

LA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA PRIMA E DOPO IL DECRETO DEL FARE.

*di Elisabetta Palumbo**

La rivincita della mediazione obbligatoria è avvenuta con la definitiva conversione in legge del c. decreto del fare (D.L. n. 69/2013 convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013 n. 98) che ha fatto rivivere l'obbligo di far precedere la trattazione in giudizio di gran parte della controversie civili dal tentativo obbligatorio di conciliazione a pena di improcedibilità del relativo giudizio.

Con il decreto legislativo n. 28 del 2010, il Governo aveva dato attuazione alla legge delega n. 69 del 2009 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali con il dichiarato intento, sempre nell'ottica della direttiva comunitaria, di ridurre il peso del contenzioso dei tribunali civili ordinari e quindi di accorciare i tempi di definizione dei procedimenti.

La Corte Costituzionale cui era stata sollevata la questione dal TAR Lazio, con sentenza n.272 del 2012 aveva dichiarato illegittimo per eccesso di delega il D.Lgs. n. 28/ 2010 per essersi cioè il governo spinto oltre i limiti previsti dalla legge delega che non prevedeva l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione.

Si riporta di seguito il testo della mediazione obbligatoria ante riforma che all'art. 2 (oggetto) **riguarda controversie civili e commerciali vertenti su diritti disponibili.** : art. 5, 1° comma del D.lgs. 28 del 2010) comma 1 *“Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni. Fermo quanto previsto dal comma 1 e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può invitare le stesse a procedere alla mediazione. L'invito deve essere rivolto alle parti prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa. Se le parti aderiscono all'invito, il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle*

parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione”.

Con riferimento all’oggetto e cioè alla tipologia di cause soggetto all’obbligo di mediazione la principale novità, contenuta nell’attuale art. 5, comma 1 bis del novellato decreto legislativo n. 28, riguarda le controversie relative **alla responsabilità civile per la circolazione dei veicoli per cui è prevista l’esclusione del previo esperimento del tentativo di mediazione.**

Prima di affrontare partitamente le novità della neo mediazione facciamo alcune riflessioni sul procedimento de quo che con riferimento quanto meno alla sua natura non è mutato a seguito della novella normativa.

Il procedimento di mediazione ha natura non giurisdizionale; infatti lo scopo precipuo è quello di non addivenire ad alcuna **“decisione”** in senso tecnico, bensì ad una **“soluzione mediata o concordata”** non imposta da un soggetto terzo in posizione di superiorità, ma indotta o proposta da un mediatore. Per tale ragione non si applicano le garanzie del **giusto processo** di cui all’art. 111 Cost.

Si va al di là dell’esercizio della difesa in senso tecnico delle parti all’interno del processo che trova nella regola del contraddittorio garanzia di attuazione. Scopo precipuo della mediazione è raggiungere la finalità del procedimento e non il rispetto delle garanzie difensive.

La non procedimentalizzazione della mediazione si manifestava prima della conversione in legge del “Decreto del fare” anche nell’inesistenza di regole in merito alla competenza territoriale, laddove era libera la scelta dell’organismo di mediazione che poteva anche essere distante dal circondario di Tribunale competente a decidere la causa nel merito. Una scelta del tutto scollegata dal Tribunale territorialmente competente che avrebbe potuto rappresentare un abuso da parte del soggetto che agiva preventivamente, nella misura in cui la stessa non fosse stata ispirata a correttezza o buona fede e pertanto poteva essere denunciata da controparte che a questo punto poteva precostituirsi un valido motivo per non partecipare al procedimento di mediazione, laddove, la sua mancata partecipazione alla mediazione nell’ipotesi, poteva costituire un giusto motivo da fare valere nel successivo processo.

L’art. 8 comma 5 del decreto legislativo n. 28/2010 come espressamente riprodotto dal novellato decreto del fare (art. 8, comma 4 bis) per effetto della declaratoria di illegittimità costituzionale, sul punto prevede espressamente che *“Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell’articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile.”*

Ne consegue che anche alla luce del DL del fare, dalla mancata adesione alla proposta o dalla mancata partecipazione il giudice potrà non desumere argomento di prova ex art. 116 cpc, 2° comma.

Le garanzie che attengono alla idoneità del mediatore ad espletare l’incarico e continuano a riguardare la capacità di ascolto ed individuazione degli spazi di conciliazione e la figura del mediatore può coincidere con la persona di un avvocato del libero foro iscritto all’albo che considerato dalla legge di riforma mediatore di diritto (art. 16 comma 4 bis. del decreto legislativo n. 28 del 2010 come coordinato con le modifiche del D.l 21 giugno 2013 n. 69 convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013 n. 98).

