

# LA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE

## (D.lgs. 28/2010)

### Sommario:

MEDIAZIONE e <i>ADR</i> .....	2
TIPOLOGIE di MEDIAZIONE.....	3
MEDIAZIONE DEMANDATA.....	4
MEDIATORE e ORGANISMO di MEDIAZIONE.....	6
PROCEDIMENTO di MEDIAZIONE .....	7
POSSIBILI CONSEGUENZE SANZIONATORIE.....	9
VANTAGGI e BENEFICI della MEDIAZIONE DEMANDATA....	10

## MEDIAZIONE e ADR

Con l'acronimo **ADR** (dall'inglese *Alternative Dispute Resolution*) si fa riferimento a quell'insieme di sistemi alternativi, rispetto ai percorsi giudiziari "ordinari", finalizzati alla risoluzione delle controversie.

Tali forme di *informal justice* hanno avuto diverso sviluppo e diffusione nei vari Paesi, a seconda del contesto culturale di riferimento. La nascita del fenomeno viene solitamente fatta risalire alle riflessioni della cultura giuridica statunitense degli anni Settanta (1976, *Pound Conference*). L'utilizzo di tali strumenti si è poi diffuso, con discreto successo, in molti stati dell'America del Sud ed a partire dagli anni Duemila, grazie all'intervento dell'Unione Europea, anche in Europa e dunque in Italia. Mentre negli Stati Uniti il ricorso agli ADR è stato per lo più determinato dagli elevati costi del sistema giudiziario, in Europa lo scopo perseguito è stata la ricerca di una risposta alternativa, più idonea a realizzare gli interessi concreti delle parti in conflitto.

La Direttiva 2008/52/CE – cui l'Italia ha dato attuazione mediante la l. 69/2009 ed il d.lgs. 28/20210 – considera la mediazione una «*forma di accesso alla giustizia*» non subordinata, bensì complementare rispetto al percorso giudiziario ordinario, dotata di pari dignità e talvolta persino più adeguata alla specifica domanda di giustizia. Mediazione e ADR in generale rappresentano, infatti, procedure alternative che, incentrandosi sulla volontà e sulla capacità di autodeterminazione delle parti, mirano al raggiungimento di soluzioni condivise, soddisfacenti per entrambe.

I dati statistici evidenziano come un utilizzo ampio e consapevole degli ADR svolga un ruolo di assoluta importanza in termini di efficienza del sistema giustizia, realizzando, oltre che una riduzione di tempi e costi, un incremento del tasso di soddisfazione delle parti in conflitto. Negli Stati Uniti d'America, ad esempio, solo un numero minimo di controversie (inferiore al 2%) arriva oggi ad essere deciso ad esito di un dibattimento con sentenza; la maggior parte di queste trova, infatti, una conclusione meno "traumatica" attraverso il raggiungimento di accordi conciliativi o transattivi.

Anche nel nostro ordinamento, nell'ultimo decennio, il ricorso a forme alternative di risoluzione della lite, tra cui rientrano le procedure di arbitrato, conciliazione, negoziazione assistita e mediazione civile e commerciale, è risultato in crescita. Rispetto a quest'ultima, all'iniziale atteggiamento di diffidenza si è progressivamente sostituito un approccio di interesse e fiducia, in conseguenza della maggiore informazione e consapevolezza dei cittadini rispetto ai molteplici e significativi vantaggi che tale istituto offre.

## TIPOLOGIE di MEDIAZIONE

Il d.lgs. 28/2010, contenente la disciplina in materia di mediazione civile e commerciale, prevede quattro tipologie di mediazione:

**a)** la **mediazione volontaria**, rimessa alla **volontà delle parti** che, prima di proporre una domanda giudiziale relativa a una controversia vertente su «*diritti disponibili*», possono decidere di rivolgersi a un Organismo di mediazione affinché un soggetto terzo, indipendente ed imparziale (il mediatore) le assista nel confrontarsi ai fini del raggiungimento di un accordo amichevole soddisfacente per entrambe;

**b)** la **mediazione obbligatoria**, disciplinata dall'art. 5, d.lgs. 28/2010, imposta dalla legge alle parti che intendano instaurare una controversia in materia di «*condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, associazione in partecipazione, consorzio, franchising, opera, rete, somministrazione, società di persone e subfornitura*». L'elencazione fatta dal legislatore si basa su una valutazione astratta delle tipologie di controversie che presentano caratteristiche tali da risultare più idonee ad essere risolte attraverso una soluzione conciliativa, anziché una pronuncia giudiziale.

