

ERNESTO FABIANI MAURO LEO

Prime riflessioni sulla “mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali” di cui al d.lgs. n. 28/2010*

SOMMARIO: 1. PREMESSA - 2. LE VARIE FORME DI MEDIAZIONE PREVISTE DAL LEGISLATORE (MEDIAZIONE “OBBLIGATORIA”, MEDIAZIONE “FACOLTATIVA” E MEDIAZIONE “CONCORDATA”): AMBITO DI APPLICAZIONE, CARATTERISTICHE E “RAPPORTI” CON IL PROCESSO: 2.1 *Premessa*; 2.2 *La mediazione “obbligatoria”*; 2.3 *La mediazione “facoltativa”*; 2.4 *La mediazione “concordata”* – 3. GLI ORGANISMI DI CONCILIAZIONE E LA FIGURA DEL MEDIATORE: 3.1 *Gli organismi di conciliazione*; 3.2 *La figura del mediatore* - 4. L’OBBLIGO DELL’AVVOCATO DI INFORMARE L’ASSISTITO DELLA POSSIBILITÀ DI AVVALERSI DEL PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE – 5. IL PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE – 6. L’ACCORDO ED IL VERBALE DI CONCILIAZIONE – 7. IL RUOLO DEL NOTAIO NELL’AMBITO DELLA “MEDIAZIONE FINALIZZATA ALLA CONCILIAZIONE DELLE CONTROVERSIE CIVILI E COMMERCIALI” DI CUI AL D.LGS. N. 28/2010: 7.1 *Premessa*; 7.2 *L’autenticazione notarile del verbale di conciliazione*; 7.3. *Il “notaio-mediatore”*; 7.4 *La differente possibile consistenza documentale dell’accordo conciliativo* – 8. LA TRASCRIZIONE DEL VERBALE DI CONCILIAZIONE - 9. LA STABILITÀ DELL’ATTO FINALE DEL PROCEDIMENTO DI CONCILIAZIONE (RIMEDI ESPERIBILI) – 10. L’EFFICACIA ESECUTIVA E L’ ESECUZIONE: 10.1 *Premessa*; 10.2 *Funzione ed ambito di applicazione dell’omologa*; 10.3 *Un vuoto normativo (e di tutela) da colmare in via interpretativa: il rimedio avverso il diniego di omologa*; 10.4 *La natura di titolo esecutivo del verbale di conciliazione* – 11. “RAPPORTI” FRA AUTENTICAZIONE NOTARILE ED OMOLOGAZIONE GIUDIZIARIA – 12. CONCLUSIONI.

1. Premessa

Il legislatore, in attuazione della delega al Governo contenuta nell’art. 60 della Legge 18 giugno 2009 n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile)¹, è di recente intervenuto, con il decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, sulla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali».

*I paragrafi 3, 7 e 8 sono di M. Leo; gli altri paragrafi di E. Fabiani.

Il presente studio è in corso di pubblicazione su *Rivista del notariato*, n. 4/2010.

¹ Su cui cfr. per tutti: R. CAPONI, *Delega in materia di conciliazione delle controversie* in AA.VV., *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69)* in *Foro it.*, 2009, V, 354 ss; F.P. LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1257 ss; C. PUNZI, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*,

Detto decreto legislativo è entrato in vigore il 20 marzo 2010, ma diverrà definitivamente operativo, anche con riferimento a quello che ne costituisce il nucleo più significativo, e cioè l'introduzione di una nuova figura di mediazione "obbligatoria" per un elevatissimo numero di controversie civili, solo per effetto del decorso di dodici mesi dalla suddetta data di entrata in vigore del decreto.

Con tale decreto legislativo (e più precisamente con l'art. 23 di cui allo stesso) si procede, peraltro, all'abrogazione degli artt. da 38 a 40 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, stabilendo, al contempo, che «i rinvii operati dalla legge a tali articoli si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni del presente decreto», con conseguente cedere il passo delle regole della conciliazione societaria a quelle della «mediazione finalizzata alla conciliazione»².

L'intervento del legislatore:

- per un verso, mira indubbiamente a valorizzare nel nostro ordinamento l'istituto della mediazione; e lo fa, pur con le peculiarità che – come vedremo – gli sono proprie, muovendosi in un contesto, quale quello europeo, particolarmente sensibile ed attento a profili in qualche modo connessi alla garanzia di un miglior accesso alla giustizia, quali, per quanto qui interessa, l'accesso ai metodi giudiziali e stragiudiziali di risoluzione delle controversie³;

2009, 845 ss; I. LOMBARDINI, *Considerazioni sulla legge delega in materia di mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, in *Studium juris*, 2010, 8 ss.

² Cfr. per tutti sul punto D. DALFINO, *Dalla conciliazione societaria alla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali"*, in www.judicium.it, 1 ss il quale pone in rilievo come, per effetto del suddetto "passaggio", «il ricorso allo strumento conciliativo, da meramente facoltativo (o facoltativamente obbligatorio, in presenza di relativa clausola), è diventato (nelle ipotesi contemplate dall'art. 5, 1° comma, d.leg. 28/2010) obbligatorio e preliminare all'esercizio dell'azione», ma «non sono mutate, tuttavia, le opzioni di fondo, favorevoli alla valorizzazione di un sistema "alternativo" di "accesso alla giustizia" di tipo strutturato (organizzato, cioè, attraverso organismi stabili e funzionalmente dedicati), accompagnato da agevolazioni di carattere fiscale, di tipo non "aggiudicativo"».

³ E dunque, anche la mediazione in materia civile e commerciale, non a caso di recente fatta oggetto di intervento da parte del Parlamento Europeo e del Consiglio con la Direttiva 2008/52/CE, con la quale, sia pur intervenendo espressamente con riferimento alle sole controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale, si sono affermati importanti principi di portata più generale e, come si legge nel "considerando" n. 8, «nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni»: cfr. per tutti in tal senso L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel D. Lgs. N. 28 del 4 marzo 2010*, in www.judicium.it, 2; nonché, in via più generale sulla conciliazione e mediazione in una prospettiva europea: E. MINERVINI, *La direttiva europea sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contratto e impresa - Europa*, 2009, 41 ss; M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 357 ss; ID., *Conciliazione e mediazione alla luce della proposta di direttiva europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 463 ss. Sul distinguo fra la mediazione di cui a tale direttiva (ed a quelle precedenti 1998/257/CE e 2001/310/CE) e la mediazione che si intende introdurre in Italia con il d.lgs. n. 28/2010 G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in www.judicium.it, 1; nonché, più ampiamente, per un raffronto fra la «mediazione volta alla conciliazione» di cui alla direttiva 2008/52/CE e quella di cui al d.lgs. n. 28/2010 D. DALFINO, *Dalla conciliazione societaria alla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali"*, cit., 2 ss.

- per altro verso, si muove evidentemente in una prospettiva palesemente orientata nella direzione volta a ricorrere all'istituto della mediazione nella speranza di poter risolvere (o quanto meno attenuare) la grave crisi in cui versa ormai da tempo la giustizia civile e di sopperire, dunque, alle relative inefficienze statali ⁴.

Pur essendo presente, in altri termini, in detto intervento legislativo un ricorso alla mediazione quale strumento di *access to justice* ⁵, sembra decisamente prevalere la prospettiva tendente a ricorrere al contempo al medesimo istituto quale strumento di deflazione del carico di lavoro dei giudici professionali ⁶.

Del resto, costituisce ormai un dato di fatto che negli ultimi decenni si sia assistito in occidente ad un sempre accresciuto interesse verso i metodi di composizione delle controversie alternativi (cd. ADR, *Alternative Dispute Resolution*) rispetto al processo di cognizione dinanzi al giudice statale e che una delle cause di ciò sia da rinvenirsi proprio nell'incapacità dello Stato di rispondere in modo efficace alla domanda di giustizia della società civile ⁷, pur rientrando fra i metodi di ADR istituiti anche estremamente eterogenei tra di loro ⁸.

Il nostro ordinamento conosce ormai da tempo numerose e variegata ipotesi di mediazione/conciliazione amministrata da enti pubblici o privati su base consensuale ⁹ e lo stesso

⁴ Cfr. per tutti sul punto R. CAPONI, *La riuscita della legge per ridurre il contenzioso passa per un'adeguata formazione degli operatori*, in *Guida al diritto*, n. 12 del 20 marzo 2010, 48 ss; nonché criticamente sulla «aspirazione a utilizzare la conciliazione come uno strumento per risolvere le inefficienze della giustizia statale, facendo in modo che molte o alcune delle controversie civili e commerciali non giungano nelle aule dei tribunali» M. BOVE, *Mediazione civile: una disciplina poco liberale che richiede una visione legata agli interessi*, in *Guida al diritto*, n. 13 del 27 marzo 2010, 11 ss secondo il quale «se è vero che la Corte costituzionale ha salvato la legittimità costituzionale dei tentativi obbligatori di conciliazione, è anche vero che con impostazioni di questo tipo si dimentica che un percorso di mediazione può avere possibilità di riuscita solo se le parti scelgono liberamente di intraprenderlo».

⁵ Cfr. per tutti sul punto R. CAPONI, *La giustizia civile alla prova della mediazione. Quadro generale* in corso di pubblicazione nel fascicolo di aprile 2010 del *Foro italiano*, parte V ma già reperibile al seguente indirizzo <http://unifi.academia.edu/remocaponi/Papers/154147/R--Caponi--La-giustizia-civile-alla-prova-della-mediazione--Quadro-generale--2010>.

⁶ Sulla tendenza presente nel nostro ordinamento positivo a ricorrere alla conciliazione, e più esattamente al «tentativo di conciliazione» quale «"filtro", obbligatorio o facoltativo, per l'accesso alla giustizia ordinaria o agli arbitrati amministrati, ovvero come "fase preliminare" necessaria al procedimento giurisdizionale o arbitrale, o, infine, come "mezzo per concludere" tali procedimenti senza il *dictum* del giudice o dell'arbitro» cfr. per tutti C. PUNZI, *Mediazione e conciliazione*, cit., 854.

⁷ Cfr. per tutti sul punto, anche per ulteriori riferimenti, R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR* («*Alternative Dispute Resolution*», in *Foro it.*, 2003, V, 165.

⁸ Cfr. per tutti sul punto: R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR* («*Alternative Dispute Resolution*», cit., 165; C. PUNZI, *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, 327ss; nonché, più ampiamente, i contributi monografici di: F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008; F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008; L. PASSANANTE, *Modelli di tutela dei diritti. L'esperienza inglese e italiana*, Padova, 2007 ed ivi ulteriori riferimenti.

⁹ Presso le camere di commercio, art. 2, comma 4, l. n. 580/1993; in materia societaria - artt. 38-40 dlgs n. 5/2003 -, di *franchising* - art. 7 legge n. 129/2004 -, di patti di famiglia - legge n. 55/2006 -, oggi abrogati e trasfusi, con taluni adattamenti, nel dlgs n. 28/2010; presso la camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob, dlgs n. 179/2007; in materia bancaria e creditizia, art. 128-bis dlgs n. 385/1993: cfr. da ultimo su tali ipotesi R. CAPONI, *La*

tentativo di ricorrere a forme di conciliazione obbligatoria con finalità deflative rispetto al carico di controversie cui devono far fronte i giudici civili, seppur perseguito sinora in modo frammentario e disorganico¹⁰, non costituisce una novità assoluta. Ma, indubbiamente, ci troviamo comunque di fronte ad un intervento legislativo avente carattere innovativo, oltre che di grosso impatto sul piano pratico, se non altro in ragione:

- dell'elevatissimo numero di controversie civili che, per la prima volta, vengono ad essere assoggettate ad una mediazione "obbligatoria";

- di talune delle scelte effettuate dal legislatore nel disciplinare quest'ultima e le altre forme di mediazione/conciliazione che, come vedremo di qui a breve, ha al contempo introdotto in questa occasione nel nostro ordinamento.

Scopo del presente contributo è quello di dar conto, anzitutto, delle principali novità introdotte dal legislatore, per poi guardare alle stesse in una prospettiva che miri, non solo ad individuare (quanto meno talune del)le principali problematiche poste dal rinnovato quadro normativo di riferimento, ma anche ad esaminare taluni profili propri dello stesso per l'ipotesi in cui il ruolo di mediatore sia rivestito da una figura professionale, assolutamente peculiare, qual è quella del notaio, o questo sia comunque chiamato ad operare in questo contesto, in forza di quanto espressamente previsto dal d.lgs. n. 28/2010, quale pubblico ufficiale autorizzato ad autenticare i verbali di conciliazione destinati alla trascrizione.

2. Le varie forme di mediazione previste dal legislatore (mediazione "obbligatoria", mediazione "facoltativa" e mediazione "concordata"): ambito di applicazione, caratteristiche e "rapporti" con il processo

2.1 Premessa

riuscita della legge per ridurre il contenzioso passa per un'adeguata formazione degli operatori, cit., 48 ed ivi riferimenti anche sulle «buone prassi che si muovevano finora praeter legem».