Tale ultima scelta legislativa è stata giudicata inutile e fuorviante e non solo per il fatto che il numero dei mediatori oggi attivi sul mercato è di gran lunga superiore e quello dei procedimenti di mediazione, ma anche per il fatto che non è detto che un

buon avvocato sia necessariamente un buon mediatore essendo necessario per l'espletamento di detto ultimo mestiere l'acquisizione necessaria di una serie di tecniche di gestione del conflitto che non necessariamente appartengono al bagaglio culturale degli avvocati

Quanto al procedimento, questo si svolge all'insegna dell'informalità nel senso che la verbalizzazione riguarda l'incontro e le presenze, ma non le dichiarazioni, contestazioni, repliche e contro-repliche. Tale divieto trova il suo omologo nel principio di riservatezza sancito dall'art. 10, invariato dal DL del fare, che pone il divieto di utilizzo nel successivo processo civile delle dichiarazioni ed informazioni acquisite nel procedimento di mediazione, salvo il consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni, con il corollario del divieto di testimonianza del mediatore o di deferimento del giuramento decisorio.

Garanzia ulteriore è quella sulla durata del procedimento, attualmente di tre mesi e non più di quattro (per come invece previsto dalla normativa previgente al decreto del fare) decorrente dalla data di deposito della domanda di mediazione (termine non sottoposto a sospensione feriale).

Non sono previste sanzioni, nel caso in cui il procedimento vada a sfiorare i quattro mesi, ma se vi è richiesta anche solo di una parte di conclusione del procedimento, il mediatore rimane obbligato a farlo. Il periodo di 4 mesi non si computa ai fini della legge Pinto (legge n. 89 del 2001).

Diversamente da quanto previsto dall'art. 412 bis vecchia formulazione del rito del lavoro, non è prevista la **sospensione** del processo, ma un semplice differimento e cioè un rinvio di udienza in considerazione del disfavore rivolto dal legislatore all'istituto della sospensione in quanto più dispendioso per la parte che sarebbe obbligata alla riassunzione del processo.

L'eccezione di mediazione obbligatoria non è eccezione in senso stretto e va rilevata entro la prima udienza d'ufficio o eccepita dal convenuto a pena di decadenza (art. 5 comma 1). Analogamente a quanto previsto nel rito del lavoro (Cass. 21797/09) la questione non può essere riproposta nei successivi gradi di giudizio. Un'altra tesi invece è del parere che se l'eccezione è tempestivamente sollevata dal convenuto e disattesa dal giudice, questo può costituire un valido motivo di appello.

Se il giudice rileva che il tentativo di conciliazione non è stato ultimato o non è stato nemmeno iniziato, fissa un'udienza per la prosecuzione del giudizio dopo la scadenza del termine massimo (non perentorio perché non previsto come tale dalla legge) per ultimare la mediazione onde consentire lo svolgimento della stessa, considerando o meno il termine di 15 giorni per presentare l'istanza dinnanzi all'organismo di mediazione. Se il giudice a quell'udienza accerta che la mediazione è stata raggiunta in tutto o in parte, emette una sentenza di cessata materia del contendere totale o parziale.

Tra i controlli che il giudice deve continuare ad effettuare per verificare che la mediazione sia stata correttamente esperita, riguarda il controllo di tendenziale coincidenza della domanda giurisdizionale dell'attore con quelle intorno alle quali si è svolto il tentativo di mediazione; che la domanda di mediazione sia determinata nel petitum e nelle ragioni della pretesa; che sia stata garantita la presenza di tutte le parti in ipotesi di litisconsorzio necessario (es: nei giudizi di divisione). In mancanza, il giudice rimette le parti in mediazione.

L'art. 4 del decreto legislativo in commento, come confermato dal D.L del 2013, con riferimento alle modalità di presentazione della domanda di mediazione, recita espressamente che *“La domanda di mediazione relativa alle controversie di cui all'articolo 2 è presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo. In*

*caso di più domande relative alla stessa controversia, la mediazione si svolge davanti all'organismo presso il quale è stata presentata la prima domanda. Per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data della ricezione della comunicazione. L'istanza deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'avvocato **informa** altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito è annullabile. Il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione.."*

Orbene, con riferimento alla previsione normativa della sanzione civilistica dell'**annullabilità** del mandato professionale per inadempimento all'obbligo di informazione, questa, come è avvenuto per il passato, tenderà anche per il prosieguo, a rimanere lettera morta, dato che nella pratica potrebbe avere un impatto limitato posto che l'esecuzione del contratto viziato ad opera della parte resa edotta del motivo di annullabilità conduce in applicazione dell' art. 1444, 2° c.c. alla ratifica del contratto e dato che l'annullabilità, al contrario della nullità, non può essere rilevata d'ufficio ma solo ad opera della parte interessata, si va a garantire di fatto la stabilità del rapporto, tranne che per qualche conseguenza possibile sul piano del contenzioso per il pagamento degli onorari di avvocato.