Tale mediazione è obbligatoria in quanto, prescrivendo l'art. 5 che la stessa è «*condizione di procedibilità della domanda*», il mancato preventivo esperimento del relativo procedimento comporta il rigetto della domanda giudiziale;

**c)** la **mediazione demandata**, prevista dall'art. 5-*quater*, d.lgs. 28/2010, rimessa alla discrezionalità del giudice che, anche in sede di appello e fino all'udienza di precisazione delle conclusioni, dopo aver attentamente valutato «*la natura della causa, lo stato dell'istruzione, il comportamento delle parti e ogni altra circostanza*», può decidere di inviare le parti in mediazione dinanzi a un Organismo di mediazione da queste individuato. La scelta del giudice di disporre la mediazione si basa su una valutazione concreta delle peculiarità della specifica controversia, che sembrano consentire, a seguito di un percorso di confronto e dialogo tra le parti, il raggiungimento di un accordo conciliativo soddisfacente.

Se disposto, l'esperimento del procedimento di mediazione è obbligatorio, pena la dichiarazione di improcedibilità della domanda giudiziale e, in sede di appello, il conseguente passaggio in giudicato della sentenza di primo grado;

**d)** la **mediazione su clausola**, disciplinata dall'art. 5-*sexies*, d.l. 28/2010, prevista, in un contratto, uno statuto o un atto costitutivo di un ente pubblico o privato. L'inserimento in tali documenti di clausola di mediazione comporta che il preventivo esperimento del relativo procedimento sia «*condizione di procedibilità della domanda*», pena il rigetto in rito della stessa.

## MEDIAZIONE DEMANDATA

La mediazione demandata (prima delegata) è uno **strumento di risoluzione del conflitto complementare** alla giurisdizione ordinaria che, focalizzandosi non sui diritti astrattamente tutelabili, bensì sugli interessi concreti ed attuali delle parti, mira al raggiungimento di una **soluzione condivisa soddisfacente per entrambe** (accordo di conciliazione).

L'obiettivo perseguito si attua sostituendo alla logica del contrasto quella della cooperazione: attraverso un confronto diretto le parti possono, con l'aiuto di un soggetto terzo imparziale (il mediatore), ricominciare a dialogare e raggiungere insieme una soluzione basata sulla volontà di entrambe, che ne realizzi, seppur necessariamente solo in parte, gli **interessi effettivi**. Poiché il contenuto dell'**accordo di conciliazione** è determinato e voluto dalle parti, e non individuato ed imposto loro da un soggetto esterno (il mediatore può solo formulare una proposta di conciliazione, che le parti sono libere di accettare o rifiutare), la mediazione è considerata uno strumento di **giustizia consensuale**.

La mediazione demandata è prevista dall'**art. 5-quater, d. lgs.28/2010**, e può essere **disposta dal giudice**, anche in sede di appello e fino alla precisazione delle conclusioni, qualora nel corso del giudizio, dopo aver effettuato un'**attenta valutazione** circa «*la natura della causa, lo stato dell'istruzione, il comportamento delle parti e ogni altra circostanza*», ritenga possibile il raggiungimento, fuori dal processo, di una soluzione condivisa della lite, reciprocamente accettata perché voluta.

Oltre che sui **parametri individuati dal legislatore**, la scelta del giudice di inviare le parti in mediazione si basa su un'attenta valutazione delle **peculiarità di quella singola e specifica controversia**. Soltanto qualora le caratteristiche del caso concreto evidenzino l'opportunità che le parti intraprendano, assistite da un soggetto terzo imparziale, un percorso di serio confronto al fine di ristabilire il dialogo e raggiungere autonomamente un accordo soddisfacente per entrambe, invierà le parti in mediazione.

Nell'(eventuale) **ordinanza motivata** di invio, accertata la sussistenza dei presupposti di legge, il giudice è tenuto a specificare le peculiarità che rendono consigliabile nel caso concreto l'esperimento del procedimento di mediazione. Tale indicazione offrirà un utile spunto di riflessione per le parti in conflitto, che sarà compito del mediatore rendere capaci di auto-osservarsi ed auto-giudicarsi anche in funzione dell'altro. Qualora le parti non riescano a raggiungere autonomamente un accordo, il mediatore potrà, di propria iniziativa o su loro concorde richiesta, formulare una proposta conciliativa, la cui accettazione o rifiuto sono comunque rimessi alla libera volontà delle parti.

Tale ordinanza conterrà inoltre la data della successiva udienza, fissata a una distanza temporale di almeno tre mesi (ovvero la durata prevista dalla legge per l'esperimento della mediazione) volta a verificarne l'esito del procedimento.