¹⁰ Il riferimento è, in particolare, alla conciliazione obbligatoria prevista, oltre che per le procedure espressamente richiamate dall'art. 5 del decreto (Dlgs. n. 179 del 2007 che disciplina la conciliazione e l'arbitrato nelle controversie tra i risparmiatori e gli investitori e l'art. 128 bis del T. U. bancario sulle controversie tra banche e intermediari finanziari), per le controversie in materia di diritto del lavoro con datore privato (artt. 410 ss. c.p.c.; art. 5 L. 11 maggio 1990, n. 108) e con datore pubblico (artt. 65 ss. D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165); per le controversie in materia agraria (art. 46 L. 3 maggio 1982, n. 203); per le controversie fra utenti o categorie di utenti e un soggetto autorizzato o destinatario di licenze in materia di comunicazione, oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze di comunicazione tra loro (art. 1, comma 11, L. 31 luglio 1997, n. 249); per le controversie in materia di diritto di autore (art. 71-*quinquies* e 194 *bis* L. 22 aprile 1941, n. 633) e per quelle in materia di contratti di subfornitura (art. 10 L. 18 giugno 1998, n. 192). Cfr. per tutti in via più generale sul punto C. PUNZI, *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, cit., 329 ss.

Volendo in questa sede lasciar da parte ogni valutazione in ordine alla terminologia utilizzata dal legislatore ed al distinguo fra mediazione e conciliazione¹¹, preme qui, piuttosto, evidenziare come, in realtà, varie sono le ipotesi di mediazione/conciliazione introdotte dal legislatore con il decreto legislativo in esame, il quale, avuto riguardo alle differenti possibili soluzioni astrattamente immaginabili in una prospettiva di ricorso all'istituto della mediazione/conciliazione sotto il profilo dei "rapporti" con il processo¹², ha inteso evidentemente ricorrevi percorrendo (non una ma) più delle possibili vie.

Ben consapevoli della possibilità, a fronte delle scelte (talvolta anche originali) effettuate dal legislatore del 2010, di ricorrere a differenti possibili classificazioni/qualificazioni delle diverse ipotesi di mediazione previste dallo stesso¹³, si preferisce, più che altro per una maggiore chiarezza espositiva, ricorrere al distinguo fra:

- 1) mediazione "obbligatoria";
- 2) mediazione "facoltativa";
- 3) mediazione "concordata".

¹¹ Su cui cfr. per tutti C. PUNZI, *Mediazione e conciliazione*, cit., 845 ss il quale, nell'esaminare i criteri contenuti nella delega al governo di cui all'art. 60 della l. n. 69/2009 ha ritenuto (spec. 853) che, «alla stregua di tali criteri, si rileva agevolmente che la *mediazione* non viene configurata come un istituto distinto dalla *conciliazione* e caratterizzato dall'incontro delle parti per realizzare il loro *accordo diretto*, sia pure agevolato, ma solo agevolato dall'assistenza di un mediatore, laddove, invece, la *conciliazione* presuppone l'intervento del terzo conciliatore, che svolge un ruolo attivo, formulando una *proposta*, che le parti sono libere di accettare, perfezionando, con l'accettazione della proposta, la *conciliazione*. Affermare, infatti, che la *mediazione* è finalizzata alla *conciliazione* vuol dire attribuire alla mediazione la sola funzione di intervento di un soggetto terzo che, *mediando* tra le parti e formulando una proposta, svolge ciò che altro non è che un vero e proprio *tentativo di conciliazione*».

¹² Cfr. per tutti sul punto, anche per ulteriori riferimenti: F.P. LUISO, voce *Conciliazione* in *Il diritto- Enc. giur.*, Milano, 2007, III, 498 ss; nonché da ultimo F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, cit., 167 ss. Anche se, giova evidenziarlo, al di là delle varie possibili classificazioni della conciliazione avuto riguardo ai suoi "rapporti" con il processo, non è mancato chi ha evidenziato come il processo «accompagna come un'ombra tutte le forme di conciliazione», anche quelle che nascono e crescono in contesti completamente distinti (e se del caso anche alternativi) rispetto a quello giudiziario (il riferimento è a P. BIAVATI, *Conciliazione strutturata e politiche della giustizia* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, spec. 787-788).

¹³ Cfr. per tutti, a titolo esemplificativo, nel riprendere la classificazione in precedenza proposta da altra dottrina (F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, cit., 51), quanto ritenuto da L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel D. Lgs. N. 28 del 4 marzo 2010*, cit., 4-5 secondo il quale «il provvedimento in esame introduce non uno, ma tre diversi tipi di mediazione, tutti soggetti al medesimo procedimento, ma radicalmente differenti quanto ai presupposti. ... possiamo dire che ci troviamo qui di fronte: a) a un procedimento di mediazione su base volontaria stragiudiziale ed extraprocessuale: le parti possono cioè esperire un tentativo di mediazione prima ed indipendentemente dalla proposizione di una controversia avanti al giudice civile; b) a un procedimento stragiudiziale ma endoprocessuale, con ciò intendendo che l'attività di mediazione viene svolta da un organismo non giudiziale (appunto, l'organismo di mediazione come definito dall'art. 1), ma su sollecitazione (non vincolante) del giudice statale, già attualmente adito della controversia; è il modello, ben noto nei paesi anglosassoni, della *court annexed mediation*; c) a una mediazione straprocessuale ed extragiudiziale obbligatoria, prevista dall'art. 5 per una moltitudine di controversie, e qualificata come condizione di procedibilità della causa».

2.2 La mediazione “obbligatoria”.

La via più significativa, e quella sicuramente di maggior impatto, che non a caso ha catalizzato le maggiori attenzioni della dottrina, talvolta anche molto critica sulle scelte effettuate dal legislatore e sulla legittimità delle stesse – tanto sotto il profilo dell’eccesso di delega¹⁴ che della conformità al dettato costituzionale¹⁵ –, si concreta, conformemente a quanto già anticipato, nell’introduzione di un’ipotesi di **mediazione “obbligatoria”**; e cioè di un procedimento di mediazione il cui esperimento, ai sensi di quanto espressamente previsto dalla legge (art. 2 d.lgs. n. 28/2010), costituisce «condizione di procedibilità della domanda giudiziale», atteggiandosi pertanto, nella sostanza, a condizione di accesso alla tutela giurisdizionale.

Ciò accade, peraltro, con riferimento ad un significativo numero di controversie, quali più in dettaglio, le azioni relative ad una controversia in materia di:

- a) condominio;
- b) diritti reali;
- c) divisione;
- d) successioni ereditarie;
- e) patti di famiglia;
- f) locazione, comodato ed affitto di aziende;
- g) risarcimento del danno derivante da:
 - g1) circolazione di veicoli e natanti;

¹⁴ Ponendo, più in particolare, l’accento soprattutto sul fatto che l’art. 60 della legge n. 69/2009 disponeva semplicemente di «prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione» fosse realizzata «senza precludere l’accesso alla giustizia», mentre invece il d. lgs. n. 28/2010 «ha reso in molti casi la mediazione una condizione di procedibilità della domanda (art. 5), cosa non prevista dalla legge delega, e forse anche in contrasto con la stessa nella parte in cui, appunto, non voleva che la mediazione precludesse l’accesso alla giustizia»: così G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, cit., 2 il quale, nella medesima prospettiva di cui sopra, pone l’accento altresì sulla previsione di cui all’art. 8, 5° comma nella parte in cui dispone che «dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell’art. 116, 2° comma c.p.c.», dato che «anche questo non era previsto dal legislatore delegante», il quale, peraltro, si era altresì limitato a prevedere il dovere dell’avvocato di informare il cliente, mentre il d.lgs. n. 28/2010, oltre ad imporre agli avvocati di informare l’assistito per iscritto della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione, ha altresì previsto che il mancato adempimento di questo incombente fa sì «che il contratto tra l’avvocato e l’iscritto è annullabile». Nel senso della sussistenza di un eccesso di delega per violazione del principio contenuto nella lett. a) dell’art. 60, 3° comma, della l. n. 69/2009 secondo cui la mediazione non deve precludere l’accesso alla giustizia cfr. altresì G. MONTELEONE, *La mediazione “forzata”*, cit., 3 secondo il quale «minacciare sanzioni e condanne alle spese alla parte vittoriosa, per il solo fatto che abbia rifiutato la proposta conciliativa poi recepita in sentenza, non ha altra funzione che ostacolarle l’accesso alla giustizia con strumenti di coazione indiretta».

¹⁵ Per una contrarietà dell’obbligatorietà della procedura di mediazione con il disposto di cui all’art. 24 Cost. cfr.: G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, cit., 2 secondo il quale vi sarebbe anche una contrarietà con l’art. 3 Cost. «perché questa pretesa lo Stato la fa gravare sempre e solo sull’attore e non sul convenuto, e sempre e solo sulla domanda principale e non su quella riconvenzionale, che infatti la legge non subordina mai alla previa mediazione»; nonché G. MONTELEONE, *La mediazione “forzata”*, cit., 3 secondo il quale, oltre ad una contrarietà con l’art. 24 Cost. (in quanto «la mediazione preventiva così concepita e disciplinata intralcia il libero esercizio dell’azione civile»), vi sarebbe anche, come si avrà modo di sottolineare più avanti nel testo, una contrarietà con l’art. 102 Cost.

- g2) responsabilità medica;
- g3) diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità;
- h) contratti:
 - h1) assicurativi;
 - h2) bancari;
 - h3) finanziari.

Ai sensi di quanto previsto dall'art. 5 del dlgs n. 28/2010, infatti, chiunque intenda esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in taluna delle suddette materie «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».

Il ricorso all'istituto della mediazione, non quale libera scelta delle parti che intendano addivenire ad una possibile conciliazione della controversia, ma quale imprescindibile condizione per poter aver accesso alla tutela giurisdizionale, quanto meno con dimensioni così ampie quali quelle di cui al decreto legislativo in esame ed addossando i relativi costi sulle parti interessate, lascia non poco perplessi.

Al contempo, non pare dubitabile che, quanto meno talune delle ipotesi appena più sopra richiamate porranno non pochi problemi sotto il profilo della loro delimitazione, con inevitabili ripercussioni su eventuali giudizi instaurati senza il preventivo esperimento della mediazione obbligatoria ¹⁶.

La stessa delimitazione, a monte, dei confini di ciò che il legislatore ha inteso assoggettare – *sub specie* di condizione di procedibilità - al preventivo esperimento del procedimento di mediazione, a fronte della suddetta lettera della norma che reca un riferimento alla «domanda giudiziale», non è agevole, avendo la dottrina già iniziato ad interrogarsi in ordine al se, per l'effetto, il legislatore, anziché volersi riferire esclusivamente alla instaurazione del processo, abbia piuttosto inteso ricomprendervi anche ipotesi quali la proposizione di domanda riconvenzionale, la *reconventio reconventionis* dell'attore, l'intervento autonomo di terzi, la chiamata del terzo ad opera di una delle parti e, ove si accompagni alla proposizione di una nuova domanda, anche la chiamata *iussu judicis*. Pur essendosi opportunamente esclusa quest'ultima (sia pur possibile) opzione interpretativa se non altro in ragione «del notevole allungamento dei tempi processuali che

¹⁶ Non è mancato neanche chi, in dottrina, ha ritenuto che una scelta da parte del legislatore con la quale si impone il procedimento di mediazione «in una serie di controversie estremamente eterogenee e suscettibili di una incontrollabile espansione», sollevi «più di un dubbio ... sulla ragionevolezza» della stessa «in relazione all'art. 3 Cost. e al generale postulato di razionalità ed uguaglianza che esso presuppone» (così L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel D. Lgs. N. 28 del 4 marzo 2010*, cit., 12).

determinerebbe l'esperimento di una pluralità di procedimenti di mediazione in corso di causa per ciascuna domanda giudiziale (successivamente) proposta»¹⁷.

Sempre ai sensi del medesimo art. 5:

1) «l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza»;

2) il giudice, ove rilevi che la mediazione:

2a) è già iniziata, ma non si è ancora conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di durata massima della mediazione (pari, ai sensi di quanto disposto dall'art. 6, a quattro mesi);

2b) non è stata esperita, (oltre a fissare la successiva udienza dopo la scadenza del termine di 4 mesi) assegna altresì alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione¹⁸.

E' stato, dunque, anzitutto introdotto un tentativo obbligatorio di mediazione che, a partire dal 20 marzo 2011 – ossia dopo dodici mesi dalla data di entrata in vigore del d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28 – interesserà, ai sensi di quanto previsto dall'art. 24 di tale decreto, tutti i processi iniziati dopo tale data aventi ad oggetto taluna delle materie su indicate.