L'obbligo di informativa in oggetto riguarda non solo le ipotesi in cui il mandato ha ad oggetto l'inizio di una controversia, e cioè quando è l'attore ad agire in giudizio, ma anche quando si tratta di costituzione avverso una domanda già formulata da controparte o di mandato per procedere la proposizione di procedimenti cautelare o sommari che sono sottratti all'obbligo preliminare di mediazione.

In conclusione di argomento appare utile riflettere sulle questioni affrontate tenendo conto del profilo della responsabilità professionale dell'Avvocato i cui due principali aspetti consistono nel consenso informato e nella responsabilità da parere.

Il nuovo sistema volto a realizzare una "*responsabilizzazione della parte*", e i connessi meccanismi sanzionatori di tipo patrimoniale introdotti dal legislatore, pongono al centro della riflessione i "*doveri d'informazione, di sollecitazione e di dissuasione ai quali il professionista deve adempiere, così all'atto dell'assunzione dell'incarico come nel corso del suo svolgimento*" .

L'avvocato deve "*porre il cliente in grado di decidere consapevolmente*" "*... in tal caso, neppure può ravvisarsi nella prestazione d'opera intellettuale promessa un'obbligazione di mezzi, dacché l'opus richiesto rappresenta di per se stesso la realizzazione dell'interesse perseguito dal cliente nel conferire l'incarico ...*" . Questi principi sono stati affermati dalla Corte di Cassazione già nel 2002 (sent. 16023/02).

Alla luce delle novità introdotte dalla riforma, o dalle riforme, però, essi assumono una portata diversa, assai più rilevante in vista di una possibile concreta affermazione della responsabilità professionale. L'applicazione, nei confronti del proprio assistito, di una delle **conseguenze patrimoniali pregiudizievoli oggi introdotte, infatti, è suscettibile di**

configurarsi quale conseguenza immediata e diretta del non corretto adempimento dei doveri informativi che fanno carico al professionista.

Occorre infatti rilevare che nel particolare ambito in esame, come ha chiarito la Corte di Cassazione (sent. cit.), i doveri informativi costituiscono oggetto di una vera e propria obbligazione di risultato e non di una semplice obbligazione di mezzi e, inoltre, essi non contemplano solo obblighi di tipo “descrittivo”, ma anche doveri di persuasione e dissuasione del cliente.

La parte che incorra in una delle “sanzioni” introdotte dalle riforme, in un certo senso, potrà avere gioco facile nel sostenere che tali conseguenze pregiudizievoli derivino dall’insufficiente informazione ricevuta dal proprio avvocato e che, comunque, se il difensore avesse consigliato di formulare una proposta transattiva, ovvero di aderire alla proposta formulata dalla controparte o dal mediatore, essa avrebbe aderito al consiglio.

Il professionista, in definitiva, dovrà conseguire e mantenere per tutto lo svolgimento dell’incarico il consenso informato del cliente, in relazione a questo tipo di scelte. **La tematica del consenso informato quale fonte di responsabilità professionale** deriva chiaramente dall’ambito della responsabilità medica, ma era già da tempo approdata nell’area della responsabilità dell’avvocato. Le ultime novità di cui stiamo parlando, tuttavia, ne rafforzano enormemente la funzione perché individuano specifiche tipologie di danni (che possiamo definire **danni da responsabilità per le spese e danni processuali**) suscettibili di costituire conseguenza immediata – e di semplice accertamento – proprio del mancato consenso o, comunque, di una insufficienza informativa.

Deve peraltro rilevarsi, nell’ottica della verifica che il Giudice deve operare a mente dell’art. 4 co. III del DLgs 28/2010, che non può apparire sufficiente al Giudice la mera “allegazione” del consenso informato predisposto dal difensore e sottoscritto dalla parte tanto che taluni suggeriscono che gli avvocati adottino la prassi di fornire per iscritto informazioni e pareri sulle possibili scelte processuali e raccogliere nello stesso modo il consenso del cliente, che dovrà essere richiesto in relazione a ciascuna scelta processuale la quale presupponga una manifestazione di volontà del cliente stesso. Ma potremmo ritenere, pur con qualche dubbio, che questo consentirebbe anche al giudice di saggiare la concretezza dell’opera persuasiva dell’avvocato.

