

---

**ISTITUTI DI PROCEDURA CIVILE**

---

**La mediazione civile e commerciale: cos'è e come funziona**

Voce di **Alessandra MEI**

**Sommario:** 1. Introduzione - 2. Funzioni, peculiarità e vantaggi dell'istituto - 3. La competenza territoriale nel procedimento mediatorio - 4. Ambito di applicazione dell'istituto - 5. I diversi modelli di mediazione con riferimento all'attività svolta dal mediatore: - 5.1 La cd. mediazione facilitativa - 5.2. La cd. mediazione valutativa e gli effetti della mancata accettazione della proposta - 6. Ulteriori sanzioni conseguenti alla mancata partecipazione della parte alla mediazione 7 I diversi modelli di mediazione civile: schema semplificato del procedimento - 8. La mediazione e i rapporti con il processo: - 8.1 La mediazione cd obbligatoria : ambiti di applicazione ed esclusione - 8.2. La cd mediazione delegata dal giudice la cd mediazione volontaria - 8.3 Procedimenti esenti dalla mediazione

**1. Introduzione:**

La "mediazione" è stata introdotta dal Governo con il d.lgs. 28/10 in esecuzione della legge delega conferitagli dal Parlamento all'art. 60 della legge 69/09 nonché in attuazione della direttiva n. 52/2008<sup>1</sup> dell'U.E. Tra le disposizioni contenute nel d.lgs. 28/10 e non contemplate nella legge delega vi era la cd mediazione obbligatoria<sup>2</sup> che portò, poco dopo, ad una sentenza<sup>3</sup> di incostituzionalità (272/2012) dell'art. 5 d.lgs. 28/10 per eccesso di delega con rif. all'art. 76 Cost.

---

<sup>1</sup> Per approfondimenti sulle 'origini' del d.lgs. 28/10 si vedano: il manuale di M. Ferrari e Zaira Pagliara "Mediazione civile e Tributaria a confronto", Ad Maiora 2016, cap. 1; Mauro Bove in "La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali", Cedam 2011, cap 1.

<sup>2</sup> Rif. art 5. D.lgs 28/10

<sup>3</sup> Rif. sentenza Corte cost 272 del 6.12.2012, pubblicata in G.U. il 12.12.2012

A cavallo tra la emanazione della sentenza e prima della sua pubblicazione in G.U, il legislatore ha pensato bene di far rientrare dalla finestra ciò che a breve sarebbe stato cancellato sebbene limitatamente alla materia condominiale<sup>4</sup> e con delle peculiarità<sup>5</sup> rispetto all'art 5. d.lgs. 28/10 che, poco dopo, sono state trasposte con un ambito oggettivo più esteso dal cd. decreto del fare<sup>6</sup> all'art. 5 co. 1 bis d.lgs. 28/10 e con delle ulteriori modifiche rispetto alla disposizione precedente. Invero, come rilevato dalla dottrina<sup>7</sup>, le modifiche più significative introdotte da quest'ultimo possono schematicamente riassumersi nei seguenti punti:

- 1) con riferimento all'ambito delle controversie mediabili: eliminazione di quelle vertenti in materia di risarcimento del danno derivante da circolazione stradale e navale mentre è stata introdotta, accanto alla materia risarcitoria derivante da responsabilità medica<sup>8</sup> anche quella sanitaria;
- 2) introduzione della assistenza legale obbligatoria delle parti nei procedimenti mediatori in cui la mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziaria;
- 3) introduzione di disposizioni regolanti la cd. competenza territoriale mediatrice;
- 4) riduzione del termine di durata<sup>9</sup> massima del procedimento mediatorio a 3 mesi;
- 5) gratuità del primo incontro, salvi i diritti di segreteria comunque dovuti.

---

<sup>4</sup> Rif. alla legge 220 dell'11.12.2012 pubblicata in G.U. 293 del 17.12.2012

<sup>5</sup> Rif. al criterio di competenza territoriale delle mediazioni che viene sin da allora individuato nel circondario in cui ha sede il Tribunale nel quale è sito il condominio

<sup>6</sup> Rif. d.l. 68/13 convertito con modifiche dalla legge 98/13

<sup>7</sup> Rif. articolo di Alessandra Mei "La mediazione civile e commerciale in Italia dal d.lgs. 28/10 alle modifiche apportate dalla legge di conversione del d.l. 69/13 all'istituto medesimo" pubblicato il 14.10.2013 su La Nuova procedura civile, 4, 2013.

<sup>8</sup> Con rif. alle controversie risarcitorie derivanti da responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie, la [legge 24/2017](#) (pubblicata in G.U. n. 64 del 17.3.2017) all'art. 8 ha introdotto un diverso procedimento ADR, quello della c.t.p. ex art 696 bis c.p.c., lasciando comunque l'istituto della mediazione civile ex art 5 co. 1 bis d.lgs 28/10 come una alternativa al predetto. Per approfondimenti sul punto si vedano: articolo di Alessandra Mei, "Responsabilità sanitaria e risoluzione stragiudiziale, dopo la c.d. riforma Gelli approvata in via definitiva", pubblicato il 3.3.2017 in La Nuova Procedura Civile, 2,2017, articolo di Roberto Francesco Iannone "La responsabilità medica dopo la riforma Gelli" del 6.3.2017, in La Nuova procedura civile, 2,2017 nonché Viola, La nuova responsabilità sanitaria, Milano, 2017.

<sup>9</sup> Con riferimento alla durata si ricordi che nel testo precedente era previsto un termine di durata del procedimento stragiudiziale di 4 mesi

## 2. Funzioni, peculiarità e vantaggi dell'istituto:

L'art. 1 let. a) del d.lgs. 28/10 definisce la mediazione come l'attività svolta da un mediatore professionale<sup>10</sup>, terzo ed imparziale rispetto alle parti, volta a far emergere gli interessi economici delle parti medesime al fine di addivenire alla conciliazione. Quest'ultima, infatti, è il fine cui tende la mediazione che, come evidenziato dalla dottrina<sup>11</sup>, può essere di tipo facilitativo (se l'attività del mediatore si limita a facilitare la riapertura della comunicazione tra le parti aiutandole a trovare esse stesse una soluzione al problema) o valutativo. Nella prima ipotesi la conciliazione si esplicherà in un **accordo amichevole** proveniente dalle parti medesime, nella seconda **nell'adesione della parti ad una proposta** formulata dal mediatore.