Anche se, giova rimarcarlo:

- il procedimento di mediazione ha «una durata non superiore a quattro mesi» (art. 6, 1° comma), per cui, per quanto non sia mancato in dottrina chi ha ipotizzato il contrario¹⁹, non pare

¹⁷ Così D. DALFINO, *Dalla conciliazione societaria alla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali"*, cit., 9; ma sul punto vedi anche L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel D. Lgs. N. 28 del 4 marzo 2010*, cit., 13 secondo il quale «le conseguenze di una tale interpretazione della normativa in esame sono nefaste e certamente incostituzionali, se si pensa che una semplice chiamata in garanzia ad opera del convenuto, per effetto del cumulo dei tempi della mediazione *ante causam*, dei termini minimi a comparire dell'originario convenuto e del terzo, nonché del procedimento di mediazione nei confronti del terzo stesso, porterebbero a celebrare la prima udienza quattordici mesi dopo l'introduzione della prima domanda di mediazione (!)».

¹⁸ Cfr. per tutti sul punto D. DALFINO, *Dalla conciliazione societaria alla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali"*, cit., 2 il quale pone in rilievo come non ci troviamo di fronte ad una ipotesi di «sospensione del giudizio, ma di un mero differimento dell'udienza stabilito al fine di consentire l'espletamento dell'attività omessa Per tale ragione (e anche perché né il termine di quindici giorni né quello di quattro mesi sono qualificati espressamente come perentori), sembra ragionevole ritenere, per un verso, che la mera tardività della presentazione della domanda non comporti alcuna conseguenza ove il giudice, alla successiva udienza, constati l'avvenuto esperimento del procedimento di mediazione; per un altro, che, ove il procedimento risulti avviato ma non concluso, occorrerebbe fissare una nuova udienza dopo la scadenza di quattro mesi dal deposito della domanda di mediazione».

¹⁹ Il riferimento è a G. MONTELEONE, *La mediazione "forzata"*, cit., 1 secondo il quale «in teoria il procedimento di mediazione non può durare più di quattro mesi (non computabili ai fini della ragionevole durata del processo anche quando è obbligatorio!), ma la legge non precisa quale sia la conseguenza derivante dal suo infruttuoso decorso, specie quando condiziona la procedibilità della domanda giudiziale. Questa dovrebbe essere liberamente

dubitabile che il decorso di tale termine, nonostante la mancata conclusione del procedimento di mediazione, renda comunque legittima la proposizione della domanda giudiziale ad opera di una delle parti²⁰;

- non mancano ipotesi fatte oggetto di espressa esclusione da parte del legislatore, nonché talune “attività” di assoluto rilievo, sotto il profilo della effettività della tutela giurisdizionale, che possono comunque compiersi in pendenza del procedimento di mediazione o ancor prima della instaurazione dello stesso.

E’ il caso, a quest’ultimo proposito, della possibilità:

- 1) di procedere alla *trascrizione della domanda giudiziale*;
- 2) di richiedere ed ottenere «la concessione dei *provvedimenti urgenti e cautelari*» (art. 5, 3° comma).

Chiaro l’intento del legislatore di salvaguardare, anche in tal modo, la legittimità costituzionale della nuova figura di mediazione (obbligatoria) introdotta alla luce dei più recenti orientamenti della Corte costituzionale, dopo aver già fatto ricorso – come già evidenziato – alla categoria della improcedibilità della domanda (anziché a quella della inammissibilità/improponibilità della domanda) unitamente all’attribuzione – come vedremo di qui a breve – alla domanda di mediazione di effetti analoghi a quelli della domanda giudiziale sotto il profilo dell’interruzione della prescrizione e dell’impedimento della decadenza (art. 5, 6° comma), posto che detto orientamento della Corte costituzionale, nel ritenere costituzionalmente legittimo il ricorso da parte del legislatore a forme di conciliazione obbligatoria, tende a far leva proprio sui suddetti profili²¹.

Quanto alle ipotesi fatte oggetto di espressa esclusione dall’ambito di applicazione della previsione in esame, si tratta delle «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», nonché delle seguenti ipotesi:

- a) *procedimenti per ingiunzione*, inclusa l’opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione;
- b) *procedimenti per convalida di licenza o sfratto*, fino al mutamento del rito di cui all’art. 667 del codice di procedura civile;
- c) *procedimenti possessori*, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all’art. 703, 3° comma, c.p.c.;

proponibile, ma siccome lo schema legislativo non lo stabilisce espressamente, potrebbe ritenersi anche il contrario e cioè che il blocco resti finché il mediatore non formuli la proposta conciliativa anche se siano stati superati i quattro mesi».

²⁰ Cfr. per tutti in tal senso L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel D. Lgs. N. 28 del 4 marzo 2010*, cit., 17.

²¹ Cfr. per tutti da ultimo sul punto, anche per ulteriori riferimenti, F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, cit., 271 ss; nonché C. PUNZI, *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, cit., 339-340.

- d) *procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata;*
- e) *procedimenti in camera di consiglio;*
- f) *azione civile esercitata nel processo penale.*

Anche in tal caso ben potrebbero porsi dei problemi di delimitazione delle categorie indicate dal legislatore, come già accaduto, a titolo esemplificativo, per il significato da attribuire all'espressione «provvedimenti urgenti e cautelari»²².

2.3 La mediazione “facoltativa”.

Il legislatore del 2010, nel chiaro intento di ricorrere all'istituto della mediazione al fine di risolvere i problemi della giustizia civile, non si è limitato a percorrere la via appena più sopra segnalata.

Ha infatti previsto anche un tentativo di *mediazione “facoltativa”*, rimesso ad una possibile iniziativa delle parti o del giudice, stante:

- per un verso, il disposto di cui all'art. 2 d.lgs. n. 28/2010, in forza del quale «chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su *diritti disponibili*, secondo le disposizioni del presente decreto»²³;

- per altro verso, il disposto di cui all'art. 5, secondo comma, del medesimo decreto in forza del quale, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni (ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa), può invitare le stesse a procedere alla mediazione; in tal caso, se le parti aderiscono all'invito, il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di durata massima della mediazione (quattro mesi) e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione²⁴.

²² Cfr. per tutti sul punto G. FINOCCHIARO, *Dal 2011 si parte con il tentativo obbligatorio* in *Guida al diritto*, n. 12 del 20 marzo 2010, 63 secondo il quale «la formula “provvedimenti urgenti e cautelari” ricomprende non soltanto i provvedimenti cautelari *stricto sensu*, cioè fondati sul *periculum in mora* e sul *fumus boni iuris*, ma anche tutte le pronunce provvisoriale fondate sullo stato di bisogno o di necessità di una delle parti».

²³ Si è ritenuto che, «se a prima vista la limitazione dei diritti disponibili pare comprensibile, ... in tal modo vengono espunte dall'area della mediazione tutte le liti di famiglia, ed in particolare quelle connesse alla separazione e al divorzio e all'affidamento dei figli, che più di altre potrebbero beneficiare – beninteso, assoggettate ad un controllo successivo da parte del giudice ordinario – di una attività conciliativa ad opera di un mediatore professionista, sollecitata dal giudice statale (modello della *court annexed arbitration*)»: così L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel D. Lgs. N. 28 del 4 marzo 2010*, cit., 6.

²⁴ Giova evidenziare come, in forza di quanto previsto dall'art. 24 del d.lgs n. 28/2010, «le disposizioni di cui all'articolo 5, comma 1, acquistano efficacia decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e si applicano ai processi successivamente iniziati». L'ipotesi di “mediazione facoltativa” di cui sopra, in quanto prevista

In quest'ultima ipotesi, peraltro, ci troviamo anche di fronte ad un'ipotesi di cd. «*conciliazione delegata*», già presente in altri ordinamenti (Inghilterra, Francia e Germania), salutata con favore da una parte della dottrina italiana in quanto «una volta iniziato il processo, la possibilità per il giudice di tentare la conciliazione giudiziale è assai limitata, perché egli è abituato a risolvere la lite col giudizio e non con un mezzo negoziale e perché le parti sono restie a “scoprirsi” di fronte a chi dovrà decidere la causa ove il tentativo fallisca»²⁵.

2.4 La mediazione “concordata”.

Il legislatore del 2010 ha, infine, previsto altresì un'ipotesi di *mediazione “concordata”*, intesa quale mediazione legata alla sussistenza di apposita clausola che la preveda, stante il disposto del medesimo art. 5 nella parte in cui dispone che, ferma restando l'applicabilità delle regole in tema di mediazione obbligatoria, «se il contratto, lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente prevedono una clausola di mediazione o conciliazione», il giudice o l'arbitro «su eccezione di parte, proposta nella prima difesa», ove rilevi che:

- il tentativo non risulta esperito, assegna alle parti il termine di quindi giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di quattro mesi;
- la mediazione è già iniziata, ma non si è ancora conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di quattro mesi.

In quest'ultima ipotesi, di mediazione concordata, ai sensi di quanto previsto dall'art. 5 cit. «la domanda è presentata davanti all'organismo indicato dalla clausola, se iscritto nel registro, ovvero, in mancanza, davanti ad un altro organismo iscritto» e «in ogni caso, le parti possono concordare, successivamente al contratto o allo statuto o all'atto costitutivo, l'individuazione di un diverso organismo iscritto».

3. Gli organismi di conciliazione e la figura del mediatore

3.1 Gli organismi di conciliazione

(non dal primo ma dal) secondo comma dell'art. 5, dovrebbe pertanto trovare applicazione anche con riferimento ai processi pendenti.

²⁵ Così M. BOVE, *Mediazione civile: una disciplina poco liberale che richiede una visione legata agli interessi*, cit., 12.

Ai sensi di quanto previsto dall'art. 16 del decreto «gli enti pubblici o privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza, sono abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire il procedimento di conciliazione» nella materie – in precedenza indicate – di cui all'art. 2 del medesimo decreto.

Detti organismi di mediazione dovranno necessariamente essere iscritti in un apposito registro²⁶ disciplinato da appositi decreti del Ministro della Giustizia (di concerto, relativamente alla materia del consumo, con il Ministro dello sviluppo economico) cui è altresì attribuita la «vigilanza sul registro» (unitamente al Ministero dello sviluppo economico con riferimento alla sezione per la trattazione degli affari in materia di consumo).

Più in dettaglio, in base al combinato disposto dell'art. 16 co. 2 e 17 co. 4, con detti decreti dovranno essere disciplinati:

- la formazione e la revisione del registro;
- l'iscrizione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti;
- l'istituzione di separate sezioni per la trattazione degli affari che richiedono specifiche competenze anche in materia di consumo e internazionali;
- l'ammontare minimo e massimo delle indennità spettanti agli organismi pubblici, il criterio di calcolo e le modalità di ripartizione tra le parti;
- i criteri per l'approvazione delle tabelle delle indennità proposte dagli organismi costituiti da enti privati;
- le maggiorazioni massime delle indennità dovute, non superiori al venticinque per cento, nell'ipotesi di successo della mediazione;
- le riduzioni minime delle indennità dovute nelle ipotesi in cui la mediazione è condizione di procedibilità ai sensi dell'articolo 5, comma 1.

Fino all'adozione di tali decreti, ai sensi di quanto disposto dall'art. 16 co. 2, dovranno trovare applicazione, «in quanto compatibili, le disposizioni dei decreti del Ministero della Giustizia 23 luglio 2004 n. 222 e 23 luglio 2004, n. 223»²⁷.

²⁶ Per un accenno ai dubbi interpretativi che potrebbe sollevare «la riserva legale fissata dall'articolo 16 (Gli organismi devono essere iscritti nel registro delle imprese) letta in combinazione con l'articolo 2, comma 2 (Il presente decreto non preclude le negoziazioni volontarie e paritetiche relative alle controversie civili e commerciali) e con l'articolo 19, comma 1: “ I consigli degli ordini professionali possono istituire, per le materie riservate alla loro competenza ... organismi speciali”» cfr. A. BERLINGUER, *La nuova disciplina della mediazione civile resta ancora in bilico tra Stato e mercato*, in *Guida al diritto*, n. 12 del 20 marzo 2010, 12 ss.

²⁷ Sempre in forza dell'art. 16, comma 2, del decreto legislativo n. 28 del 4 marzo 2010 «a tali disposizioni si conformano, sino alla medesima data, gli organismi di composizione extragiudiziale previsti dall'articolo 141 del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni».

Al fine di ottenere l'iscrizione nel suddetto registro, gli organismi di mediazione devono depositare presso il Ministero della giustizia, unitamente alla domanda di iscrizione nel registro, «il proprio regolamento di procedura e il codice etico, comunicando ogni successiva variazione».

Un ruolo di centrale importanza, affinché gli organismi di mediazione possano vedersi riconosciuta dal Ministero della giustizia la domanda di iscrizione nel registro, è attribuito al regolamento di procedura di conciliazione, posto che, ai sensi di quanto disposto dall'art. 16, comma 3, «ai fini dell'iscrizione nel registro il Ministero della giustizia valuta l'idoneità del regolamento». In relazione al medesimo regolamento detta norma ha altresì cura di prevedere che:

- nello stesso debbano essere altresì previste «le procedure telematiche eventualmente utilizzate dall'organismo, in modo da garantire la sicurezza delle comunicazioni e il rispetto della riservatezza dei dati»;
- allo stesso debbano essere allegate «le tabelle delle indennità spettanti agli organismi costituiti da enti privati, proposte per l'approvazione a norma dell'articolo 17».