Le materie sottoposte a mediazione obbligatoria, nonostante la modifica apportata dall’attuale art. 5, comma 1 bis del novellato decreto legislativo n. 28, rimangono molteplici e per certi aspetti sovrabbondanti; tuttavia la mediazione non preclude la concessione di procedimenti cautelari ed urgenti anche se bisogna distinguere quelli per i quali la mediazione è semplicemente differita, all’instaurazione del giudizio di merito (art. 700, procedimenti di sfratto, di ingiunzione e possessori) da quelli ove non è prevista, procedimenti in camera di consiglio, di opposizione all’esecuzione, azione civile esercitata nel processo penale, e di ammissione al passivo del fallimento).

Si ritiene per prassi condivisa da diversi protocolli di Tribunali Italiani, come monitorati dai diversi Osservatori della giustizia civile (es Osservatorio della giustizia civile presso il Tribunale di Reggio Calabria)

che la condizione di procedibilità afferisca alla domanda introduttiva del giudizio e non anche ad altre domande si che si possono innescare nel procedimento, e cioè la domanda riconvenzionale e la chiamata di terzo. E questo si sostiene perché diversamente opinando si avrebbe un eccessivo ritardo temporale per adire gli organi di giurisdizione ordinaria in contrasto a quanto più volte sancito dalla stessa

Corte Costituzionale anche con riferimento ai procedimenti sottoposti al rito del lavoro (v. per tutte Corte Costituzionale 13 luglio 2000 n. 276).

Una delle principali novità introdotte dal c.d. decreto del fare (o meglio dall'intervento correttivo della legge di conversione) è stata quella di attribuire una corsia preferenziale per l'attribuzione dell'efficacia esecutiva dell'accordo di conciliazione che viene firmato non solo dalle parti ma anche dai rispettivi avvocati e sulla cui natura essenzialmente negoziale e/o contrattuale non si ha ragione di dubitare. La novità introdotta dal c.d. decreto del fare è stata quindi quella di attribuire direttamente per legge efficacia esecutiva all'accordo di conciliazione sottoscritto anche dai legali che assistono le parti demandando a questi ultimi il compito di accertare sotto la loro diretta responsabilità la conformità dell'accordo alle norme imperative ed all'ordine pubblico (art. 12).

Del resto, l'obbligatorietà della presenza degli avvocati quanto meno -si ritiene- nel procedimento di mediazione obbligatoria è tale da garantire comunque maggiormente l'utilizzo di appropriate tecniche di redazione dell'accordo anche al fine di evitare incomprensioni terminologiche foriere di ulteriore contenzioso futuro.

Se la mediazione riesce, sia nel caso di raggiungimento di accordo amichevole delle parti, sia quello che si forma a seguito di adesione alla proposta del mediatore, al fine di attribuire valore di titolo esecutivo al verbale d'accordo redatto alla presenza degli avvocati, non è più previsto il controllo omologatorio che si attua(va) attraverso un procedimento camerale e mediante decreto del Presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo di mediazione (art. 12 ante novella normativa).

Da quel momento in poi il verbale di accordo costituisce al pari di una sentenza, titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale (art. 12, 2° comma).

Le problematiche che sono sorte riguardano l'ipotesi in cui si addivenga alla conciliazione e l'accordo è relativo ad uno dei contratti che necessitano di trascrizione ai sensi dell'art. 2643 c.c., in tale caso, posto che i conservatori dei registri immobiliari che devono trascrivere gli atti eseguono la trascrizione solo su sentenze, atti pubblici e scritture private con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente (2657 c.c. carattere tassativo del titolo per la trascrizione), il verbale ove è contenuta la mediazione sottoscritto dalla parti e dal mediatore che ne certifica la sottoscrizione deve essere a sua volta autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

La giurisprudenza di merito fino ad oggi pronunciata in materia di mediabilità di controversie aventi a oggetto fattispecie di usucapione, si è pronunciata, anche se non senza riserve connaturate alla natura della controversia e dei diritti da affermare, sulla sottoposizione di dette controversie all'istituto della mediazione. (v. Tribunale di Palermo)

SPESE PROCESSUALI ED ESITO DELLA MEDIA CONCILIAZIONE

Il profilo relativo alle spese processuali che investe il Giudice all'esito della preventiva attività di medio-conciliazione, soprattutto avuto riguardo alle ipotesi di tentativo obbligatorio - involge numerosi e diversi aspetti, primo tra tutti quello di costituire un forte incentivo, e un deterrente al contempo, per la definizione di una vertenza in via concordata e mediata in alternativa ad un provvedimento giurisdizionale in senso stretto.

Occorre al riguardo prendere subito le mosse dalla differenza tra il caso in cui la procedura si concluda con un verbale "positivo" da quello inverso.