L'istituto della mediazione sin dalla sua introduzione non ha mai precluso l'accesso alla giustizia statale ma semplicemente ritardato tale momento di un termine ritenuto ragionevole e accettabile anche dalla Corte di giustizia Europea<sup>12</sup> giacché se le parti non riescono ad addivenire ad una risoluzione stragiudiziale della lite potranno ricorrere all'A.G. per la tutela dei loro diritti anche se non possiamo dire senza sanzioni. Invero ai sensi dell'art. 13 d.lgs. 28/10 chi non accetta una proposta formulata dal mediatore che, all'esito del giudizio, si rivela equivalente alla sentenza del giudice incorrerà

---

<sup>10</sup> La professionalità è regolamentata dal d.m. 180/10 come modificato dal d.m. 145/11 e prescrive una formazione specifica della durata di 50 ore di carattere teorico-pratica certificata da un attestato di partecipazione ad un corso tenuto da formatori debitamente autorizzati e iscritti al registro degli enti di formazione presso il Ministero di Giustizia nonché il superamento di un esame finale di carattere teorico - pratico. Ai sensi dell'ultima novella introdotta con il d.m. 145/2011 è stato introdotto un obbligo di tirocinio assistito nel biennio di aggiornamento in cui ciascun mediatore, per conservare la propria qualifica dovrà dimostrare di aver partecipato, in forma di tirocinio assistito almeno a venti procedure di mediazione. Ai sensi dell'art. 17 del citato decreto ministeriale coloro i quali si sono formati sotto la vigenza dei precedenti d.m. 222/04 223/04 dovranno integrare la loro formazione con 10 ore aggiunte nel termine di sei mesi dall'entrata in vigore del presente decreto attuativo ovvero dovranno attestare di aver svolto minimo 20 mediazioni di cui almeno 5 concluse con successo.

Successivamente il d.m. 139/2014, tra le altre modifiche, ha sancito un divieto per i mediatori di poter essere parti o rappresentare parti presso gli organismi nei quali esercitano la funzione di mediatori.

<sup>11</sup> Rif. Antonio Gerardo Diana "Manuale della nuova mediazione e conciliazione giudiziale obbligatoria e facoltativa" (a cura di Cosimo Maria ferri), Cedam 2014, cap. 3; AA.VV in " la mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali" (a cura di Mauro Bove), Cedam 2011.

<sup>12</sup> Corte Giust. Europea 18 marzo 2010 n. 318/08 in <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&jur=C,T,F&num=318/08&td=ALL>

in gravi sanzioni giacché anche se il giudice gli darà ragione lo condannerà a rifondere in favore del soccombente le spese per non aver accettato la proposta nonché a versare una somma pari al contributo unificato in favore dell'erario. Ed invero (il fine giustifica i mezzi), il proposito auspicato dal sistema della media conciliazione consisteva nell'evitare quasi ad ogni costo giudizi inutili. Infatti, un giudizio che attribuisce lo stesso risultato che la parte avrebbe potuto ottenere accettando la proposta del mediatore è "inutile" e quindi da evitarsi in quanto non dovrebbero spendersi denari pubblici per impegnare risorse umane in affari che, come dimostrato, avrebbero potuto comporsi bonariamente con lo strumento della conciliazione.

Ed invero, come osservato dalla Corte di Giustizia, è legittimo l'inserimento di un onere per l'esercizio del diritto di adire la giustizia (art. 24 Cost.) quando ciò è dettato a tutela di un superiore interesse generale al buon andamento della giustizia statale.

Invero, come già detto, il decreto legislativo 28/10 nasce come soluzione alternativa al contenzioso e, per educare gli italiani alla cultura mediatrice e dei sistemi A.D.R. è stata introdotta la cd mediazione obbligatoria nelle materie di cui all'originario art. 5 del suddetto decreto e, successivamente alla sentenza 272/12 dei giudici di legittimità costituzionale in quelle contenute ex art. 5 co. 1 bis d.lgs. 28/10 la cui obbligatorietà salvo proroghe scadrà il 4° anno successivo alla entrata in vigore della legge di conversione del decreto del fare<sup>13</sup>.

La "mediazione", anche dopo le modifiche introdotte dal decreto del fare, è rimasta l'attività messa in opera dal mediatore professionista finalizzata ad aiutare le parti a trovare un accordo abbassando il tono con riferimento alla cd mediazione valutativa che diviene una mera eventualità. Restano invece ferme, le disposizioni afferenti la figura del mediatore e della conciliazione.

I vantaggi della procedura mediatrice sono molteplici e possono schematicamente riassumersi come segue:

- 1) celerità del procedimento con un risultato che ha la stessa efficacia di una decisione giudiziaria: ciò consentirà alle parti un notevole risparmio

---

<sup>13</sup> Rif. al d.l.69/13 convertito con modifiche dalla legge 98/13

di tempo e denaro poiché l'accordo eventualmente raggiunto viene concluso in un termine non superiore a 3 mesi e con costi notevolmente minori rispetto a quelli di un contenzioso giudiziario;

2) riconoscimento di importanti benefici fiscali<sup>14</sup> consistenti ex art 17 e 20 d.lgs.28/10:

- nell'esenzione da qualsivoglia imposta o tassa di tutti gli atti del procedimento dall'istanza di mediazione al verbale conclusivo (art. 17 co.2);
- Nell'esenzione dal pagamento dell'imposta di registro del verbale di avvenuta conciliazione sino alla soglia di € 50.000,00 mentre resta dovuta per l'eccedenza (art 17 co. 3);
- nel riconoscimento di un credito di imposta sino ad € 500 in caso di successo della mediazione e sino alla metà in caso di fallimento (art. 20 co. 1) spendibile in compensazione con l'IRPEF ( art. 20 co. 4)

3) la mediazione offre delle garanzie imperdibili per le quali vale la pena sedersi al tavolo negoziale con lo spirito propositivo oltre che collaborativo giacché nulla di ciò che viene detto in un procedimento mediatorio può essere usata nel successivo eventuale giudizio perché tutti gli atti e le dichiarazioni rese durante gli incontri non possono essere introdotti come prova nel successivo giudizio;

4) la mediazione, grazie alla sua creatività può offrire soluzioni diverse che in un procedimento, ingessato nelle beghe dei diritti, non troverebbero mai spazio;

5) riduce lo stress, migliorando la qualità della vita per tutte le parti giacché dalla mediazione nessuno esce perdente!

