno prestare un'attenzione particolare alla redazione dell'accordo conclusivo, anche quando hanno l'intenzione di chiedere l'omologazione al Presidente del Tribunale. Si tratta dell'ultima fase del procedimento di mediazione e vi è il rischio che, quando la trattativa è stata lunga e difficile, le parti possano tralasciarne alcuni aspetti per stanchezza o mancanza di tempo. Sebbene la mediazione punti a raggiungere una composizione degli interessi in gioco condivisa e ritenuta accettabile, cosa che dovrebbe rendere spontaneo l'adempimento, un accordo adeguatamente redatto assicura una positiva fase di attuazione, mettendo sia le parti che i professionisti che le assistono al sicuro da spiacevoli sorprese.

La Nuova Procedura Civile