Una “corsia preferenziale” ai fini della costituzione degli organismi di mediazione è però prevista, dagli artt. 18 e 19 del dlgs n. 28/2010, per gli “organismi presso i tribunali” e per quelli “presso i consigli degli ordini professionali” e presso “le camere di commercio”, stante quanto rispettivamente disposto da tali norme, e cioè che:

- «i consigli degli ordini degli avvocati possono istituire organismi presso ciascun tribunale, avvalendosi di proprio personale e utilizzando i locali loro messi a disposizione dal presidente del tribunale»; organismi che sono iscritti al registro «a semplice domanda, nel rispetto dei criteri stabiliti dai decreti di cui all'articolo 16»;
- «i consigli degli ordini professionali possono istituire, per le materie riservate alla loro competenza, previa autorizzazione del Ministero della giustizia, organismi speciali, avvalendosi di proprio personale e utilizzando locali nella propria disponibilità»; tali organismi, nonché quelli «istituiti ai sensi dell'articolo 2, comma 4, della legge 29 dicembre 1993, n. 580, dalle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura», sono iscritti al registro «a semplice domanda, nel rispetto dei criteri stabiliti dai decreti di cui all'articolo 16».

E' evidente che in tal modo si è inteso assegnare un ruolo particolarmente importante nell'ambito dell'istituendo procedimento di mediazione in esame alla figura dell'avvocato²⁸, dato che i singoli consigli dell'ordine degli avvocati potranno istituire, «a semplice domanda», organismi di mediazione presso ciascun tribunale.

²⁸ Cfr. per tutti sul punto A. BERLINGUER, *La nuova disciplina della mediazione civile resta ancora in bilico tra Stato e mercato*, cit., 12.

Desta, però, non poche perplessità la mancata previsione, nell'ambito di un contesto quale quello delineato dal legislatore del 2010, di disposizioni volte a salvaguardare la terzietà e l'imparzialità del mediatore-avvocato, *sub specie, in primis*, di impossibilità di far parte degli organismi di cui all'art. 18 degli avvocati che esercitano la professione in quella medesima circoscrizione²⁹. Per quanto, infatti, non ci troviamo di fronte ad un giudice nell'esercizio di attività giurisdizionale:

- per un verso, si tratta comunque di soggetto che "collabora" alla formazione di titoli esecutivi, formula proposte di conciliazione e svolge, in via più generale, una funzione strettamente connessa con quella propriamente giurisdizionale facente capo a veri e propri giudici;

- per altro verso, il legislatore di cui al decreto legislativo in esame ha comunque inteso attribuire alla terzietà/imparzialità del mediatore la rilevanza di requisito fondamentale per l'esercizio della relativa funzione³⁰.

Quanto alla natura degli organismi di conciliazione, non sembra esservi dubbio che questa possa essere pubblica o privata. In questo senso appaiono sostanzialmente coincidenti sia l'art. 1, lett. d) del d. lgs. 28/2010 che definisce l'organismo come «l'ente pubblico o privato, presso il quale può svolgersi il procedimento di mediazione», che - in via transitoria - l'art. 4 del D.M. n. 222/2004 in base al quale «nel registro sono iscritti, a domanda, gli organismi di conciliazione costituiti da enti pubblici e privati o che costituiscono autonomi soggetti di diritto pubblico o di diritto privato».

In via transitoria è stabilito (art. 1 del D.M. n. 222/2004) che gli «enti pubblici» in grado di svolgere il ruolo di mediatori possano essere «la persona giuridica di diritto pubblico interno, comunitario, internazionale o straniero», mentre gli «enti privati» possono coincidere con «qualsiasi soggetto, diverso dalla persona fisica, di diritto privato».

Al contempo, sempre in via transitoria, dalla lettera del D.M. n. 222/2004 emerge la possibilità che l'organismo non assuma, all'esito del procedimento costitutivo, autonoma soggettività, stante quanto disposto dall'art. 4, comma 1, sul punto, e cioè che: «nel registro sono iscritti, a domanda, gli organismi di conciliazione costituiti da enti pubblici e privati o che costituiscono *autonomi* soggetti di diritto pubblico o di diritto privato».

3.2 La figura del mediatore.

²⁹ Cfr. per tutti in tal senso G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, cit., 6-7.

³⁰ Si vedano, in particolare, gli artt. 3 e 14 del d.lgs. n. 28/2010, su cui si avrà modo di ritornare più avanti nel testo.

Per l'individuazione dei requisiti per poter svolgere il ruolo di mediatore, in attesa che vengano emanati i decreti ministeriali di cui all'art. 16, comma 2, occorrerà far riferimento, "in via transitoria", al D.M. 23 luglio 2004 n. 222, il quale, all'art. 4, comma 4, prevede dei «requisiti di qualificazione professionale» e dei «requisiti di onorabilità».

Quanto ai *requisiti di qualificazione professionale*, si prevede, più specificamente, che, ove si tratti di soggetti che «non siano professori universitari in discipline economiche o giuridiche, o professionisti iscritti ad albi professionali nelle medesime materie con anzianità di iscrizione di almeno quindici anni, ovvero magistrati in quiescenza», per lo svolgimento dell'attività di conciliatore debba «risultare provato il possesso di una specifica formazione acquisita tramite la partecipazione a corsi di formazione tenuti da enti pubblici, università o enti privati accreditati presso il responsabile in base ai criteri fissati a norma dell'articolo 10, comma 5».

A quest'ultimo proposito, peraltro, l'art. 16, comma 5, ha cura di prevedere che «presso il Ministero della giustizia è istituito, con decreto ministeriale, l'elenco dei formatori per la mediazione» e che, con il medesimo decreto debbano essere stabiliti:

- i criteri per l'iscrizione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti, nonché per lo svolgimento dell'attività di formazione, in modo tale da garantire elevati livelli di formazione dei mediatori;
- la data a decorrere dalla quale la partecipazione all'attività di formazione costituisce per il mediatore requisito di qualificazione professionale.

Stante il riferimento contenuto dalla norma da ultimo richiamata alla «data a decorrere dalla quale la partecipazione all'attività di formazione di cui al presente comma costituisce per il mediatore requisito di qualificazione professionale», sembrerebbe che il conseguimento della qualificazione professionale di "mediatore" sia necessariamente subordinata all'espletamento della formazione svolta dai soggetti iscritti nell'elenco dei formatori di cui al citato comma 5 dell'art. 16.

Quanto ai *requisiti di onorabilità*, si richiede il possesso, da parte dei conciliatori, dei seguenti requisiti:

- 1) non avere riportato condanne definitive per delitti non colposi o a pena detentiva, anche per contravvenzione;
- 2) non avere riportato condanne a pena detentiva, applicata su richiesta delle parti, non inferiore a sei mesi;
- 3) non essere incorso nell'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici;
- 4) non essere stato sottoposto a misure di prevenzione o di sicurezza;

5) non avere riportato sanzioni disciplinari diverse dall'avvertimento.

4. L'obbligo dell'avvocato di informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione

Prima di dar conto, rapidamente, delle disposizioni introdotte dal d.lgs. n. 28/2010 per disciplinare il "procedimento di mediazione", occorre preliminarmente segnalare come, ai sensi di quanto disposto dall'art. 4 di tale decreto legislativo:

- «all'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della 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»³¹.

La bozza originaria del testo poi divenuto legge prevedeva, per un verso, lo scattare dell'obbligo d'informativa già durante «il primo colloquio con l'assistito» e, per altro verso, la sanzione, per l'ipotesi di inosservanza dello stesso, della «nullità del contratto».

Ciò aveva provocato, da più parti, aspre critiche, tanto sotto l'uno che l'altro dei profili appena più sopra segnalati.

³¹ Cfr. per tutti su quest'ultima previsione D. DALFINO, *Dalla conciliazione societaria alla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali"*, cit., 7 il quale pone in rilievo come: «altro è l'inosservanza dell'obbligo di informazione, altro la mancata allegazione in giudizio del documento sottoscritto dalla parte. In quest'ultimo caso, non si verifica alcuna conseguenza invalidante, né del contratto di prestazione d'opera professionale, né della procura alle liti, né dell'atto introduttivo. ... nelle ipotesi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione costituisca condizione di procedibilità, il giudice, se il procedimento stesso non è iniziato, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e contestualmente fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di quattro mesi dal suo deposito presso l'Organismo di conciliazione; se, invece, il procedimento è già iniziato, ma non si è concluso, il giudice si limita a fissare la successiva udienza dopo la scadenza del termine di quattro mesi dal deposito della domanda».

Di queste critiche ha preso atto (quanto meno in parte) il legislatore, posticipando, per un verso, lo scattare dell'obbligo di informativa al momento del conferimento dell'incarico e modificando, per altro verso, la sanzione per l'eventuale inosservanza dello stesso (non più la nullità ma l'annullabilità del contratto)³².

Nonostante le modifiche migliorative di cui sopra, che non hanno comunque eliminato taluni dubbi relativi all'ambito di applicazione dell'obbligo di informativa di cui si discute³³, non sono mancate ulteriori critiche, essendosi in particolare posto l'accento sulla inadeguatezza della sanzione della annullabilità del contratto, ritenendo che «sarebbe stato molto più ragionevole prevedere una sanzione disciplinare a carico del difensore inadempiente, come saggiamente si leggeva nelle proposte delle Commissioni giustizia di Camera e Senato»³⁴.

³² Cfr. più ampiamente sul punto: D. DALFINO, *Dalla conciliazione societaria alla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali"*, cit., 2; L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel D. Lgs. N. 28 del 4 marzo 2010*, cit., 10.

³³ Cfr. per tutti sul punto L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel D. Lgs. N. 28 del 4 marzo 2010*, cit., 10-11 secondo il quale detto obbligo «nella lettera delle legge appare esteso a tutte le ipotesi di conferimento del mandato professionale», per cui «prudenza consiglierà di far sottoscrivere l'informativa non solo nell'ipotesi in cui il mandato abbia ad oggetto l'inizio di una controversia, ma anche qualora si tratti di una costituzione avverso una domanda già formulata dalla controparte, o di mandato per procedere alla proposizione di procedimenti cautelari o sommari, pure ... sottratti all'obbligo preliminare di mediazione, mentre non mi sembra che tale obbligo sussista per la presentazione di domande di ammissione al passivo del fallimento. Ed invero la *ratio* della norma è che la parte debba essere sempre messa a conoscenza della possibilità di adire il procedimento di mediazione, sia essa attrice o convenuta, e a tanto dovrà provvedere il suo difensore».

³⁴ Così L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel D. Lgs. N. 28 del 4 marzo 2010*, cit., 10 secondo il quale «sotto un profilo pratico la norma pare peraltro di impatto limitato, soprattutto ove si osservi che l'esecuzione del contratto ad opera della parte, resa edotta, tipicamente in prima udienza, del motivo di annullabilità, dovrebbe condurre, nella maggior parte dei casi, alla ratifica del contratto, pur nato invalido, in applicazione della regola generale di cui all'art. 1444, secondo comma c.c.; inoltre, l'annullabilità non può essere rilevata d'ufficio, ma solo ad opera della parte che vi ha interesse, garantendosi così la stabilità del rapporto processuale»; per cui «l'unica conseguenza di tale incongrua disposizione normativa sarà quella di alimentare contenziosi, non sempre in buona fede, tra l'avvocato, che non abbia fatto sottoscrivere l'informativa, e il cliente convenuto per il pagamento degli onorari di causa». Ma sul punto vedi anche D. DALFINO, *Dalla conciliazione societaria alla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali"*, cit., 6-7 il quale pone in rilievo come «l'annullamento del contratto pone il problema delle *restituzioni*, sotto un duplice profilo, che riguarda, da un lato, l'iniziativa tramite la quale il cliente, in virtù dell'esito vittorioso dell'impugnativa negoziale, domandi il pagamento delle somme eventualmente già versate al professionista, dall'altro lato, il diritto di quest'ultimo al compenso per l'opera comunque prestata»; e ritiene che: «esclusa l'applicabilità dell'art. 2231 c.c. - che si riferisce all'ipotesi di una "prestazione d'opera professionale di natura intellettuale effettuata da chi non sia iscritto nell'apposito albo previsto dalla legge", dalla quale discende la nullità assoluta del rapporto tra professionista e cliente, rilevabile d'ufficio, con conseguente esclusione del diritto al compenso del professionista -, dovrebbe ritenersi esperibile il regime di cui agli art. 2033 e 2041 c.c. In particolare, l'assistito potrebbe agire per la ripetizione di quanto già corrisposto, ma l'avvocato potrebbe domandare (se non il pagamento in base alle tariffe professionali, quanto meno) un indennizzo, facendo valere l'ingiustificato arricchimento a seguito della prestazione effettuata, dimostrando il suo impoverimento (per le spese anticipate e il mancato guadagno, da determinarsi eventualmente anche *ex art.* 1226 c.c., che lo stesso avrebbe ricavato dal normale svolgimento della sua attività professionale nel relativo periodo di tempo) e il vantaggio conseguito dall'assistito. Per altra via, si potrebbe ricorrere all'art. 2126 c.c. - che riconosce il diritto alla retribuzione anche a fronte di c.d. rapporti di lavoro di fatto - non senza tener presente, però, che la giurisprudenza, sia pure in via di *obiter dictum*, applica la norma oltre che al lavoro subordinato a quello parasubordinato, ma non anche la lavoro autonomo».