### **3. La competenza territoriale in fase mediatoria...**

La precedente disposizione contenuta all'art. 4 d.lgs. 28/10 lasciava le parti libere di adire uno qualsiasi degli Organismi di mediazione iscritti presso il Ministero della Giustizia senza ancorare la loro scelta ad ingessature procedurali tipiche del processo come quello della cd competenza

---

<sup>14</sup> Per approfondimenti sul punto si veda anche Zaira Pagliara in "Mediazione civile e tributaria a confronto" 8° cura di Massimiliano ferrari e Zaira Pagliara), Ad Maiora, 2016 (cap. 3 pag. 92)

territoriale. Tale libertà, tuttavia, ha avuto una breve durata giacché già prima del decreto del fare (d.l. 69/13) il legislatore con la legge 220/12 aveva introdotto il criterio della competenza territoriale nei procedimenti mediatori circoscrivendo la scelta dell'o.d.m. tra quelli aventi sede nel circondario del Tribunale territorialmente competente e successivamente tale criterio è stato esteso dal decreto del fare (che ha reintrodotta la obbligatorietà della mediazione) alle liti aventi ad oggetto una delle materie elencate al novellato art 5 co. 1 bis d.gs. 28/10.

Nell'ottica dell'originario art 4 del d.lgs. 28/10 la libertà territoriale era comprensibile anche in considerazione dell'assenza della obbligatorietà dell'assistenza legale nelle mediazioni obbligatorie ante 2013. Con la introduzione dell'obbligo di assistenza legale nelle mediazioni condominiali<sup>15</sup> obbligatorie tale esigenza è venuta meno e si è preferito dare una regolamentazione alla scelta dell'o.d.m. Con la legge di conversione al d.l. 69/13 il legislatore ha esteso i principi adottati nella legge 220/12 a tutte le materie di cui al nuovo testo dell'art. 5 co. 1 bis del d.lgs 28/10. Dal 20.9.2013, pertanto, la scelta dell'organismo di mediazione cui le parti, assistite dai rispettivi avvocati, devono rivolgere le loro istanze, non è più libera bensì ancorata al criterio della competenza territoriale per cui la scelta dell'o.d.m. a cui presentare l'istanza deve avvenire tra gli o.d.m. pubblici o privati aventi sede, anche secondarie, nel circondario che sarebbe competente in caso di giudizio.

#### **4. Ambito di applicazione dell'istituto:**

L'art. 2<sup>16</sup> del d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010 al comma 1 dispone che "chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto".

Dalla citata disposizione emergono due rilievi:

---

<sup>15</sup> Rif. alla legge 220/12

<sup>16</sup> Tale disposizione non ha subito modifiche né dal d.l.69/13 né dalla legge di conversione del suddetto decreto del fare e, per tale ragione la scrivente usa il verbo disporre al m. indicativo t. presente.

- a) un'apertura totale con riferimento ai soggetti che possono avviare una mediazione presentando un'istanza di mediazione ad un O.d.M. competente;
- b) una circoscrizione ben definita dell'ambito cd oggettivo di mediabilità delle liti alle sole controversie civili e commerciali aventi ad oggetto di ritti disponibili.

Invero, mentre sul versante soggettivo la locuzione "chiunque" indica un'apertura totale e pertanto, sotto tale profilo, la mediazione può definirsi uno strumento "comune" alternativo al contenzioso, su quello oggettivo tale rimedio è applicabile alle controversie civili e commerciali<sup>17</sup> i cui diritti siano nella disponibilità delle parti. Sui caratteri della disponibilità o indisponibilità del diritto si rinvia a quanto detto dalla stessa autrice nel precedente scritto<sup>18</sup>

Il secondo comma dell'art. 2 del d.lgs 28/10 dispone che *"il presente decreto non preclude le negoziazioni volontarie e paritetiche relative alle controversie civili e commerciali, né le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi"*. Essa costituisce una norma di salvaguardia degli altri strumenti di composizione ante causam delle liti. Ed infatti, la creazione dei nuovi organismi di media conciliazione istituiti a sensi del d.lgs. 28/10 e secondo il d.m. attuativo 180/10, come modificato dal successivo d.m. 145/11, non esclude la possibilità di ricorrere a strumenti di risoluzione stragiudiziale preesistenti a quelli della mediazione civile e commerciale introdotti dal d.lgs. 28/10. Tuttavia, chi ricorrerà a tali strumenti di

---

<sup>17</sup> con ciò escludendo, quindi, l'applicabilità dell'istituto a controversie afferenti a fattispecie disciplinate astrattamente dal legislatore in altri settori del diritto quali ad esempio il diritto penale, tributario, amministrativo. Quanto alla materia amministrativa si precisa che, quando le P.A. pongono in essere con il cittadino rapporti di diritto privato, questi soggiacciono alle norme di diritto privato e pertanto saranno applicabili le norme del decreto in commento. Con riferimento alla materia tributaria, sebbene il legislatore abbia introdotto un istituto precontenzioso denominato "mediazione tributaria", questo con la mediazione pocanzi vista non ha nulla a che vedere poiché come maestralmente evidenziato anche da Massimiliano Ferrari nella 2° parte del manuale "mediazione civile e tributaria a confronto" dedicata alla mediazione tributaria, questa a ben guardare è una negoziazione paritetica poiché vi è l'assenza del mediatore e delle garanzie che questo offre professionista.