Poiché il d.lgs. 28/2010 dispone che la mediazione demandata è «**condizione di procedibilità della domanda**», il mancato esperimento della stessa comporta il rigetto in rito della domanda giudiziale e, in sede di appello, il conseguente passaggio in giudicato della sentenza impugnata.

Le parti, pertanto, sono tenute ad avviare il procedimento di mediazione presentando domanda, nel termine fissato dal giudice nell'ordinanza di invio, presso un Organismo di mediazione territorialmente competente, ovvero che abbia sede nello stesso circondario di Tribunale o distretto di Corte d'Appello nanti cui pende il giudizio. Unitamente alla domanda di mediazione occorre depositare anche il provvedimento giudiziale che l'ha disposta: l'ordinanza di invio.

In caso di mediazione disposta dal giudice è inoltre prescritto l'**obbligo della difesa tecnica**. Le parti sono, pertanto, tenute a farsi assistere dai rispettivi avvocati nel corso del procedimento di mediazione; possono però avvalersi del patrocinio a spese dello Stato qualora si trovino nelle condizioni reddituali previste dal testo unico in materia di spese di giustizia (D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115).

## **MEDIATORE e ORGANISMO di MEDIAZIONE**

Il **mediatore** è un soggetto **terzo, indipendente ed imparziale** che assiste due o più parti nella *«ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia»*, talvolta anche formulando una proposta per la risoluzione della stessa. Si tratta di un avvocato iscritto all'albo professionale, oltre che presso un Organismo di mediazione, che abbia svolto un periodo di **adeguata formazione** in materia di mediazione, e che si impegni al relativo continuo aggiornamento tramite la partecipazione a corsi teorico-pratici a ciò finalizzati.

Il mediatore è designato dal responsabile dell'Organismo di mediazione al momento della presentazione della domanda; è possibile la nomina di uno o più *«mediatori ausiliari»* qualora la controversia richieda *«specifiche competenze tecniche»*.

Quando riceve l'incarico il mediatore è tenuto a sottoscrivere una dichiarazione di indipendenza ed imparzialità, nonché comunicare eventuali circostanze sopravvenute che possano incidere su tali requisiti.

Per tutto il corso del procedimento il mediatore ha **obbligo di riservatezza** rispetto alle dichiarazioni rese ed alle informazioni acquisite. Il suo compito consiste nell'assistere le parti affinché riescano ad attuare un serio ed effettivo confronto sulle questioni controverse, che consenta loro di individuare insieme una soluzione della controversia rispondente agli interessi di entrambe.

Solo qualora l'accordo non sia raggiunto, o vi sia un'espressa richiesta delle parti in tal senso, il mediatore potrà formulare una proposta di conciliazione, che le parti potranno liberamente accettare o rifiutare.

Per lo svolgimento dell'attività, il mediatore riceve un'indennità, stabilita con tariffe ministeriali e commisurata al valore della lite.

**Organismi di mediazione** possono essere enti pubblici o privati, che offrono garanzie di serietà ed efficienza e che risultano iscritti in apposito registro ministeriale. Gli organismi accreditati sono dotati di un proprio regolamento di procedura e codice di rito. La loro competenza territoriale coincide con quella del giudice territorialmente competente per la controversia.

Nel limite del rispetto di tale competenza territoriale, la scelta dell'organismo cui rivolgersi è rimessa alla volontà della parte che deposita la domanda di avvio del procedimento di mediazione.

## PROCEDIMENTO di MEDIAZIONE

Il procedimento di mediazione ha avvio con la presentazione della **domanda di parte** presso un Organismo di mediazione territorialmente competente, ovvero che abbia sede nello stesso circondario di Tribunale o distretto di Corte di Appello nanti cui si andrà ad instaurare o è già pendente il giudizio. In caso di mediazione demandata, unitamente alla domanda, occorre depositare anche il provvedimento giudiziale che l'ha disposta: l'**ordinanza di invio**. A far data dalla comunicazione, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli stessi effetti della domanda giudiziale ed impedisce, per una sola volta, la decadenza.

Seguono la nomina, da parte del responsabile dell'Organismo scelto, del mediatore (e degli eventuali mediatori ausiliari qualora l'oggetto della controversia richieda «*specifiche competenze tecniche*»), la fissazione di data, orario e sede del primo incontro (da tenersi non prima di venti e non oltre quaranta giorni), nonché l'indicazione delle modalità di svolgimento della procedura.

In forza delle recenti modifiche, in aggiunta alla **modalità ordinaria in presenza**, il d.lgs. 28/2010 prevede, infatti, la possibilità di svolgere gli incontri di mediazione in **modalità telematica**, tramite collegamenti audiovisivi da remoto, purché sia assicurata la contestuale, effettiva e reciproca udibilità e visibilità delle persone collegate. In tal caso atti e documenti del procedimento sono formati e sottoscritti con modalità digitale e trasmessi a mezzo di posta elettronica certificata.