Secondo altra dottrina, una previsione quale quella appena più sopra richiamata, nella misura in cui impone al difensore di tenere una certa condotta difensiva, rischierebbe «di porsi in contrasto anche con il principio di libertà e l'indipendenza nell'esercizio della funzione forense, che oggi è consacrato, oltre che dal codice deontologico forense, fonte di diritto a tutti gli effetti per stessa statuizione delle sezioni unite, anche dal disegno di legge di riforma della professione»³⁵.

Sebbene sia stato previsto l'obbligo di informativa dell'avvocato nei confronti del suo assistito in ordine alla possibilità di avvalersi del "procedimento di mediazione" (e delle relative agevolazioni fiscali) di cui al d.lgs. n. 28/2010, il legislatore di cui allo stesso non ha però previsto come obbligatoria la presenza del difensore nel procedimento di mediazione³⁶.

Ben potranno, dunque, le parti accedere agli organismi di conciliazione, ed al relativo procedimento, senza la necessaria assistenza di un avvocato, pur potendo evidentemente avvalersene, come, peraltro, probabilmente accadrà di frequente.

5. Il procedimento di mediazione

Il legislatore del 2010 ha avuto cura di disciplinare, sia pur in modo non analitico, il procedimento di mediazione.

Più in dettaglio, si riserva, anzitutto, un ruolo di centrale importanza, a tal proposito, al «regolamento dell'organismo scelto dalle parti», posto che, ai sensi di quanto previsto dall'art. 3 del d.lgs. n. 28/2010, al procedimento di mediazione «si applica» detto regolamento, che «deve in ogni caso garantire la riservatezza del procedimento ai sensi dell'articolo 9³⁷, nonché modalità di

³⁵ Così G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, cit., 6 nel richiamare, più precisamente, l'art. 1, *sub c*) della legge di riforma della professione, in forza del quale la legge «garantisce l'indipendenza e l'autonomia degli avvocati, indispensabili condizioni dell'effettività della difesa e della tutela dei diritti», e l'art. 2 della medesima legge, in forza del quale «l'avvocato è un libero professionista che, in libertà, autonomia e indipendenza, svolge in via abituale e prevalente le attività di cui ai commi 5, 6, e 7».

³⁶ Cfr. per tutti su tale delicato profilo della normativa in esame: L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel D. Lgs. N. 28 del 4 marzo 2010*, cit., 4; G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, cit., 2.

³⁷ Il quale è rubricato come «dovere di riservatezza» e prevede che «chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell'organismo o comunque nell'ambito del procedimento di mediazione è tenuto all'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo.

Rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate e salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni, il mediatore è altresì tenuto alla riservatezza nei confronti delle altre parti».

Ai sensi del successivo art. 10, rubricato «inutilizzabilità e segreto professionale»: «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 decisivo».

nomina del mediatore che ne assicurano l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico»³⁸.

Al contempo, con una serie di disposizioni, si dettano taluni "principi" di carattere generale cui deve uniformarsi detto procedimento e se ne disciplina, nella sua essenza, lo svolgimento.

Si prevede, infatti, che:

- a) la domanda di mediazione «è presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo», con conseguente pretermissione di ogni criterio di riparto di "competenza"³⁹, limitandosi il legislatore esclusivamente a prevedere che, in caso di più domande relative alla medesima controversia, «la mediazione si svolge davanti all'organismo presso il quale è stata presentata la prima domanda» e che, «per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data della ricezione della comunicazione» (art. 4, 1° comma);

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.

Cfr. per tutti sul punto G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, cit., 6 secondo il quale «la segretezza delle operazioni della mediazione non è affatto garantita» in quanto «l'art. 10, 1° comma, consente la diffusione in giudizio delle dichiarazioni del dichiarante, cosicché se da una parte è vero che ogni litigante non può produrre le dichiarazioni dell'avversario, dall'altra è parimenti vero che può produrre le proprie dichiarazioni. Ciò comporta, allora, che una parte possa, in modo (perché no?) deviato e/o strumentale, rendere certe dichiarazioni al mediatore al solo fine di produrle poi in giudizio. E se la parte A produce le proprie dichiarazioni, va da sé che la parte B, anche solo per replicare, produce la sua risposta, e ciò creerà una concatenazione di produzioni di dichiarazioni, che di fatto tenderà a render manifesto dinanzi al giudice tutta (o gran parte) dell'attività di mediazione»

³⁸ E' il caso di richiamare l'attenzione, a tal proposito, sulla previsione di cui all'art. 14, rubricato «obblighi del mediatore», ove si prevede che: «al mediatore e ai suoi ausiliari è fatto divieto di assumere diritti o obblighi connessi, direttamente o indirettamente, con gli affari trattati, fatta eccezione per quelli strettamente inerenti alla prestazione dell'opera o del servizio; è fatto loro divieto di percepire compensi direttamente dalle parti.

Al mediatore è fatto, altresì, obbligo di:

- a) sottoscrivere, per ciascun affare per il quale è designato, una dichiarazione di imparzialità secondo le formule previste dal regolamento di procedura applicabile, nonché gli ulteriori impegni eventualmente previsti dal medesimo regolamento;
- b) informare immediatamente l'organismo e le parti della ragioni di possibile pregiudizio all'imparzialità nello svolgimento della mediazione;
- c) formulare le proposte di conciliazione nel rispetto del limite dell'ordine pubblico e delle norme imperative;
- d) corrispondere immediatamente a ogni richiesta organizzativa del responsabile dell'organismo.

Su istanza di parte, il responsabile dell'organismo provvede alla eventuale sostituzione del mediatore. Il regolamento individua la diversa competenza a decidere sull'istanza, quando la mediazione è svolta dal responsabile dell'organismo».

³⁹ Trattasi di scelta criticata da taluni ed in qualche modo, invece, avallata da altri, in ragione del fatto che «la partecipazione al procedimento di mediazione è sostanzialmente facoltativo in capo alla parte "convenuta", mentre l'interesse ad ottenere l'effettivo svolgimento del procedimento dovrebbe essere, in primo luogo, dell'attore, che dovrebbe dunque adoperarsi per una scelta dell'organismo di mediazione non sgradito alla sua controparte» (così L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel D. Lgs. N. 28 del 4 marzo 2010*, cit., 8).

- b) detta istanza «deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa» (art. 4, 2° comma) ⁴⁰;
- c) all'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo deve designare un mediatore e fissare «il primo incontro tra le parti non oltre quindici giorni dal deposito della domanda» (art. 8, 1° comma);
- d) la domanda e la data del primo incontro «sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante» (art. 8, 1° comma);
- e) «dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale» e «dalla stessa data, la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza», decorrente dal deposito del verbale di conciliazione presso la segreteria dell'organismo (art. 5, 6° comma);
- f) gli atti del procedimento «non sono soggetti a formalità» (art. 3, 3° comma);
- g) il procedimento «si svolge senza formalità presso la sede dell'organismo di mediazione o nel luogo indicato dal regolamento di procedura dell'organismo» (art. 8, 2° comma) ed ha «una durata non superiore a quattro mesi» (art. 6, 1° comma) ⁴¹; termine che decorre dalla data di deposito della domanda di mediazione, ovvero dalla scadenza di quello fissato dal giudice per il deposito della stessa e (anche nei casi in cui il giudice dispone il rinvio della causa ai sensi del quarto o del quinto periodo del comma 1 dell'art. 5) non è soggetto a sospensione feriale (art. 6, 2° comma);
- h) il procedimento può svolgersi «secondo modalità telematiche», ove previste dal regolamento dell'organismo (art. 3, 4° comma);
- i) nelle «controversie che richiedano specifiche competenze tecniche», l'organismo di mediazione può nominare «uno o più mediatori ausiliari» o, in difetto della possibilità di procedere in tal senso, il mediatore «può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali», i cui compensi dovranno essere liquidati secondo le modalità (anche di calcolo) da prevedersi nel regolamento di procedura dell'organismo di mediazione (art. 8, 1° e 4° comma);
- j) il mediatore deve adoperarsi «affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia» (art. 8, 3° comma);

⁴⁰ Si è ritenuto, pertanto, che «l'oggetto dell'istanza di mediazione possa avere contorni meno precisamente definiti rispetto alla domanda giudiziale, e che nella sua interpretazione il mediatore possa fare vasto utilizzo di poteri officiosi, ivi incluso quello di sollecitare la parte ad una più precisa indicazione delle circostanze sulle quali fonda le proprie pretese»: così L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel D. Lgs. N. 28 del 4 marzo 2010*, cit., 9 secondo il quale «è lecito anche ritenere che la coincidenza tra due o più procedimenti di mediazione debba essere valutata con maggiore elasticità rispetto ai criteri che regolano la litispendenza nel processo civile ordinario, e forse più simili, se si vuole individuare un termine di confronto processuale, con l'ampio concetto che di litispendenza fornisce la Corte di giustizia europea nell'interpretazione dell'art. 27 del regolamento CE 44/2001».

⁴¹ Ai sensi di quanto previsto, peraltro, dall'art. 7 del d.lgs. n. 28/2010, rubricato «Effetti sulla ragionevole durata del processo», «il periodo di cui all'articolo 6 e il periodo del rinvio disposto dal giudice ai sensi dell'art. 5, comma 1, non si computano ai fini dell'articolo 2 della legge 24 marzo 2001, n. 89».

k) «tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura» (art. 17, 2° comma).

La mancata partecipazione della parte al procedimento di mediazione, senza giustificato motivo, è circostanza non priva di possibili conseguenze negative per la parte nel successivo giudizio, posto che, ai sensi di quanto previsto dall'art. 8, 5° comma, «dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116, 2° comma, del codice di procedura civile».

Si assiste, dunque, alla previsione da parte del legislatore di una nuova ipotesi di argomento di prova, avente in tal caso ad oggetto (non il generico «contegno delle parti ... nel processo» di cui all'art. 116, 2° comma, c.p.c., o taluna delle altre ipotesi tipizzate dal codice di rito civile, ma) un contegno extraprocessuale tipizzato, quale la «mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione».

Una scelta quale quella da ultimo segnalata è stata criticata da una parte della dottrina⁴² e non è neanche mancato chi, in via più generale, ponendosi in una prospettiva ancor più critica avverso il decreto legislativo in esame, ha ritenuto che, in forza dello stesso, «viene creato ... un circuito paragiurisdizionale parallelo alla giurisdizione civile affidato ai mediatori, di cui viene proclamata l'imparzialità, come se si trattasse di veri e propri giudici», con conseguente contrasto con il disposto di cui all'art. 102 Cost. in quanto «il c.d. mediatore *imparziale* assume la veste di un giudice e da vita alla creazione di una giurisdizione straordinaria o speciale, così come è stato ripetutamente deciso dalla Corte costituzionale a proposito degli arbitrati obbligatori»⁴³.

Ora, è indubitabile che un intervento legislativo quale quello in esame presenti delle criticità, talune delle quali sono già state evidenziate nel presente scritto (ed altre lo saranno nel prosieguo dello stesso)⁴⁴, ma non pare francamente che si possa arrivare a tanto, non solo per la non assimilabilità (anche ai fini che qui rilevano) con gli arbitrati obbligatori, quanto soprattutto per la sua palese contrarietà con l'evoluzione dottrinale (e per taluni versi anche giurisprudenziale) relativa alla delimitazione della nozione di “giurisdizione” (soprattutto avuto riguardo ai “rapporti” con quella di “amministrazione”) in forza della quale si è esclusa la violazione del divieto di

⁴² Cfr. G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, cit., 28 secondo il quale «l'art. 8, 5° comma contrasta con lo stesso tenore letterale dell'art. 116, 2° comma, c.p.c., il quale espressamente prevede che l'argomento di prova può esser dedotto dal giudice solo per il comportamento che la parte tenga nel processo (“ed in generale dal contegno delle parti stesse *nel processo*”) e non per il comportamento che la parte tenga fuori dal processo»; ma vedi anche M. BOVE, *Mediazione civile: una disciplina poco liberale che richiede una visione legata agli interessi*, cit., 13.

⁴³ Così G. MONTELEONE, *La mediazione “forzata”*, cit., 3.

⁴⁴ Sia pur nei circoscritti confini dello spirito che gli è proprio, ossia quello della segnalazione delle novità introdotte e delle “prime riflessioni” sulle stesse.

istituzione di giudici speciali di cui all'art. 102 Cost. con riferimento ad ipotesi ben più "a rischio" di quella in esame ⁴⁵.