<sup>18</sup><http://www.lanuovaproceduracivile.com/wpcontent/uploads/2013/10/MediazioneMEI1.pdf> (pag. 8)

negoziazione paritetica non riceverà i benefici<sup>19</sup> concessi per i nuovi organismi demandati alla risoluzione delle controversie civili e commerciali. Ed invero alle trattative di una negoziazione cd. "paritetica" partecipano soltanto il rappresentante dei consumatori e quello dell'azienda. Ed è proprio questa la prima fondamentale differenza che distingue questo tipo di negoziazione dalla media-conciliazione introdotta con il d.gs. 28/10, poiché solo la cd mediazione è facilitata e garantita dalla professionalità di un mediatore terzo ed imparziale rispetto alle parti il cui compito principale è quello di facilitare la comunicazione delle parti al fine di aiutare esse stesse a trovare una soluzione condivisa con il cd. accordo conciliatorio; ovvero nella formulazione di una proposta ad opera del mediatore che le parti sono libere di accettare o meno. Tuttavia, in caso di mancata accettazione della proposta che risulti equivalente a quanto statuito dal giudice in sentenza, la parte vittoriosa non solo non si vedrà ristorare delle spese legali sostenute ma verrà altresì condannata a rifondere le spese alla parte perdente se questa aveva accettato la proposta del mediatore poiché è stata costretta a difendersi in un giudizio che la stessa avrebbe evitato se l'altra avesse accettato la proposta del mediatore. In quest'ultimo caso l'attività svolta dal mediatore è definita dalla relazione del decreto di tipo aggiudicativo<sup>20</sup>, mentre altri<sup>21</sup>, più correttamente la qualificano di tipo valutativo.

---

<sup>19</sup> Per tali intendendosi sia i benefici fiscali previsti dagli artt. 17 e 20 del d.lgs. 28/10 consistenti, rispettivamente, nell'esenzione degli atti del procedimento di mediazione dall'imposta di bollo e ogni altra spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie o natura, l'esenzione dall'imposta di registro fino al valore di 50.000,00€ e, per gli atti soggetti all'imposta eccedenti il predetto importo è dovuta solo l'eccedenza (art. 17 commi 2 e 3) nonché l'applicazione del credito di imposta (art.20); nonché la possibilità di ottenere, mediante l'omologazione dell'accordo ad opera del Presidente del tribunale, un titolo esecutivo.

<sup>20</sup> Così impropriamente definita dalla relazione del decreto laddove all'art. 1 definiva la mediazione come "l'opera svolta dal terzo finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione della controversia o nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa".

<sup>21</sup> Come osservato dalla dottrina il legislatore ha un pò forzato, quasi snaturando l'istituto della mediazione, non solo prevedendone l'obbligatorietà ma addirittura, nella prima bozza, prevedendo la possibilità per il mediatore di formulare una proposta aggiudicando torti e ragioni quando, come visto, compito del mediatore è aiutare le parti a trovare degli interessi comuni su cui poter addivenire ad un accordo con l'unico limite per il mediatore di verificarne la liceità e la non contrarietà del medesimo a norme imperative o a buon costume. Ed invero agli stessi limiti è ancorato nella ipotesi in cui le parti, demandino al mediatore, la formulazione di una proposta che valuterà, avendo riguardo agli interessi di ambo le parti di quale potrebbe essere una soluzione conforme a diritto vivente cd ante causam ma ben lungi dall'attribuire torti o ragioni ad alcuno non avendo il mediatore potere aggiudicativo alcuno.



## **5. I diversi modelli di mediazione con riferimento all'attività svolta dal mediatore:**

### **5.1 La cd. mediazione facilitativa**

Come già detto, la principale attività che un bravo mediatore deve porre in essere è quella dell'ascolto attivo delle parti, anche avvalendosi di incontri separati, caratterizzati, come vedremo, dalla assoluta segretezza, al fine di capire in primis se le parti possano riuscire a trovare un accordo. Invero, le sessioni separate servono per far emergere gli interessi effettivi delle parti e questi, spesso possono essere convergenti. In tal caso la controversia sarà mediabile non solo in teoria ma anche in pratica giacché il presupposto è che abbiano un interesse comune. Tuttavia, affinché una mediazione si concluda con successo è altresì indispensabile che le parti spostino la loro attenzione dai diritti agli interessi sottesi a questi ultimi altrimenti rischiano di rimanere ingessati nelle loro posizioni. Soltanto con una cooperazione delle parti litiganti la mediazione potrà concludersi con esito positivo. Per facilitare tale apertura è necessario un percorso educativo che formi, almeno le nuove generazioni in questa direzione. La mediazione, diversamente dai sistemi aggiudicativi, lavora su un piano diverso da quello dei diritti soggettivi mirando a soddisfarne gli interessi sottostanti che possono trovare maggior soddisfazione nell'ambito di un procedimento ADR che ad esempio salvaguardi i rapporti commerciali futuri tra le parti. Invero, chi meglio delle parti stesse può decidere cosa è meglio per loro e come risolvere eventuali liti insorte senza comprometterne la conservazione di futuri rapporti?

L'unico limite alla formazione di un accordo amichevole di risoluzione della materia del contendere è dato dalla conformità della pattuizioni in esso contenute alle norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume nonché dalla liceità della causa del contratto poiché, come ogni contratto, altrimenti, sarebbe affetto da nullità. Mentre nella precedente normativa l'accordo per poter avere efficacia esecutiva doveva essere omologato dal Tribunale; a seguito della novella legislativa apportata dalla legge di conversione del decreto del fare poiché è stata introdotta l'obbligatorietà

dell'assistenza dei legali nelle mediazioni obbligatorie il legislatore ha affidato a questi il potere certificativo della liceità della causa e di non contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume delle statuizioni contenute nell'accordo allegato al verbale. In tal modo l'accordo acquista ex lege efficacia esecutiva. Il ruolo che prima competeva al Tribunale consistente nel controllo di legalità formale dell'accordo raggiunto, oggi spetta agli avvocati delle parti in mediazione con risparmio ulteriore di tempo per le parti.