In caso di mediazione disposta dal giudice è inoltre prescritto l'obbligo della **difesa tecnica**. Le parti sono, pertanto, tenute a farsi assistere dai rispettivi avvocati nel corso del procedimento di mediazione; possono però avvalersi del patrocinio a spese dello Stato qualora si trovino nelle condizioni reddituali previste dal testo unico in materia di spese di giustizia (D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115).

Posto che il procedimento di mediazione è volto a realizzare un effettivo confronto sulle questioni controverse, le parti sono tenute a **parteciparvi personalmente**. Solo in presenza di «*giustificati motivi*» è possibile delegare, con apposita procura sostanziale (che è atto diverso rispetto alla procura alle liti conferita al difensore), un rappresentante a conoscenza dei fatti di causa e munito dei poteri necessari per comporre la lite.

Al **primo incontro** le parti, dopo essere state opportunamente informate dal mediatore circa funzione, modalità di svolgimento e **conseguenze processuali** negative che possono derivare dal rifiuto ingiustificato di dar seguito al procedimento, devono esprimersi in merito alla possibilità di iniziare la mediazione; in caso di risposta positiva prende avvio lo svolgimento. Parti ed avvocati sono tenuti a cooperare in buona fede e lealmente al fine di realizzare un «*effettivo confronto sulle questioni controverse*».

Al termine di ogni incontro è redatto, a cura del mediatore, un verbale sottoscritto da tutti i partecipanti, sui quali grava un «*dovere di riservatezza*» rispetto alle dichiarazioni rese ed alle informazioni acquisite nel corso del procedimento. Tali

dichiarazioni e informazioni, inoltre, non possono essere utilizzate nel successivo (eventuale) giudizio, salvo consenso della parte interessata, né il loro contenuto può formare oggetto di prova testimoniale o giuramento decisorio.

Il mediatore può avvalersi di uno o più «*esperti*», scelti tra gli iscritti agli albi dei consulenti tecnici presso i Tribunali, le cui relazioni saranno producibili in giudizio soltanto previo accordo delle parti in tal senso.

Il procedimento ha una **durata** non superiore a tre mesi, prorogabile di ulteriori tre con accordo scritto delle parti in tal senso. Se pende il giudizio (es. in caso di mediazione demandata) occorre comunicare al giudice la proroga del termine.

Se ad esito del procedimento le parti raggiungono l'**accordo di conciliazione**, il testo di questo, sottoscritto dalle parti e dai loro avvocati, viene allegato al verbale conclusivo, sottoscritto da tutti i partecipanti alla procedura, che il mediatore deposita presso la segreteria dell'Organismo di mediazione. Detto accordo ha **efficacia di titolo esecutivo** ai fini dell'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare, e dell'iscrizione di ipoteca giudiziale, senza necessità di essere omologato con decreto dal Presidente del Tribunale.

In caso di mancato accordo, il mediatore, di propria iniziativa o su richiesta congiunta delle parti, può formulare una proposta di conciliazione che, salvo diverso accordo delle parti, non può contenere alcun riferimento alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento. Le parti, debitamente informate delle possibili **conseguenze sulle spese processuali**, sono libere di accettare o rifiutare la proposta formulata dal mediatore nel termine stabilito.

Il mancato raggiungimento dell'accordo, così come il rifiuto dell'eventuale proposta di conciliazione, comportano l'avvio del procedimento giudiziale o la prosecuzione dello stesso, qualora già pendente (es. in caso di mediazione demandata).



## POSSIBILI CONSEGUENZE SANZIONATORIE

La disciplina in materia di mediazione prevede alcune conseguenze sanzionatorie, in termini processuali ovvero sulle spese di giustizia, che possono derivare da comportamenti ingiustificatamente omessi o deliberatamente posti in essere dalle parti nel corso del procedimento.

Quanto alle possibili **conseguenze processuali**, ai sensi dell'**art. 12-bis**, d.lgs. 28/2010, la «*mancata partecipazione senza giustificato motivo*» della parte al primo incontro di mediazione, anzitutto, può costituire argomento di prova (sfavorevole) nel successivo giudizio.

Qualora l'esperimento del procedimento di mediazione sia condizione di procedibilità della domanda (es. in caso di mediazione demandata) tale comportamento ingiustificato comporta, inoltre, la condanna della parte costituita al pagamento in favore del bilancio dello Stato di una somma pari al doppio del contributo unificato dovuto per il giudizio.