6. L'accordo ed il verbale di conciliazione

Ove si guardi, a questo punto, ai possibili esiti della mediazione, emerge anzitutto, anche sotto questo profilo, l'intento del legislatore di ricorrere all'istituto della mediazione non in modo, per così dire, "unidirezionale" ma avvalendosi, piuttosto, di talune delle differenti possibili forme in cui la stessa può presentarsi, nella specie rappresentate dall'incentrarsi della mediazione sul raggiungimento di un accordo "amichevole" ad opera delle parti oppure sulla formulazione di una proposta ad opera del mediatore ⁴⁶.

Anche se, giova sin d'ora rimarcarlo, il testo della norma non è chiarissimo sul punto (circostanza che, come vedremo più avanti, al di là del mero profilo "terminologico", si rivela meritevole di attenzione anche sotto il profilo della differente possibile consistenza documentale dell'accordo conciliativo), in quanto il legislatore sembrerebbe contrapporre l'accordo alla conciliazione, «considerando l'accordo la conciliazione fatta dalle parti senza l'aiuto del mediatore, e la conciliazione l'accordo fatto dalle parti con l'aiuto del mediatore» ⁴⁷.

Più in dettaglio, ai sensi di quanto previsto dall'art. 11, rubricato "conciliazione", il procedimento di mediazione può concludersi:

⁴⁵ Basti qui rinviare per un esame di tale tematica, per riferimenti dottrinali e per l'indicazione delle suddette ipotesi a E. FABIANI, *Il nuovo procedimento disciplinare notarile*, in *Il giusto processo civile*, 2009, spec. 92 ss; ID., *Il nuovo procedimento disciplinare notarile: natura, struttura e questioni di legittimità costituzionale*, in *Riv. del notariato*, 2009, spec. 32 ss; nonché ID., *La delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata immobiliare. Novità introdotte dalla riforma del 2005 e ricostruzione sistematica del nuovo istituto*, Padova, 2007, 139 ss e 157 ss.

⁴⁶ Si suole contrapporre, a tal proposito, ad una conciliazione o mediazione "facilitativa", una conciliazione o mediazione "aggiudicativa", pur non essendovi sempre uniformità di vedute sulla reale portata di queste due differenti figure di mediazione/conciliazione. V'è, a titolo meramente esemplificativo, chi coglie il tratto caratterizzante della mediazione "facilitativa" nel raggiungimento ad opera delle parti di un accordo amichevole e quello della mediazione "aggiudicativa" nel fondarsi della stessa sulla formulazione di una proposta ad opera del mediatore (così da ultimo G. FINOCCHIARO, *In caso di insuccesso si va in giudizio*, in *Guida al diritto*, n. 12 del 20 marzo 2010, 67-68). V'è invece chi sottolinea come la conciliazione cd. "aggiudicativa", o basata su diritti, è quella in cui il conciliatore valuta le ragioni delle parti, e sottopone loro una proposta che coincide con quella che sarebbe, a suo avviso, la decisione della controversia in sede giurisdizionale (o arbitrale), mentre la conciliazione cd. "facilitativa", o basata sugli interessi, è quella in cui il conciliatore non valuta le ragioni delle parti, ma va alla ricerca dei loro interessi sottostanti, e sottopone loro una proposta che sia in grado di soddisfare tali interessi (così F.P. LUISO, voce *Conciliazione*, cit., 503). Secondo taluna dottrina, nel caso di specie, posto che il mediatore può (e non deve) formulare una proposta finale di conciliazione, ci troveremmo di fronte ad un modello di compromesso qualificabile come «aggiudicativo eventuale» (così L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel D. Lgs. N. 28 del 4 marzo 2010*, cit., 5).

⁴⁷ Così G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, cit., 4 secondo il quale si tratterebbe «di una inutile complicazione, posta in essere solo per valorizzare l'opera del mediatore».

- 1) con un «accordo amichevole» raggiunto dalle parti;
- 2) con un accordo delle parti che aderiscono alla «proposta di conciliazione» formulata dal mediatore, il quale *deve* procedere in tal senso quando «le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento» e *può* procedere in tal senso quando le parti non hanno raggiunto un «accordo amichevole», informando preventivamente le stesse, sempre e comunque, delle possibili conseguenze sul piano delle spese processuali per l'ipotesi in cui il provvedimento che definisce il giudizio corrisponda «interamente» al contenuto della proposta del mediatore (art. 13)⁴⁸;
- 3) con l'insuccesso della conciliazione.

Per quest'ultima ipotesi (*sub 3*) l'art. 11 prevede che il mediatore debba formare «processo verbale con l'indicazione della proposta» e che il verbale debba essere «sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere»; nel medesimo verbale il mediatore deve dare atto «della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione».

Per l'ipotesi in cui le parti raggiungano invece un accordo, in via «amichevole» (*sub 1*) o in via di adesione espressa alla proposta del mediatore (*sub 2*), «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»⁴⁹ ma «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».

Si è espressamente prevista la possibilità per le parti di prevedere nell'accordo, anche ove raggiunto a seguito della proposta del mediatore, «il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento».

Al di là delle più specifiche problematiche che le previsioni appena più sopra richiamate aprono sotto il profilo dell'autenticazione della sottoscrizione delle parti (soprattutto) ai fini della trascrizione del verbale e della differente possibile consistenza documentale dell'accordo conciliativo (e del relativo contenuto) - che, di qui a breve, saranno fatte oggetto di apposito esame -, dette previsioni si rivelano ancor prima, ed in via più generale, particolarmente delicate e problematiche sotto il profilo della scelta di fondo che, per l'effetto, il legislatore ha compiuto, e cioè quella di consentire al mediatore, anche quando le parti non «gliene fanno concorde richiesta in

⁴⁸ Più in dettaglio l'art. 11 prevede che «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».

⁴⁹ Giova rimarcare come, pertanto, anche nell'ipotesi in cui le parti raggiungano un «accordo amichevole», questo dovrà sempre e comunque essere seguito dalla «formazione» del «processo verbale che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore».

qualunque momento del procedimento»⁵⁰, di formulare, di propria iniziativa, una «proposta di conciliazione»⁵¹. Ciò, si badi, in ragione del fatto che il legislatore non si è limitato a questo, prevedendo invece, al contempo, che la mancata adesione della parte alla proposta di conciliazione del mediatore non è circostanza priva di possibili effetti negativi nel successivo giudizio che dovesse svolgersi fra le medesime parti.

Ai sensi di quanto previsto dall'art. 13, rubricato “spese processuali”, infatti:

- «quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto», ferma restando «l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile»⁵² e con espressa previsione dell'applicabilità di tali disposizioni anche «alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'art. 8, comma 4»;
- «quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, 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», pur dovendo «indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente»⁵³.

Ci troviamo dinanzi ad uno dei profili più delicati dell'intervento legislativo in esame, non tanto e non solo per le scelte di fondo che in tal modo il legislatore ha evidentemente inteso effettuare sotto il profilo dei rapporti fra processo e mediazione/conciliazione (e dunque anche sotto il profilo del modo in cui ha inteso strutturare quest'ultima), ma anche per le profonde implicazioni pratiche che ne conseguono.

⁵⁰ Ipotesi in cui, come già evidenziato, è invece obbligato a formulare detta «proposta di conciliazione».

⁵¹ E' il caso di segnalare come nell'originaria formulazione della bozza di decreto si prevedeva che il mediatore avesse sempre l'obbligo di formulare una proposta di conciliazione. Detta previsione è stata poi modificata nei termini appena più sopra riferiti nel testo a fronte delle critiche da più parti espresse sul punto (cfr. per tutti F.P. LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, cit., 1262).

⁵² Cfr. per tutti sul punto L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel D. Lgs. N. 28 del 4 marzo 2010*, cit., 23 secondo il quale si tratterebbe di rinvio «oscuro»: «si vuole forse dire che in ogni caso il giudice mantiene un residuo potere discrezionale di compensazione delle spese tra le parti, osservando però che qui ci troviamo in un universo “rovesciato”, ove chi vince è il soggetto onerato delle spese; difficilissimo è poi comprendere come possa giocare la condanna per responsabilità aggravata, essendo impossibile attribuirla alla parte soccombente ma “vincitrice” rispetto alla proposta di conciliazione; deve allora supporre che il vincitore possa essere condannato al risarcimento dei danni, e però saranno assai difficili, se non impossibili, da quantificare, visto che si tratta della parte che ha avuto ragione, e il cui unico torto è stato quello di non adeguarsi alla proposta conciliativa»

⁵³ Per espressa previsione da parte del medesimo art. 13 dette disposizioni in tema di spese processuali, «salvo diverso accordo» delle parti, «non si applicano ai procedimenti davanti agli arbitri».

Basti a tal proposito evidenziare, nei circoscritti confini del presente scritto, come:

a) non è, anzitutto, ben chiaro il tipo di valutazione che debba essere effettuata dal mediatore ai fini della formulazione della suddetta proposta, la quale potrebbe astrattamente avere, quali possibili parametri di riferimento, le *ragioni delle parti*, nel senso che il mediatore dovrebbe formulare la proposta che coincide con quella che sarebbe - a suo avviso - la decisione della controversia in sede giurisdizionale, oppure gli *interessi delle parti*, nel senso che il mediatore (prescindendo dalle ragioni delle parti) dovrebbe andare invece alla ricerca degli interessi delle parti sottoponendo loro una proposta in grado di soddisfarli;

b) si rivela poco felice il “rapporto” creato fra mediazione e processo, e più precisamente fra proposta del mediatore e conseguenze negative (sul piano delle spese processuali) per la parte che la rifiuta in quanto, per l’effetto, si circoscrive la possibile portata applicativa del ricorso, nell’ambito della mediazione/conciliazione, ad una proposta del mediatore, posto che:

b1) essendo «i modelli di formazione nelle tecniche di mediazione ... prevalentemente orientati verso la conciliazione “facilitativa” è difficile che il mediatore di propria iniziativa formuli una proposta, se espone la parte che la rifiuta a conseguenze negative in termini di spese processuali»⁵⁴;

b2) si è indotti a pensare che il mediatore possa «fare solo proposte che stiano nell’ambito dell’oggetto della disputa, e tali da potere essere poi accolte o rigettate dal giudice »⁵⁵, rispetto al cui provvedimento che definisce il giudizio andrà effettuata quella “valutazione di conformità” per le possibili conseguenze negative in tema di spese processuali.

Al contempo, al di là delle problematiche legate a stabilire cosa debba intendersi, nel singolo caso di specie, per provvedimento che definisce il giudizio corrispondente «interamente» al contenuto della proposta del mediatore⁵⁶, detto “rapporto” fra mediazione e processo, creato dal legislatore nei termini appena più sopra delineati, si rivela poco felice anche sotto il profilo della immaginata possibile “corrispondenza” fra una proposta del mediatore, che prescinde inevitabilmente da un accertamento dei fatti (posto che il mediatore, pur potendosi avvalere – come già evidenziato – di «esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali», non può procedere

⁵⁴ Così R. CAPONI, *La giustizia civile alla prova della mediazione. Quadro generale*, cit., 8 il quale non a caso, in ragione di ciò, ritiene preferibile «un’altra interpretazione: poiché il procedimento di mediazione si ispira al principio di riservatezza (artt. 9 e 10), niente esclude che il mediatore possa, come *extrema ratio*, indicare alle parti la strada per un accordo conciliativo, indicazione di cui non rimane traccia a verbale in caso di rifiuto delle parti. Talvolta il mediatore si rende conto che una sua parola “valutativa” può essere decisiva per comporre la controversia. Poiché si vuole promuovere la conciliazione delle controversie e non fare filosofia della mediazione, non si dubita che la prassi (peraltro di impossibile accertamento stante appunto la riservatezza) si orienterà nella direzione suggerita».

⁵⁵ Così G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, cit., 4.

⁵⁶ E dunque, a monte, in relazione alla scelta da effettuarsi, sul piano interpretativo, in ordine al modo in cui vada intesa detta “corrispondenza” (rigorosamente formale o, piuttosto, “di sostanza”).

ad una vera e propria istruttoria), con un provvedimento che definisce il giudizio che, invece, inevitabilmente presuppone detto accertamento ⁵⁷.

Significativa pare sul punto la differenza rispetto alla (solo apparentemente analoga) previsione di cui all'art. 91 c.p.c., ove si richiede, peraltro, un rifiuto della proposta «senza giustificato motivo» ⁵⁸, nonché rispetto ad altre ipotesi di conciliazione preesistenti nel nostro ordinamento in cui:

- pur consentendosi al giudice di tener conto dell'esito del tentativo di conciliazione in sede di decisione sulle spese del successivo giudizio, non v'è traccia di una "proposta" del "conciliatore" (e, men che meno, di possibili effetti negativi legati ad un rifiuto da parte dei destinatari della stessa) ⁵⁹;

- pur consentendosi al conciliatore di formulare una proposta, si subordina detta possibilità alla richiesta di entrambe le parti e, soprattutto, ci si limita a dare al giudice la *possibilità* di escludere, in tutto o in parte, la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che aveva rifiutato la conciliazione e di condannarlo anche al rimborso, in tutto o in parte, delle spese sostenute dal soccombente, «*valutando comparativamente le posizioni assunte dalle parti e il contenuto della sentenza che definisce il processo dinanzi a lui*» ⁶⁰.