## **5.2.La cd. mediazione valutativa e gli effetti della mancata accettazione della proposta**

Sebbene sia preferibile che il mediatore svolga un'attività facilitativa finalizzata alla composizione della lite, talvolta può accadere che le parti da sole non riescano a trovare una soluzione e che chiedano al mediatore di formulare una proposta. Quest'ultimo, sebbene sia obbligato a formularla, prima di procedere, deve informare le parti degli effetti di una eventuale mancata accettazione alla stessa ai sensi dell'art 13 d.lgs. 28/10. Invero, in linea con la ratio deflattiva del contenzioso che permea tutto il d.lgs. 28/10, non potevano certo mancare strumenti sanzionatori nei confronti della 'cause di principio' in cui le parti si rifiutano di addivenire ad una conciliazione più per principio che per controversia e, onde evitare che ciò accada, sono state introdotte delle sanzioni peculiari poiché mirano a trasformare la parte vittoriosa in una di fatto perdente poiché, stante il riconoscimento della sua ragione non solo non verrà ristorata delle spese legali sostenute contrariamente alla logica della ripetizione con condanna della parte soccombente ma rischierà di rifonderle in favore di colui che avrebbe evitato il processo ed è stato costretto a difendersi in giudizio a causa dell'ostilità e poca collaborazione della parte vittoriosa che sia rifiutata di accordarsi. Da un attento esame dell'art. 13 si evince che lo sbarramento per la non ripetizione delle spese in entrambe le ipotesi si ha in caso di "corrispondenza integrale del contenuto della proposta" rispetto alla decisione emessa dall'autorità giudiziaria. In caso affermativo, troverà applicazione l'art. 13 comma 1 con gli effetti sostanziali della mancata

adesione ad una proposta che si è rivelata ex post di identico contenuto e quindi anticipatoria del giudizio che dunque andava evitato e da cui discendono gli effetti sanzionatori normativamente elencati al comma 1 e che possono sintetizzarsi: nella esclusione della ripetizione delle spese, nella condanna di parte vittoriosa a rifondere le spese in favore della parte processualmente soccombente nel provvedimento che definisce il giudizio nonché al versamento in favore dello Stato di una somma pari al valore del contributo unificato dovuto a titolo di ammenda.

## **6. Ulteriori sanzioni conseguenti alla mancata partecipazione della parte alla mediazione**

Accanto alle sanzioni suddette, conseguenti alla ipotesi di mancata adesione alla proposta del mediatore irrogate nella fase conclusiva del procedimento giudiziario, ve ne sono altri che, invece, prescindono totalmente dall'esito del giudizio e che sanzionano il comportamento della parte che non ha partecipato senza giustificato motivo al procedimento di mediazione.

Questi, a differenza dei precedenti, infatti, sono adottati con ordinanza dal giudice ogni qualvolta, con riferimento alle cd mediazioni obbligatorie, questo ravvisi una mancata partecipazione ingiustificata della parte alla mediazione ovvero una immotivata volontà di proseguire la mediazione. (art. 8 co. 4 bis d.lgs28/10). Per ritenersi soddisfatta la condizione di procedibilità posta dall'art 5 co. 1 bis d.lgs. 28/10 è necessario che la parte sia presente personalmente, assistita dal proprio legale. Inoltre, come rilevato dalla giurisprudenza prevalente<sup>22</sup>, il tentativo obbligatorio di mediazione non deve essere inteso come mero adempimento burocratico ma come tentativo effettivo di provare a risolvere il problema in sede stragiudiziale sicché, in assenza di motivazioni valide rinvenibili nel verbale di mancata volontà di mediare al termine del 1° incontro, deve ritenersi che non vi siano dei motivi che giustifichino siffatto comportamento e, conseguentemente quest'ultimo deve essere sanzionato dal Giudice per il solo fatto che la parte si sia rifiutata senza giustificati motivi di sedersi al

---

<sup>22</sup> Rif. ordinanza Tribunale di Vasto del 23.4.2016 con nota di Alessandra Mei pubblicata il 27.4.2016 in *La nuova procedura civile*, 3,2016; conf. Trib. Termini Imerese del 9.5.2012 e Trib. Mantova del 22.12.2015