Nella prima evenienza l'attività di mediazione è stata effettivamente **svolta ma l'accordo, amichevole o su proposta del mediatore, non è stato raggiunto** (mancato raggiungimento dell'accordo "amichevole" e/o rifiuto della proposta). Ed infatti nell'ipotesi in cui l'accordo sia stato raggiunto non vi sarà alcun giudizio contenzioso di "prosieguo".

Occorre rilevare che l'effettività della mediazione investe, in realtà, un duplice aspetto: quello inerente alla partecipazione di entrambi i contendenti al contraddittorio medio-conciliativo – profilo di per sé rilevante – e quello del mancato raggiungimento dell'accordo nei termini suddetti tenuto conto dell'esito del successivo giudizio contenzioso.

Il secondo caso, quello del c.d. verbale "negativo", involge l'ipotesi in cui una delle parti non si sia proprio presentata nella sede conciliativa, profilo oggetto di recentissime novità normative.

Ricordiamo preliminarmente il disposto **dell'art 11 del DLgs 28/2010** il quale dispone testualmente: che *“Se è raggiunto un accordo amichevole, il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo.*

Quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento. Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'articolo 13.”(comma 1)

“La proposta di conciliazione è comunicata alle parti per iscritto. Le parti fanno pervenire al mediatore, per iscritto ed entro sette giorni, l'accettazione o il rifiuto della proposta. In mancanza di risposta nel termine, la proposta si ha per rifiutata. Salvo diverso accordo delle parti, la proposta non può contenere alcun riferimento alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento.” (comma 2).

*“Se è raggiunto l'accordo amichevole di cui al comma 1 ovvero se tutte le parti aderiscono alla proposta del mediatore, si forma processo verbale che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere. Se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'articolo 2643 del codice civile, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato. **L'accordo raggiunto, anche a seguito della proposta, può prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento.**”*(comma 3°).

*“Se la conciliazione non riesce, il mediatore forma processo verbale con l'indicazione della proposta; il verbale è sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere. **Nello stesso verbale, il mediatore da atto della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione.**”*(comma 4°)

“ Il processo verbale è depositato presso la segreteria dell'organismo e di esso è rilasciata copia alle parti che lo richiedono” (comma 5°).

Avendo riguardo alla normativa dettata dal decreto lgs. n. 28/2010 in materia di spese processuali (art. 13) che sul punto è rimasta del tutto invariata dall'intervento correttivo del c.d. decreto del fare in quanto non interessata dai profili di illegittimità costituzionale, vediamo che la stessa introduce una “penalizzazione” per la parte che ancorché vincitrice del giudizio abbia rifiutato la proposta transattiva *“quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta”* (art. 13 comma 1°).

Si tratta, come si vede, di una vittoria del tutto anomala tenuto conto dei detti profili che portano a ritenere che si tratti di un trattamento peggiore anche rispetto alla soccombenza *tout court* che ha ovviamente la finalità di favorire ed incentivare fortemente un esito conciliativo della vertenza.

La condanna alle spese della parte vittoriosa che ha rifiutato la proposta conciliativa del mediatore, a mente della citata disposizione, sembra prescindere dalla valutazione sulla sussistenza di un giustificato motivo di tale rifiuto.

Nell'ipotesi delineata dal successivo comma 2°, e cioè “*Quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta (rifiutata)*”, il giudice, **se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può** nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente.

La citata norma sancisce dunque alla 1° ipotesi indicata il principio per cui se la parte che risulta formalmente vincitrice in giudizio ottiene, in realtà, lo stesso risultato ottenuto in sede conciliativa potrà essere esposta alle seguenti conseguenze:

- pur formalmente vincitrice in giudizio non otterrà la condanna alle spese in suo favore;
 - verrà condannata al pagamento delle spese di giudizio “successive alla formulazione della proposta”. Nelle spese processuali verranno ricomprese anche quelle del procedimento di mediazione e dell'eventuale esperto nominato.
 - dovrà pagare, a titolo di sanzione, una somma pari al contributo unificato dovuto;
- Con riguardo invece alla seconda ipotesi menzionata dall'art. 13 al citato secondo comma, questo è relativo al caso in cui l'esito del giudizio sia diverso rispetto alla formulazione della proposta rifiutata. In tal caso la parte pur formalmente vincitrice potrà essere esposta alle seguenti conseguenze:
- condanna a proprio favore delle spese di giudizio in esso comprese le spese del procedimento di mediazione e dell'eventuale esperto nominato;
 - è possibile, tuttavia, che il Giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, escluda dalla suddetta condanna alle spese della parte soccombente, le spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente. Il che vuol dire che la parte pur vittoriosa, assumerà su se stessa le proprie spese di mediazione e quelle dell'esperto.