Prima di concludere sul punto, giova rimarcare come il legislatore ha espressamente previsto altresì che:

- il processo verbale «è depositato presso la segreteria dell'organismo e di esso è rilasciata copia alle parti che lo richiedono» (art. 11, ult. comma);

- il verbale di accordo «è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di 50.000 euro, altrimenti l'imposta è dovuta per la parte eccedente» (art. 17, 3° comma).

⁵⁷ Cfr. per tutti sul punto G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, cit., 4. Ma vedi anche G. MONTELEONE, *La mediazione "forzata"*, cit., 2-3 il quale si chiede come sia possibile «che l'accertamento giudiziale possa coincidere interamente con la proposta conciliativa, se questa procede da un'asserita *mediazione*, che in quanto tale deve *mediare*, cioè contemperare, le opposte pretese scegliendo appunto una linea di reciproche concessioni». Secondo tale A. «il cd. mediatore *imparziale*, quando le parti non si accordano, non formula in realtà una proposta di conciliazione, ma di *decisione della controversia*. Solo in questo caso può accadere che nel giudizio successivo al rifiuto la sentenza corrisponda "*interamente al contenuto della proposta*", e solo in questo caso la parte può reputare conveniente accettarla per evitare il rischio della condanna alle spese ed accessori».

⁵⁸ Cfr. per tutti sul distinguo da ultimo segnalato G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, cit., 5 secondo il quale l'assenza del riferimento ai "giustificati motivi" nell'art. 13, invece presente nell'art. 91 c.p.c., indurrebbe a pensare che nell'ipotesi in esame «sempre, e a prescindere dalle ragioni per le quali una parte non accetti una proposta, questa sia esclusa dal recupero delle spese anticipate ancorché vittoriosa».

⁵⁹ Il riferimento è, in particolare, alla previsione di cui all'art. 412 c.p.c., ove si prevede, al primo comma, che «se la conciliazione non riesce, si forma processo verbale con l'indicazione delle ragioni del mancato accordo» e, all'ultimo comma, che «delle risultanze del verbale di cui al primo comma il giudice tiene conto in sede di decisione sulle spese del successivo giudizio».

⁶⁰ Il riferimento è alle previsioni di cui all'art. 40 del d.leg. n. 5/2003.

Quest'ultima previsione, indipendentemente dalla pur presente esigenza di delimitarne a monte l'ambito di applicazione in via interpretativa ⁶¹, seppur evidentemente introdotta dal legislatore al fine di favorire il successo della mediazione, e dunque la conciliazione della controversia, rischia però di dar luogo a pericolose strumentalizzazioni.

Ben potrebbero, infatti, le parti, pur in assenza di una reale controversia fra le stesse, ricorrere al nuovo istituto introdotto dal legislatore del 2010 al solo fine di beneficiare dell'agevolazione fiscale in relazione all'operazione che hanno in realtà interesse a porre in essere (es. trasferimento di un immobile).

7. Il ruolo del notaio nell'ambito della “mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali” di cui al d.lgs. n. 28/2010

7.1 Premessa

Duplici è, a ben vedere, il ruolo che può essere chiamato a rivestire il notaio nell'ambito della “mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali” di cui al d.lgs. n. 28/2010.

Per un verso, infatti, il notaio è individuato dal suddetto decreto legislativo come il pubblico ufficiale autorizzato ad autenticare i verbali di conciliazione destinati alla trascrizione.

Per altro verso, alla luce di quanto in precedenza indicato in ordine alla figura del mediatore, ben può il notaio rivestire detto ruolo.

7.2 L'autenticazione notarile del verbale di conciliazione

Lo schema di decreto legislativo approvato dal Consiglio dei Ministri il 28 ottobre 2009 non prevedeva in alcun caso l'intervento notarile (o di altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato) in funzione di pubblico ufficiale autorizzato ad autenticare i verbali di conciliazione destinati alla trascrizione.

⁶¹ Stante la genericità del riferimento al limite di valore di 50.000 euro. Meritevole di ulteriore approfondimento è altresì il disposto di cui all'art. 17 comma 2 in forza del quale «tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura».

L'originaria formulazione dell'art. 11 stabiliva solo che il verbale sottoscritto dalle parti conciliatesi - qualunque fosse stato il contenuto dell'accordo raggiunto - dovesse contenere esclusivamente la *certificazione*, da parte del mediatore, dell'autografia delle sottoscrizioni delle parti o della loro impossibilità di sottoscrivere⁶².

Tale proposta normativa era stata giudicata come un pericoloso *vulnus* al principio consolidato del nostro sistema giuridico che consente l'accesso ai registri immobiliari solo ad atti autentici (atti pubblici o scritture private autenticate)⁶³, tale certamente non potendo considerarsi il verbale contenente la "certificazione" del mediatore.

Si era osservato che, per quanto la proposta non contemplasse espressamente la trascrivibilità dei verbali in parola, l'attribuzione al mediatore del potere di "certificare" l'autografia delle sottoscrizioni, unitamente alle previsioni (che sono state conservate nella versione finale del decreto) dell'art. 12 co. 2 - in base alla quale il verbale di conciliazione omologato dal Presidente del Tribunale costituisce titolo esecutivo per avviare l'espropriazione - e dell'art. 17 sul consistente risparmio fiscale stabilito per i verbali di accordo, avrebbero potuto creare le condizioni per invocarne l'idoneità alla pubblicità legale.

Né l'assenza nell'attività "certificativa" del mediatore dei controlli di legalità sostanziale svolti dal pubblico ufficiale (rogante o) autenticante⁶⁴ avrebbe potuto essere surrogata dall'eventuale controllo omologatorio. Quest'ultimo - si è ricordato - «concretandosi nel mero accertamento della sua regolarità formale non può certamente considerarsi integrativa della certificazione effettuata - evidentemente a fini processuali - da un mediatore privo di qualsiasi qualificazione professionale e, a maggior ragione, di quella di pubblico ufficiale»⁶⁵.

In effetti il verbale di conciliazione non autenticato dal pubblico ufficiale "autorizzato" dalla legge, non sarebbe stato titolo idoneo alla trascrizione. In caso contrario si sarebbero prodotte una serie di gravi alterazioni del sistema, prima fra tutte quella della certezza e sicurezza delle contrattazioni, basate sul fatto che i pubblici registri (non solo quelli immobiliari) sono destinati a fornire risultanze probatorie privilegiate, grazie alla selezione degli atti che l'ordinamento consente possano avere ingresso in questi registri, e cioè solo gli atti autentici, connaturati per la qualità e il

⁶² Di incerto significato il riferimento alla "certificazione" del mediatore riguardo "all'impossibilità di sottoscrivere" delle parti. La legge lascia aperti una serie di interrogativi tra i quali, ad esempio, se l'impossibilità di sottoscrivere delle parti sia legata ad un impedimento di tipo fisico ovvero dipendente da analfabetismo; se il mediatore debba "certificare" la causa dell'impossibilità a sottoscrivere (e quindi nell'ipotesi in cui si tratti di un impedimento fisico se lo stesso sia temporaneo o permanente); a quali responsabilità sia esposto il mediatore che "certifichi" - colposamente o dolosamente - l'impossibilità di sottoscrivere.

⁶³ G. LAURINI in *Notariato*, 6/2009, 701.

⁶⁴ Dopo la legge 28 novembre 2005 n. 246 che ha modificato l'art. 28 L.N., il controllo di legalità da parte del notaio è previsto non solo in sede di ricevimento degli atti pubblici, ma anche in relazione al contenuto delle scritture private che vengono autenticate.

⁶⁵ G. LAURINI, *op. cit.*

tipo di intervento del pubblico ufficiale che li riceve o autentica (controllo di legalità, verifica del potere di disporre, adempimenti precedenti e successivi al rogito ecc.).

L'introduzione nell'art. 11 dell'autenticazione affidata al notaio o ad altro pubblico ufficiale autorizzato, ha scongiurato quindi che potessero fare il loro ingresso in Conservatoria i verbali redatti da mediatori non preposti al controllo di legalità sugli atti ricevuti (quando addirittura privi di qualunque competenza giuridica), evitando che con l'interruzione della catena di certezze fondate sull'asse atto autentico-pubblicità legale, ricavabile dal combinato disposto degli articoli 2699, 2700, 2657, 2436 cod. civ. (e delle altre disposizioni di legge sugli adempimenti pubblicitari), venisse gravemente minato il sistema di pubblicità legale che negli atti notarili e nelle scritture private autenticate da pubblici ufficiali autorizzati trovano il loro fondamento e sostegno.

Al fine di conseguire il suddetto risultato il legislatore ha, dunque, fatto ricorso all'autenticazione del pubblico ufficiale, quale istituto evidentemente differente, oltre che più pregnante e portatore di maggiori garanzie, rispetto alla mera certificazione (da parte del mediatore) dell'autografia delle sottoscrizioni delle parti.

7.3 Il “notaio-mediatore”

Si è già avuto modo di evidenziare come il notaio può essere chiamato ad interagire con le nuove disposizioni di cui al d. lgs. n. 28/2010 anche nella qualità di mediatore.

Se così, combinando le due possibili vesti in cui il notaio può essere chiamato ad operare in questo contesto, abbiamo che l'intervento del singolo notaio nel procedimento di conciliazione può esplicarsi:

- a) esclusivamente in qualità di pubblico ufficiale autorizzato ad autenticare i verbali di conciliazione da trascrivere e, a seguito (anche) di designazione (art. 8) da parte dell'organismo di conciliazione al quale le parti in lite rivolgano apposita istanza (art. 4):
- b) nel solo ruolo di mediatore;
- c) in qualità di mediatore e di notaio autenticante al tempo stesso.

Nella prima ipotesi l'attività del notaio è assoggettata – non diversamente da ogni altra ipotesi in cui è chiamato ad autenticare scritture private – sia alla legge notarile che al codice civile.

Trattandosi di autenticare sottoscrizioni apposte in calce ad accordi di conciliazione aventi contenuto patrimoniale, sul piano documentale l'impiego dell'autentica formale imporrà al notaio il rispetto degli articoli 2703 cod. civ., 72 L.N., 86 R.N. e 21 del D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445 (precedentemente negli artt. 20 e 20 *bis* della legge n. 15 del 1968) il cui combinato disposto costituisce il quadro normativo di riferimento.

Sul piano sostanziale - e cioè con riferimento al controllo di legalità da esercitarsi sul contenuto dell'accordo di conciliazione – la disciplina è costituita dalla sola legge notarile che, oltre ad imporre il controllo di legalità anche sulle scritture private autenticate (art. 28 come novellato dalla legge 28 novembre 2005 n. 246), costituisce lo specifico statuto di responsabilità per il notaio (art. 138) che autentica scritture private.

E' dubbio (e si tratta di profilo sicuramente meritevole di approfondimento) se tale controllo di legalità debba estendersi, in tal caso, anche alla ricorrenza dei presupposti per l'accesso al procedimento di conciliazione di cui all'art. 5 del decreto legislativo in esame.

Quanto all'ipotesi *sub b*), ossia il caso in cui all'interno del procedimento di conciliazione il notaio svolga esclusivamente il ruolo di mediatore, quest'ultimo, oltre a dover rispettare gli obblighi contenuti nell'art. 14⁶⁶, sarà assoggettato altresì alla disciplina (ed alle eventuali sanzioni) del regolamento di cui si sia dotato l'organismo di conciliazione che l'ha designato. Conseguentemente, il comportamento censurabile del notaio che nell'ambito del procedimento di conciliazione agisca solo in qualità di mediatore, impregiudicate le eventuali responsabilità sul piano professionale – di tipo civile e di natura deontologica - non sembra valutabile sul piano disciplinare (notarile), non trovando applicazione in tale ipotesi la legge notarile⁶⁷.

Quanto, infine, all'ipotesi *sub c*), ossia il caso in cui nella persona del notaio coincidano le funzioni di mediatore e di pubblico ufficiale autenticante, occorre porre attenzione – così da sgombrare il campo da ogni possibile equivoco - all'art. 14 in base al quale «al mediatore è fatto divieto di assumere diritti e obblighi connessi, direttamente o indirettamente, con gli affari trattati, fatta eccezione per quelli strettamente inerenti alla prestazione dell'opera o del servizio; è fatto loro divieto di percepire compensi direttamente dalle parti».

Ci si è chiesti, a tal proposito, se «il divieto di assumere diritti o obblighi connessi con gli affari trattati imposto al mediatore dall'art. 14 si scontri col fatto che lo stesso possa, in caso di raggiungimento dell'accordo, anche autenticare le sottoscrizioni compiendo il connesso controllo di legalità sostanziale»⁶⁸.

A parere di chi scrive è seriamente dubitabile che l'art. 14 possa costituire una limitazione all'attività del notaio che agisca nel doppio ruolo sopra evidenziato, e quindi che l'attività di autenticazione dell'accordo possa in un certo senso “contaminare” il ruolo di conciliatore precedentemente espletato dal pubblico ufficiale. E quindi offuscare, più che il requisito dell'

⁶⁶ Per la cui violazione non è prevista dal decreto alcuna sanzione.