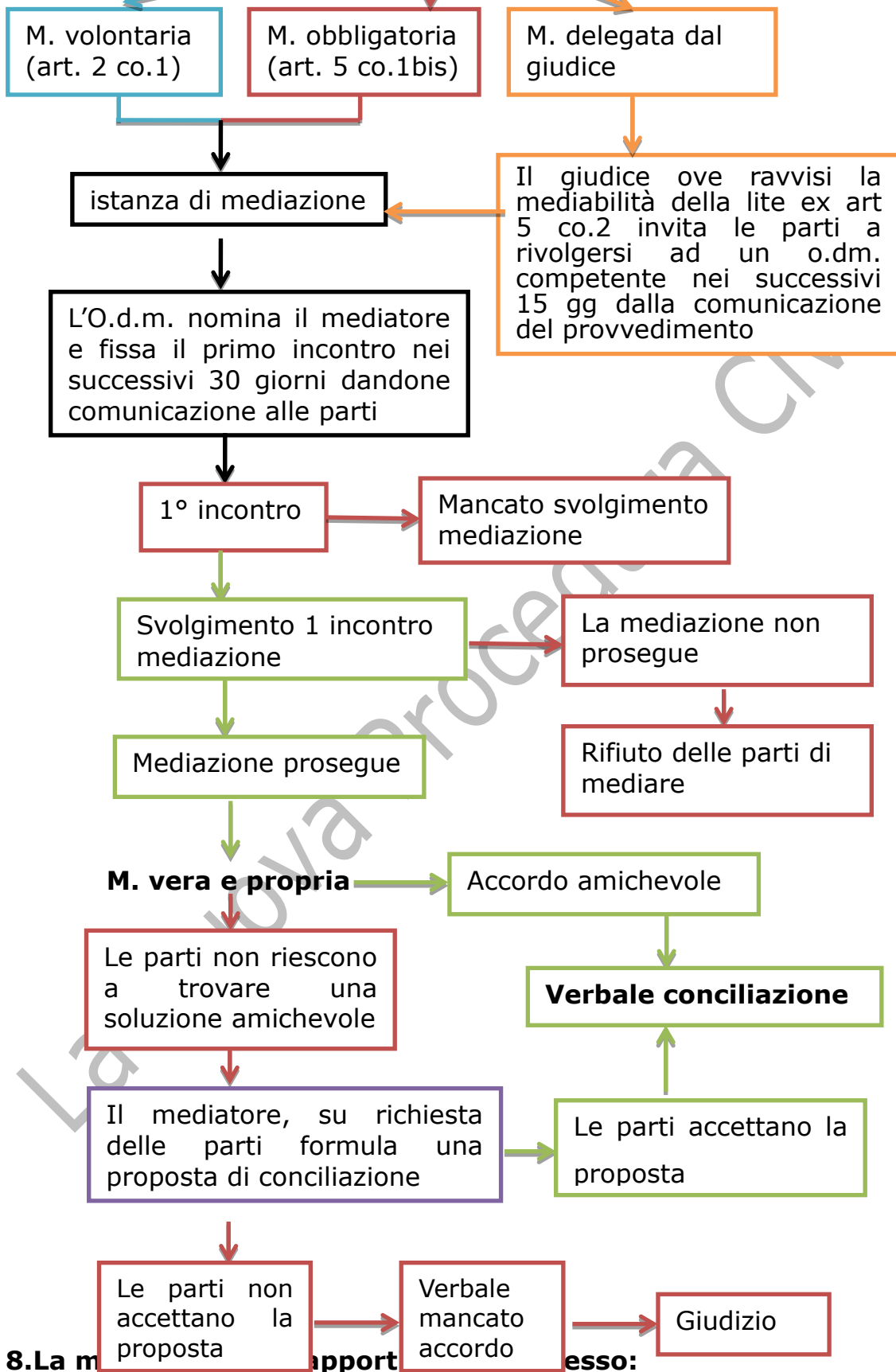
tavolo mediatorio. In tal caso, infatti, il Giudice condanna costei al pagamento di una somma pari a quella dovuta a titolo di contributo unificato in favore delle casse dell'erario. Secondo un ulteriore orientamento sempre più condiviso della giurisprudenza<sup>23</sup> nelle cd. mediazioni obbligatorie la presenza delle parti è condizione necessaria tanto quanto quella dei loro legali poiché la presenza di questi ultimi sebbene sia necessaria, non è di per sé sola sufficiente per la mediabilità del conflitto. Il ruolo dei legali non è di rappresentanza e difesa ma di assistenza delle parti al negoziato. Come correttamente ricordato dalla richiamata giurisprudenza<sup>24</sup>, il concetto di assistenza è un qualcosa di minore e di diverso rispetto alla rappresentanza e difesa del legale nell'ambito di un processo civile in cui l'assolvimento del dovere di assistenza presuppone in re ipsa la partecipazione anche della parte assistita e dunque la sua compresenza nel procedimento.

---

<sup>23</sup> Tra le più importanti si segnalano le seguenti ordinanze: Trib. Firenze del 19.3.2014, con nota di Alessandra Mei pubblicata il 28.3.2014 in *La nuova procedura civile*, 2, 2014 [http://www.lanuovaproceduracivile.com/wp-content/uploads/2014/03/firenze19\\_3\\_14.pdf](http://www.lanuovaproceduracivile.com/wp-content/uploads/2014/03/firenze19_3_14.pdf) conf. Trib. Vasto del 9.3.2015, Trib. Pavia del 9.3.2015; contra Trib. Verona 28.9.2016 che tuttavia rappresenta pressoché l'unica pronuncia sulla non necessaria partecipazione della parte alla mediazione potendo essere rappresentata dal legale.

<sup>24</sup> Vd. nota precedente

**7. Diversi modelli di mediazione<sup>25</sup>: schema semplificato del procedimento**



**8. La mediazione e il rapporto con il processo:**

<sup>25</sup> Con riferimento ai rapporti con il processo

### **8.1. la mediazione cd obbligatoria:**

La dottrina, sin dalla prima introduzione dell'istituto, ha cercato di comprendere quale fosse la ratio della scelta delle materie originariamente dettate dall'art 5 e al riguardo taluni<sup>26</sup> hanno evidenziato che le materie indicate dall'art 5 avevano in comune un elemento: erano rapporti destinati a durare nel tempo. Ed invero, alcuni rapporti sono destinati a perdurare nel tempo sia se le parti vadano d'accordo sia se litighino. Si pensi ai rapporti condominiali ed a quelli di parentela che discutono per un certo diritto lesso, essi resteranno, anche se litiganti, nel primo caso vicini di casa comproprietari pro quota di aree comuni e nel secondo persone legate da un rapporto di parentela. In ambo i casi prospettati a titolo esemplificativo, il rapporto sottostante, indipendentemente dal conflitto che li occupa, è destinato a perdurare. Per le questioni afferenti il risarcimento del danno derivante vuoi dalla circolazione dei veicoli e dei natanti, vuoi dalla responsabilità medica ovvero dalla diffamazione a mezzo stampa o altro strumento pubblicitario idoneo, è stato ritenuto opportuno introdurre il tentativo di mediazione obbligatoria in quanto inerente rapporti particolarmente conflittuali e quindi, anche per la complessità della materia sottesa, (si pensi alla responsabilità medica o alla diffamazione) è stato ritenuto opportuno il tentativo della composizione stragiudiziale della lite piuttosto che il diretto ricorso ad un giudizio complesso e lungo.