La citata norma è, nel complesso, silente in ordine alle possibili “gravi ed eccezionali ragioni” anche se le stesse possono ragionevolmente individuarsi in quelle in cui ad es. la parte sia vittoriosa ma la differenza rispetto all'attività di mediazione sia residuale o a quella in cui la parte vittoriosa non sia stata collaborativa in sede di media conciliazione di talché emerga che in quella sede ben si sarebbe potuto giungere alla medesima conclusione. Anche se è ovviamente difficile dire fino a che punto il Giudice possa essere messo nelle condizioni di sapere quale sia stato il comportamento delle parti in sede di mediazione.

Si evidenzia, infatti che a mente dell'art. 10 del citato decreto (Inutilizzabilità e segreto professionale) “1. *Le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. Sul contenuto delle stesse dichiarazioni e informazioni*

non è ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisorio.
2. *Il mediatore non può essere tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione, né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità. Al mediatore si applicano le disposizioni dell'articolo 200 del codice di procedura penale e si estendono le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'articolo 103 del codice di procedura penale in quanto applicabili”.*

Resta comunque di non chiara portata il rinvio agli artt. 92-96 c.p.c. (compensazione delle spese; responsabilità aggravata) di cui alla prima parte della norma.

I maggiori dubbi attengono all'applicabilità di tali norme, ed in particolare l'art. 96 c.p.c., anche al caso della parte formalmente, anche solo in parte, vittoriosa.

Ed infatti, secondo la tesi maggioritaria l'art. 96 c.p.c. trova applicazione nel solo caso di totale soccombenza peraltro contraddistinta da profili valutativi in termini di mala fede o colpa grave (I co.); negligenza (II co.), latamente sanzionatori (III co.).

Diversamente, l'art. 92 c.p.c. consente al Giudice di escludere dalla condanna in favore della parte vittoriosa delle spese ritenute eccessive o superflue (I ipotesi); a prescindere dalla soccombenza può condannare una parte al rimborso delle spese, anche non ripetibili, causate all'altra parte per violazione dell'art. 88 c.p.c. (dovere di lealtà e probità). Ed infine, nel caso di soccombenza reciproca ovvero concorrano altre gravi ed eccezionali ragioni, “esplicitamente indicate nella motivazione”, il Giudice può compensare, anche parzialmente, le spese tra le parti.

Si ritiene secondo un'interpretazione condivisa da molti Tribunali italiani che il richiamo agli artt. 92 e 96 del c.p.c. contenuto nel secondo periodo dell'art. 13 del D.L.vo 28/2010 va inteso nel senso che il Giudice potrà valutare il comportamento tenuto dalle parti nel giudizio conseguente alla fase di mediazione, ai fini della compensazione delle spese di lite o della condanna per lite temeraria, e quindi a prescindere dall'atteggiamento che esse possano aver tenuto di fronte alla proposta conciliativa del mediatore.

Attese le conseguenze della condotta tenuta dalle parti, ed alla luce di quanto detto, potrebbe ritenersi opportuno che la proposta conciliativa della parte sia formalizzata negli scritti difensivi o nel verbale di udienza. E che, nel caso in cui la proposta venga formulata dalla parte o dal suo difensore, il Giudice, al fine di verificarne la serietà e per renderla più proficua possibile, esperisca, o rinnovi, il tentativo di conciliazione tra le parti.

V'è poi da dire che sebbene la norma non lo richieda esplicitamente non appare dubbio che il Giudice debba valutare la sussistenza di un giustificato motivo di rifiuto della proposta e deve ritenersi che sia a tal fine *opportuno che la parte o le parti che rifiutino la proposta illustrino sinteticamente a verbale le ragioni della loro decisione.*

Ciò diventa tanto più di evidente importanza quanto più si ravvisa circostanziato l'obbligo di motivazione da parte del giudicante (art. 13, secondo comma ultima parte) di motivare il provvedimento dal medesimo assunto in punto spese.

Occorre tener presente che per poter valutare la “legittimità” del rifiuto occorre raffrontare il risultato che la parte che ha rifiutato la proposta conciliativa avrebbe conseguito, accettando la proposta, e quello che ha conseguito con la decisione finale, avuto riguardo all'entità della domanda, nel caso di petitum costituito da somme di denaro, o al tipo e al numero di domande negli altri casi.