Infine, se tale condotta è stata posta in essere dalla parte soccombente, esiste la possibilità che il giudice, su richiesta di controparte, la condanni anche al pagamento di una somma equitativamente determinata, nel limite dell'importo massimo delle spese di giustizia maturate dopo la conclusione del procedimento di mediazione.

Le **conseguenze sulle spese processuali**, disciplinate dall'**art. 13**, d.lgs. 28/2010, sono connesse al rifiuto della (eventuale) proposta di conciliazione qualora il contenuto del provvedimento che definisce il giudizio: (i) corrisponda interamente o (ii) quantomeno in parte al contenuto di questa.

Nella prima ipotesi, la parte vincitrice che ha rifiutato la proposta di conciliazione non ottiene il rimborso delle spese processuali maturate dopo la formulazione ed è anzi tenuta a rimborsare a controparte le spese relative allo stesso periodo, nonché a versare al bilancio dello Stato una somma pari al contributo unificato dovuto per il giudizio. Tale parte, inoltre, è esposta al rischio di ulteriori conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'applicazione della disciplina in materia di spese prevista dal codice di rito (art. 92 e 96 c.p.c.).

Nella seconda ipotesi sono previste conseguenze meno severe (esclusione della ripetizione delle spese sostenute per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto, se nominato), che si verificano solo qualora ricorrano «*gravi ed eccezionali ragioni*», che dovranno essere esplicitate nel provvedimento giudiziale sulle spese.

## VANTAGGI e BENEFICI della MEDIAZIONE DEMANDATA

- a) **rapidità e flessibilità:** il procedimento deve concludersi entro tre mesi dal deposito della domanda, salvo le parti, con accordo scritto, ne chiedano la proroga per ulteriori tre. Inoltre, al fine di agevolare la partecipazione personale delle parti, è possibile svolgere gli incontri con modalità telematica, tramite collegamento audiovisivo da remoto;
- b) **economicità:** il primo incontro ha un costo pressoché simbolico, posto che le spese di avvio sono pari ad euro 40, oltre IVA, per i procedimenti di valore fino ad euro 250.000; ad euro 80, oltre IVA, per i procedimenti di valore superiore. Solo nel caso in cui le parti decidano di proseguire il procedimento, sono tenute a versare le indennità dovute all'Organismo di mediazione, determinate con tariffe ministeriali, e commisurate al valore della lite (art. 16, D.M. 180/2010). I costi del procedimento di mediazione, oltre ad essere più contenuti rispetto a quelli del giudizio ordinario, sono dunque certi e predeterminati, a prescindere della durata e del numero di incontri. Tutti gli atti, documenti e provvedimenti sono esenti da ogni imposta di bollo, spesa o tassa, ed il verbale contenente l'eventuale accordo di conciliazione è esente da imposta di registro sino alla concorrenza di euro 100.000;
- c) **vantaggi fiscali:** in caso di raggiungimento dell'accordo di conciliazione, le parti beneficiano di (i) un credito d'imposta, fino al limite di euro 600, per l'indennità corrisposta all'Organismo di mediazione, (ii) di un credito d'imposta, sempre nel limite di euro 600, per il compenso corrisposto all'avvocato che le ha assistite nel procedimento, nonché (iii) di un ulteriore credito d'imposta nel limite dell'importo versato per il contributo unificato del giudizio estinto, fino a concorrenza di euro 518;
- d) **realizzazione degli interessi concreti e controllo sul risultato:** le parti, assistite dai rispettivi avvocati, hanno la possibilità di confrontarsi personalmente sulle questioni controverse, al fine di raggiungere un accordo soddisfacente per entrambe. Le parti, inoltre, possono chiedere al mediatore di formulare una proposta di conciliazione; è, pertanto, escluso il rischio di ricevere una decisione inaspettata o totalmente avversa;
- e) **efficacia di titolo esecutivo:** l'accordo di mediazione, sottoscritto dalle parti, dal mediatore e dagli avvocati costituisce titolo esecutivo ai fini dell'esecuzione forzata e dell'iscrizione di ipoteca giudiziale, senza necessità di essere omologato dal Presidente del Tribunale;
- f) **riservatezza e segretezza:** tutti i soggetti che partecipano al procedimento (parti, avvocati, mediatore, esperti) sono tenuti a non rivelare alcuna dichiarazione resa o informazione acquisita nel corso dello stesso. Del pari, tali dichiarazioni ed informazioni non possono essere utilizzate nel successivo (eventuale) giudizio, salvo consenso della parte interessata; sul contenuto delle stesse non è ammessa prova testimoniale, né può essere deferito giuramento a controparte.