Secondo taluni<sup>27</sup>, mentre è condivisibile il primo ragionamento in punto alla durevolezza del rapporto, indipendentemente dalla lite, non altrettanto può dirsi per le controversie riguardanti rapporti connotati da un'alta conflittualità che rende difficile il raggiungimento di un accordo delle parti e che finisce per allungare i tempi del risarcimento.

Come già accennato il decreto del fare convertito dalla legge 98/13 ha reintrodotta la cd. obbligatorietà in sostanza copiando la precedente disposizione nel novellato art. 5 co. 1 bis d.lgs. 28/10 dal quale, rispetto al testo originario, è stata eliminata la materia del risarcimento del danno derivante da circolazione stradale e/o navale<sup>28</sup> e introdotta una nuova:

---

<sup>26</sup> Roberta Tiscini in "La mediazione civile e commerciale" ed. Giappichelli.

<sup>27</sup> R. Tiscini in "la mediazione civile e commerciale" ed. Giappichelli.

<sup>28</sup> La quale è stata successivamente trasposta dal d.l. 132/14 convertito con modifiche

quella del risarcimento del danno derivante dalla cd responsabilità sanitaria che si è affiancata a quella medica. Con riferimento a questa<sup>29</sup>, alla luce delle novelle introdotte dalla cd. riforma Gelli<sup>30</sup>, sebbene sia stata fatta salva dall'art. 8 co. 2 la possibilità per le parti di ricorrere alla mediazione civile ai sensi del d.lgs. 28/10 in luogo della ATP ex art 696 bis c.p.c. (prevista dall'art. 8 co. 1 l. 24/17), il tenore letterale della normativa sembrerebbe lasciar qualche dubbio con l'augurio che la giurisprudenza interpreti nel migliore dei modi, anche in applicazione della formula sull'interpretazione perfetta delle leggi del Prof. Avv. Luigi Viola secondo il quale anche l'art. 12 delle preleggi c.c. contiene una disequazione secondo cui  $IL^{31} > IR^{32} > IAI^{33} > IAI^{34}$ .

Il nuovo articolo di legge ha altresì previsto che è obbligatoria l'assistenza del legale nel procedimento mediatorio e che l'obbligatorietà dell'esperimento della mediazione, salvo proroghe, ha efficacia sino al 4° anno successivo dalla sua entrata in vigore. Sicché se il legislatore non approverà le proposte di riforma redatte dalla Commissione Alpa contenenti una proroga di ulteriori 6 anni della obbligatorietà della mediazione, al termine del 4° anno successivo alla reintroduzione della obbligatorietà (20 settembre 2017) cesseranno la loro efficacia.

## **8.2. La mediazione cd. delegata dal giudice:**

Con riguardo alle disposizioni in materia di mediazione delegata dal giudice, il decreto del fare e la successiva legge di conversione non ha mutato in modo significativo le disposizioni sul punto. Invero, anche nel nuovo testo del co. 1 art. 5 3 parte del decreto in commento, è rimasto in capo al giudice il potere di rilevare di ufficio l'improcedibilità della domanda giudiziale non eccepita dal convenuto entro la prima udienza, a pena di decadenza.

---

dalla legge 162/14 nell'ambito delle cd. negoziazioni assistite obbligatorie

<sup>29</sup> Risarcimento derivante da responsabilità degli esercenti la professione sanitaria

<sup>30</sup> Rif. legge 24 dell'8.3.2017 pubblicata in G.U.64 del 17.3.2017

<sup>31</sup> Interpretazione letterale

<sup>32</sup> Interpretazione per ratio legis

<sup>33</sup> Interpretazione per analogia legis

<sup>34</sup> Interpretazione per Analogia iuris

Il 2° comma, invece, attribuisce al giudice anche in sede di appello (tenuto conto della complessità della materia, del comportamento delle parti e lo stato dell'istruzione della causa) il potere di invitare le parti ad esperire il procedimento di mediazione rinviando la causa ad un'udienza non inferiore alla durata massima del procedimento mediatorio (3 mesi) e 15 giorni (per presentare la domanda di mediazione presso un Organismo di mediazione accreditato dal Ministero della Giustizia territorialmente competente).

L'art. 5 co. 2 d.lgs. 28/10 sancisce altresì un limite temporale entro il quale tale facoltà può essere esercitata dal magistrato che viene individuato in quello precedente rispetto all'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, in assenza, prima della discussione della causa."

### **8.3 Procedimenti esenti dalla mediazione**

Prima della legge di conversione di decreto del fare, l'art. 5 co. 4 d.lgs. 28/10 prevedeva che i procedimenti ivi elencati non fossero assoggettati all'obbligo di esperire la mediazione. Invero, erano esentati dall'obbligatorietà di esperire il procedimento di mediazione i seguenti procedimenti:

- 1) procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione fino alla pronuncia sulla concessione/sospensione della provvisoria esecuzione;
- 2) procedimenti per convalida di sfratto o di licenza, fino al mutamento del rito ex art. 667 c.p.c.;
- 3) procedimenti possessori fino alle pronunce ex art. 703 co. 3 c.p.c.;
- 4) procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata;
- 5) nell'azione civile esercitata nel processo penale;
- 6) nei procedimenti in camera di consiglio.

Ai predetti, nel 2013 tale esenzione è stata estesa anche ai procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite ex art. 696 bis c.p.c. Tale eccezione appare coerente con il fine analogo di entrambi gli strumenti, quello di risoluzione stragiudiziale delle liti.

Come già detto, la nuova legge sulla responsabilità sanitaria all'art 8 sancisce l'obbligo di esperire la a.t.p. ex art 696 bis c.p.c. mentre esclude



espressamente la possibilità per le parti di addivenire ad un accordo mediante la convenzione di negoziazione assistita obbligatoria; al contempo, prevede, "invece", che la mediazione civile e commerciale ex art 5 co. 1 bis. d.lgs 28/10 resti una valida alternativa<sup>35</sup>. Tuttavia, qualche dubbio sui rapporti tra la ATP e la mediazione civile la disposizione legislativa lo lascia. Invero, sebbene la locuzione 'in alternativa' è auspicabile che venga interpretata nel senso di una alternativa paritetica tra i due strumenti magari applicando la formula sulla interpretazione perfetta delle leggi<sup>36</sup> che impone all'operatore, ove possibile, di interpretare in modo fedele al testo il significato delle parole in esso contenute tenendo conto anche della intenzione perseguita dal legislatore con tale disposizione (art. 12 co. 1 preleggi c.c.).