Ne discende che il rifiuto della proposta conciliativa può ritenersi giustificato allorché, ponendosi nel momento in cui venne formulata la proposta, era probabile, sulla base di tutte le emergenze processuali e delle concrete prospettive del giudizio,

che il suo esito avrebbe soddisfatto l'interesse, patrimoniale o comunque concreto, della parte che ha rifiutato la proposta in misura maggiore rispetto all'accettazione della stessa.

Alla luce della complessiva ratio dell'istituto quello che va certamente escluso è che possano costituire giustificato motivo di rifiuto della proposta conciliativa la convinzione della fondatezza delle proprie ragioni e l'asserita impossibilità economica di far fronte alla eventuale transazione.

Con riferimento alle conseguenze discendenti dalla mandata partecipazione al procedimento di mediazione e cioè all'ipotesi cioè di "verbale negativo" che da atto cioè del fatto che non si è addivenuti ad alcun componimento della vertenza, vediamo che l'art. 8 co. 5 del DLgs n. 28 è stato travolto dal giudizio di illegittimità costituzionale, ma è stato nella sua identica sostanza reintrodotta dall'art. 4 bis del medesimo articolo 8 da parte del c.d. decreto del fare, senza che allo stesso sia stata apportata alcuna modifica né di ordine sostanziale né formale nemmeno dalla legge di conversione.

Detto neo introdotto comma 4 bis reitera il principio secondo cui dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice del successivo processo contenzioso può desumere **argomenti di prova**.

Preliminarmente, si fa presente che la norma in commento (comma 5° dell'art. 8 citato) era stata successivamente introdotta ad opera dell'art. 2 co. 35 sexies del DL 2011/138 conv. con mod. nella legge 2011 n. 148 che ha aggiunto all'art. 8 il seguente comma: "*Il giudice **condanna** la parte costituita che, nei casi previsti dall'art. 5, non ha partecipato al procedimento **senza giustificato motivo**, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio*".

Detta norma produce, a ben vedere, l'effetto di "qualificare" le scelte comportamentali del **chiamato alla mediazione**, che vengono valutate dal giudice però nell'ambito endo-processuale ai sensi dell'art. 116 co. II c.p.c..

Si osserva al riguardo che non vi è dubbio che detta disposizione debba trovare applicazione certamente in quei casi in cui le parti sono obbligate al tentativo di conciliazione, per legge o per accordo *inter partes*: esse sono obbligate per legge nelle materie in cui il tentativo di conciliazione è posto come condizione di procedibilità della domanda giudiziale e per atto *inter vivos* quando, ai sensi dell'art. 5, comma 5, D.Lgs. n. 28/2010, "*il contratto, lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente prevedono una clausola di mediazione o conciliazione*". Le parti, poi, sono parimenti obbligate a partecipare alla mediazione nel caso della **c.d. conciliazione demandata** che, seppur sollecitata dal giudice, si attua solo nell'ipotesi in cui le parti aderiscano all'invito: in altri termini, le parti assumono con il giudice un impegno il cui mancato rispetto potrebbe integrare una violazione dell'obbligo di lealtà di cui all'art. 88 c.p.c.

La mancata partecipazione non giustificata sarà perciò elemento di prova per il giudice nell'eventuale successivo processo civile, nonché nel processo che proseguirà dopo la sospensione disposta dal giudice con la conciliazione dal medesimo richiesta.

La molteplicità e varietà delle possibili fattispecie è assai frastagliata ma possiamo ritenere che lo snodo interpretativo della norma in commento si incentri tutto sulla portata dell'art. 116 c.p.c. tenendo conto che costituisce principio consolidato quello secondo cui: "*il comportamento processuale ed extraprocessuale delle parti può costituire non solo elemento di valutazione delle risultanze acquisite ma anche unica e sufficiente fonte di prova idonea a sorreggere la decisione del giudice di*

merito tenuto conto dell'oggetto del giudizio e delle caratteristiche del procedimento" (cfr Cass. 16 giugno 2007 n 14748).

Può ipotizzarsi, al di là del possibile ventaglio di ipotesi, che nel caso in cui – forse l'ipotesi più frequente – colui che rifiuta ingiustificatamente la partecipazione risulti poi soccombente potrà assistersi ad un aggravamento ex art 96 c.p.c. .

Appare, tuttavia, difficilmente sostenibile che la mancata partecipazione si elevi da sola a fonte di "prova" ma può ritenersi che nel caso che il motivo di rifiuto sia palesemente pretestuoso, unitamente ad un quadro probatorio coerente con la soccombenza, la valutazione del giudice possa essere ragionevolmente influenzata da una simile condotta.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Per comprendere appieno i possibili effetti della innovazione legislativa così come riconscepita con il c.d. decreto del fare e per prevederne gli esiti in termini di ricaduta pratica sul contenzioso delle Corti, bisogna comunque attendere il periodo di *vacatio legis* di 12 mesi dalla data di entrata in vigore del d.l. 21 giugno 2013 n. 6, come stabilito dalle disposizioni transitorie e finali (art. 24).