Infatti, ai sensi dell'art 12 co. 2 delle preleggi c.c., solo se l'interpretazione letterale e per ratio legis non siano sufficienti, soccorrono gli altri criteri interpretativi della analogia legis e della analogia iuris che possono ritenersi secondari rispetto a quelli di cui all'art. 12 co. 1 preleggi c.c.

Peraltro, contrariamente a quanto affermato dalla stessa dottrina<sup>37</sup> in un precedente commento all'art. 12 delle preleggi c.c. che poneva su un piano secondario tutte le interpretazioni diverse da quella letterale, a ben guardare, il legislatore se avesse voluto attribuire una portata minore alla cd ratio legis collocata nella seconda parte del co. 1 della stessa disposizione, l'avrebbe posta al 2° comma insieme a quelle per analogia ivi contenute. Se ciò non è stato fatto, evidentemente, il motivo risiede nella superiore importanza che il legislatore ha voluto riconoscere al criterio interpretativo secondo ratio legis rispetto ai criteri interpretativi secondari<sup>38</sup>. Non a caso, infatti, tale criterio è collocato nel comma 1 insieme al criterio 'prediletto' della cd interpretazione letterale che appare da esso separato da una virgola ma ad esso unito dalla "e". La struttura della disposizione

---

<sup>35</sup> Così Alessandra Mei in " Responsabilità sanitaria e risoluzione stragiudiziale, dopo la c.d. riforma Gelli approvata in via definitiva" pubblicata il 3.3.2017 in La Nuova Procedura Civile, 2, 2017, opinione condivisa anche da Roberto Francesco Iannone in "la responsabilità medica dopo la riforma Gelli" (par. 8) pubblicato il 6.3.2017 in La nuova procedura civile, 2, 2017 e Luigi Viola in "la nuova responsabilità sanitaria", 2017

<sup>36</sup> Ivi

<sup>37</sup> Rif. a Luigi Viola in "Alla ricerca dell'equazione interpretativa perfetta (commento all'art. 12 Preleggi)" pubblicato il 17.1.2017 in La Nuova Procedura Civile, 1, 2017.

<sup>38</sup> Rif. a quelli della analogia legis e analogia iuris

dunque delinea una posizione di preminenza dell'interpretazione per ratio legis rispetto a quelli secondari contenuti nel comma 2 e paritetica-complementare con lo strumento in cui tale volontà deve manifestarsi (la disposizione legislativa). Nei provvedimenti legislativi la disposizione è lo strumento attraverso cui il legislatore persegue un dato fine che prende corpo nelle parole utilizzate dal legislatore. Così facendo, per il legislatore del 1942 era forse inconcepibile che l'organo legislativo potesse pervenire ad un risultato diverso da quello voluto dicendo cose che non era sua intenzione dire! E' in questo ordine di idee che trova un senso la punteggiatura quanto la collocazione del secondo criterio ermeneutico di interpretazione del diritto. Infatti, di solito, essendo la seconda (ratio legis) connessa al tenore letterale della disposizione in rapporto di causa effetto così da, in caso di ipotetica divergenza tra scopo perseguito (causa) e modalità in cui esso si esplica (strumento- effetto) vuol dire che la disposizione è scritta talmente male che dice una cosa diversa da quella che era nelle intenzioni del legislatore e, in tal caso, al legislatore non resterà che farne un'altra chiara e coerente in cui la ratio legis e il dato letterale siano dirette nella stessa direzione.

Applicando la disequazione contenuta nell'art. 12 delle preleggi c.c. a ben guardare, infatti, all'art. 8 co. 2 legge Gelli mentre con riferimento alla negoziazione assistita il legislatore si è espresso in modo chiaro e non equivoco escludendo in quell'ambito l'applicazione dello strumento ADR della negoziazione assistita obbligatoria di cui all'art. 3 del d.l. 132/14 convertito dalla legge 162/14, sicché è ragionevole supporre che nessun interprete potrebbe mai affermare il contrario perché la norma è talmente chiara da non poter essere interpretata diversamente giacché tutti i criteri interpretativi perverrebbero allo stesso risultato (e cioè della impossibilità di avvalersi dello strumento ADR della negoziazione assistita obbligatoria (ex art 3 d.l. 132/14) per la risoluzione della lite). La stessa chiarezza il legislatore non l'ha avuta con riferimento alla mediazione civile. Tuttavia, essendo preferibile quella rinvenibile dalla literalità della disposizione (art. 8 co. 2 secondo periodo l 24/17) e dalla ratio della stessa rinvenibile nella finalità di entrambi gli istituti (quello della a.t.p. ex art 696 bis c.p.c.

contenuto nell'art. 8 co. 1 della legge e della mediazione ex art 5 co. 1 bis d.lgs. 28/10) e dei diversi ambiti di applicazione dei predetti tuttavia il tentativo di conciliazione obbligatorio è disposto, in entrambe le ipotesi, solo per le liti risarcitorie derivanti da responsabilità medica e/o sanitaria, appare preferibile l'interpretazione letterale che dà forza alla locuzione "in alternativa" che sembrerebbe porre sullo stesso piano lo strumento prediletto dell'a.t.p. ex art 696 bis c.p.c. contenuto nell'art. 8 co. 1 della legge 24/17 con quello della mediazione civile e commerciale di cui all'art 5 co. 1 bis d.lgs 28/10 la cui applicazione sembrerebbe essere stata salvata dall'art 8 co. 2 prima parte della legge Gelli.

La Nuova Procedura Civile