In tale ottica non si può prescindere dalla considerazione che diverse sono le modalità di accesso alla mediazione.

Avviare, infatti, un procedimento di mediazione di una controversia avente a oggetto diritti disponibili in materia civile e commerciale se costituisce una facoltà aperta a chiunque vi abbia interesse (articolo 2, comma 1, del Dlgs 28/2010), dall'altro può costituire l'adempimento di una condizione di procedibilità *ex lege* (attuale articolo 5, comma 1 bis del Dlgs 28/2010), ovvero l'adempimento di un obbligo contrattuale (articolo 5, comma 5, del Dlgs 28/2010) o ancora l'accoglimento di un invito del giudice (articolo 5, comma 2, del Dlgs 28/2010).

La scelta normativa orientata ad un significativo deflazionamento del carico dei tribunali civili è palese e non consente l'adozione di meccanismi procedurali elusivi. E infatti il Ministero della Giustizia, dapprima con la circolare interpretativa del 4 aprile 2011 e poi con la modifica al regolamento attuativo (Dm 18 ottobre 2010 n. 180) adottata con il Dm 6 luglio 2011 n. 145 (in vigore dal 26 agosto 2011), ha chiarito che nei casi in cui la mediazione costituisce condizione di procedibilità *ex lege* «il mediatore svolge l'incontro con la parte istante anche in mancanza di adesione della parte chiamata in mediazione, e la segreteria dell'organismo può rilasciare attestato di conclusione del procedimento solo all'esito del verbale di mancata partecipazione della medesima parte chiamata e mancato accordo» (articolo 7, comma 5, lettera d), del Dm 180/2010, come inserito dall'articolo 3, comma 1, lettera a), del Dm 145/2011). Per cui la parte istante, nei casi di mediazione obbligatoria ex articolo 5, comma 1 bis, è consapevole che per la procedibilità della domanda giudiziale dovrà avviare e portare a completamento il procedimento di mediazione pur se lo stesso dovesse semplicemente concludersi con un mancato accordo derivante dalla mancata partecipazione dell'altra parte (cd. verbale negativo).

Invero, anche l'esame dei dati statistici più aggiornati forniti dal Ministero della Giustizia che sono seguiti all'entrata in vigore della obbligatorietà della mediazione sia pur nel periodo anteriore alla riforma illustrata, confermano la riflessione che sottolinea il sostanziale squilibrio dei risultati ottenuti rispetto agli obiettivi prefissati.

Fino ad oggi l'esperienza sul campo di detto strumento ha dato risultati modesti solo che si consideri che il numero degli aderenti che partecipano al procedimento di mediazione è pari solo al 28% dei casi. Ma se si considera che proprio nei procedimenti nei quali sono presenti tutte le parti, l'accordo è stato raggiunto nel

60% circa dei casi, occorreva evidentemente individuare ulteriori strumenti in grado di indurre anche le parti chiamate in mediazione (aderenti) a partecipare attivamente per una possibile soluzione negoziale delle liti.

E proprio alla luce della pregressa breve sperimentazione del procedimento di mediaconciliazione che si può certamente affermare che tale importante occasione non sia stata colta dal decreto legge del 21 giugno 2013 n. 6 nemmeno in sede di conversione.

In sintesi, può ritenersi che le nuove disposizioni introdotte dal d.l. 21 giugno 2013 n. 69 come convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013 n. 98 si muovono nella direzione di collegare l'interesse pubblico sotteso alla mediazione con la connessa esigenza di responsabilizzare le parti chiamate a mediare perché partecipino al tavolo della mediazione che è sede negoziale, ma risponde all'esigenza di riservare comunque alla giurisdizione ordinaria il ruolo di argine estremo, ineludibile e fondamentale, per la soluzione delle liti mediante la tutela dei diritti.

**Presidente della sezione civile
del Tribunale di Locri*

*Decreto legislativo n. 28 del 2010 come coordinato con le modifiche introdotte con il d.l. 21 giugno 2013 n. 69 convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013 n. 98. **

*il presente elaborato nasce dall'esperienza di incontri di studio tra più magistrati del Distretto di Corte di appello di Reggio Calabria che hanno messo a confronto le loro esperienze lavorative in sede di applicazione pratica dell'istituto della mediaconciliazione anche con l'aiuto dei dati e delle indicazioni fornite dall'Osservatorio della giustizia civile presente presso il Tribunale di Reggio Calabria.