⁶⁷ Neppure la sanzione della nullità prevista dall'art. 28 rispetto all'accordo di conciliazione suggerito alle parti in lite dal notaio, ove quest'ultimo (che agisca, si ribadisce, esclusivamente in qualità di mediatore) violi l'obbligo contenuto nell'art. 14 co. 2 lett. b) e formuli una proposta di conciliazione *contra legem*, non inquadrandosi quest'ultima nell'attività istituzionale del notaio.

⁶⁸ Così C. BRUNELLI, *L'intervento del notaio per l'accesso dell'accordo di conciliazione nei registri pubblici*, reperibile all'indirizzo <http://www.mondoadr.it/>.

“imparzialità” (e cioè non favorire una parte a discapito dell’altra) che in più occasioni il decreto ribadisce (artt. 1 lett. a., 3 co. 2, 14 lett. b.), quello dell’ “indipendenza”, inteso come assenza di un qualsiasi legame tra il conciliatore ed una delle parti⁶⁹.

Al di là di ogni considerazione in ordine ai meccanismi apprestati dal decreto n. 28/2010 al fine di garantire l’imparzialità del mediatore, facendo leva, sotto più profili, sulla “interposizione” dell’organismo di conciliazione⁷⁰, sembrerebbe comunque da escludersi il difetto di imparzialità/indipendenza del notaio che concentri su di sé i due ruoli, sia che si guardi al diritto alla prestazione per l’autenticazione delle sottoscrizioni⁷¹, inteso come “diritto connesso agli affari trattati”, sia che si guardi all’ipotesi in cui dall’accordo conciliativo scaturiscano “diritti od obblighi connessi, direttamente o indirettamente” con gli affari trattati.

Quanto alla prima ipotesi (“diritto connesso agli affari trattati”), in ragione:

- del carattere meramente eventuale dell’attività di autenticazione (che peraltro, come già evidenziato, è cosa ben diversa dalla mera certificazione dell’autografia delle sottoscrizioni⁷²) in sede di conferimento dell’incarico;
- dell’obbligatorietà della prestazione richiesta (di autenticazione) *ex art. 27 L. N.*⁷³.

Quanto alla seconda ipotesi (“diritti od obblighi connessi direttamente o indirettamente con gli affari trattati”), in ragione, fondamentalmente, del fatto che l’art. 14, anche alla luce della *ratio* che gli è propria, sembrerebbe riferibile esclusivamente all’attività del mediatore in quanto tale (a

⁶⁹ Tali nozioni di “imparzialità” e “indipendenza”, come pure quella di “neutralità” (il conciliatore non deve avere un diretto interesse all’esito del procedimento di conciliazione) sono contenute nelle “Norme di comportamento per conciliatori”, elaborate dal Gruppo di Lavoro sulla conciliazione istituito presso Unioncamere nel 2002, richiamate da F. SANTAGADA, *op. cit.*, 280.

⁷⁰ Quali, su tutti: 1) la designazione del mediatore ad opera del responsabile dell’organismo di mediazione; 2) la possibilità di sostituzione, su istanza di parte, del mediatore ad opera, anche in tal caso, del responsabile dell’organismo di conciliazione, così come previsto dall’art. 14 ult. co. E’ auspicabile tuttavia che nei regolamenti degli organismi di conciliazione nei cui elenchi figurino notai-mediatori, si prevedano ulteriori e più dettagliati meccanismi “correttivi” che eliminino in radice il problema segnalato nel testo.

Va ricordato peraltro, a tal proposito, che fino all’emanazione dei decreti ministeriali di cui all’art. 16, il D.M. 23 luglio 2004, n. 222 (Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione nonché di tenuta del registro degli organismi di conciliazione di cui all’articolo 38 del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5) costituirà, insieme al D.M. 23 luglio 2004 n. 223, la disciplina transitoria in merito alla formazione e revisione del registro dei conciliatori, l’iscrizione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti, l’istituzione di separate sezioni del registro per specifiche questioni, la determinazione delle indennità spettanti agli organismi.

⁷¹ Le competenze spettanti al notaio per l’attività di autenticazione non sembrano infatti riconducibili ai compensi riferiti all’attività di mediazione previsti dall’ultima parte dell’art. 14 co. 1, per i quali è stabilito il divieto di percepirla direttamente dalle parti in lite tenute unicamente a versare l’indennità a favore dell’organismo.

⁷² Come confermato dallo stesso decreto n. 28/2010 che contrappone evidentemente le due figure, elevando la sola autenticazione a condizione per la trascrivibilità del verbale di conciliazione nei registri immobiliari.

⁷³ In situazioni ben più rilevanti degli accordi conciliativi, in cui gli interessi protetti sono di natura pubblica, l’ordinamento consente al notaio di eseguire la prestazione richiesta. Ad esempio l’art. 23 del d. lgs. 21 novembre 2007, n. 231, secondo cui «nei casi in cui l’astensione non sia possibile in quanto sussiste un obbligo di legge di ricevere l’atto» esonera il notaio dall’obbligo di astenersi dall’attività professionale - che deve essere pertanto effettuata alla parte che l’ha richiesta - anche quando abbia il sospetto che quest’ultima stia per compiere un’attività in contrasto con la normativa antiriciclaggio.

prescindere dalla qualifica professionale rivestita dallo stesso) e non anche alla connessa attività di autentica.

L'attività del notaio autenticante, inoltre, per quanto esplicita dallo stesso soggetto, interviene in una fase successiva ed eventuale rispetto a quella conciliativa che vede un accordo ormai definitivamente chiuso, sicché non potrebbe più scaturire per il pubblico ufficiale autenticante – direttamente o indirettamente - alcun diritto od obbligo in qualche modo connesso alla questione oggetto della mediazione.

Per tali motivi, pertanto, riguardo al notaio chiamato ad autenticare il verbale di conciliazione che lui stesso abbia precedentemente redatto, non vi sarà il rischio della possibile violazione dell'art. 14, dal momento che in nessun caso l'attività di autenticazione potrà risolversi nell'assunzione di diritti od obblighi connessi (direttamente o indirettamente) con gli affari trattati⁷⁴.

Ciò comporterà che, nell'ipotesi in cui il notaio dovesse contemporaneamente svolgere la funzione di mediatore e pubblico ufficiale autenticante, sarà il *dominus* di tutta la procedura di conciliazione, che potrà interamente gestire a partire dalla designazione e fino all'autenticazione.

7.4 La differente possibile consistenza documentale dell'accordo conciliativo

Ad un'attenta lettura non sfugge che, stante la lettera dell'art. 11 del dlgs n. 28/2010, l'accordo conciliativo può avere, a seconda dei casi, una differente consistenza documentale.

Detta norma, infatti, al primo comma prevede testualmente che se è raggiunto un accordo amichevole, il mediatore forma processo verbale «al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo».

Per cui, stante anche il disposto di cui al terzo comma della medesima norma (in forza del quale, tanto nell'ipotesi in cui le parti raggiungano l'accordo amichevole, quanto nell'ipotesi in cui aderiscano alla proposta del mediatore, «si forma processo verbale che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore» e «se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'art. 2643 del codice civile, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò

⁷⁴ In tale ipotesi il notaio non può esimersi dal valutare comunque eventuali violazioni all'art. 28 n. 3 L.N. il cui precetto, diversamente dal decreto in esame, fa riferimento alla circostanza che il pubblico ufficiale autenticante possa avere un "interesse" nell'atto. Il concetto di "interesse" previsto dal n. 3 dell'art. 28 legge notarile ha creato numerose difficoltà interpretative, su cui cfr. per tutti P. BOERO, *La legge notarile commentata con la dottrina e la giurisprudenza*, Torino, 1993, I, 224 ss; nonché da ultimo G. CASU-G. SICCHIERO (a cura di), *Legge notarile commentata*, Torino, 2010, *sub* art. 28 ed ivi ulteriori riferimenti sul punto.

autorizzato»), ben può ritenersi che la conciliazione della controversia possa documentalmente constare:

- 1) da un verbale (di conciliazione) cui sia allegato il testo dell'accordo amichevole;
- 2) da un verbale (di conciliazione) che contenga esso stesso "l'accordo" delle parti.

Non sembra che ciò possa creare eccessive difficoltà in sede di applicazione del decreto, sia in ossequio a quanto stabilito dall'art. 3 co. 3 del medesimo decreto, secondo cui gli atti del procedimento di mediazione non sono soggetti a formalità, sia risultando perfettamente compatibile con la possibilità che il notaio possa assumere - fin dall'inizio - il ruolo di mediatore (salvo ed impregiudicato quanto si è già precisato in relazione al divieto - *ex* art. 14 - per il mediatore «di assumere diritti o obblighi connessi con gli affari trattati») e quindi procedere egli esso stesso alla stesura del verbale di conciliazione contenente l'accordo.

Pertanto sia che le parti in lite si rivolgano al notaio per svolgere attività di mediazione, sia che ad esso si rivolgano esclusivamente per autenticare le sottoscrizioni di un accordo conciliativo da trascrivere nei registri immobiliari (concluso dinanzi ad un mediatore che non sia pubblico ufficiale a ciò autorizzato) l'autentica notarile risulterà apposta esclusivamente sul verbale di conciliazione comprensivo dell'accordo da trascrivere, formato dal notaio o da un diverso mediatore. Anche se:

- 1) qualora il notaio intervenga nel doppio ruolo di mediatore e pubblico ufficiale autenticante, il verbale verrà sottoscritto (con doppia valenza) una sola volta dinanzi al notaio;
- 2) qualora, invece, il notaio intervenga solo in qualità di pubblico ufficiale autenticante il verbale presenterà un doppio gruppo di sottoscrizioni, prima dinanzi al mediatore e successivamente davanti al notaio autenticante.

Nell'ipotesi in cui al pubblico ufficiale venga esibito per l'autenticazione un verbale di conciliazione a cui sia allegato l'accordo che del verbale costituisce parte integrante, occorre chiedersi quali cautele il pubblico ufficiale autenticante possa adottare, per evitare che l'allegato possa essere sostituito od alterato, essendo il verbale di conciliazione una comune scrittura privata.

Certamente uno dei possibili rimedi attuabili dal pubblico ufficiale, è quello di attuare, in sede di autenticazione delle sottoscrizioni al verbale, i formalismi normalmente impiegabili per gli allegati dell'atto pubblico, facendo applicazione analogica⁷⁵ della disciplina stabilita dalla legge notarile per gli allegati a questo (art. 51 nn. 7, 8 e 12)⁷⁶.

⁷⁵ A meno che le parti che si siano conciliate intendano ripetere il consenso all'interno di un atto pubblico notarile.

⁷⁶ Ai sensi di quanto prescritto dall'art. 51 della legge notarile: «l'atto [notarile] deve contenere: (...)

7° l'indicazione dei titoli e delle scritture che s'inseriscono nell'atto;

Pertanto, conformemente ad un prassi ben conosciuta in ambito notarile, è opportuno che il pubblico ufficiale, in sede di autenticazione della scrittura privata autenticata, faccia sottoscrivere alle parti non solo il verbale di conciliazione da autenticare, ma anche l'accordo a questo allegato. Tale formalità (utilmente impiegabile anche per altri eventuali allegati), consentirebbe di inserire all'interno della formula di autentica l'attestazione che le parti hanno sottoscritto dinanzi al pubblico ufficiale, non solo il verbale di conciliazione sul quale deve essere apposta la formula di autentica, ma anche l'accordo a questo allegato.

In questo modo l'attestazione coperta da pubblica fede sull'autenticità delle sottoscrizioni si estenderebbe sia a quelle apposte sul verbale che a quelle apposte sul documento allegato.

Ma a ben vedere, l'inalterabilità/insostituibilità del documento allegato al verbale di conciliazione, è assicurato anche da un altro adempimento, seppure di esclusiva competenza notarile, costituito dal sistema di conservazione notarile delle scritture private autenticate destinate alla pubblicità immobiliare, previsto dall'art. 72 L.N. (come modificato dalla legge 28 novembre 2005 n. 246), come appunto i verbali di conciliazione autenticati dalle parti.

Tale norma – applicabile direttamente al caso in esame - prevede che «le scritture private autenticate dal notaio, verranno, salvo contrario desiderio delle parti e salvo per quelle soggette a pubblicità immobiliare e commerciale, restituite alle medesime».

L'originale della scrittura privata, unitamente all'allegato, verrà quindi conservato agli atti del notaio autenticante che provvederà anche ai successivi adempimenti pubblicitari e fiscali ⁷⁷.

Ecco dunque che con quest'ultimo adempimento notarile viene sostanzialmente recuperato quel sistema di garanzie fondato sulla formazione degli atti autentici e sulla loro conservazione, in base a quanto prescritto dalla legge notarile.

8. La trascrizione del verbale di conciliazione

8° la menzione che dell'atto, delle scritture, dei titoli inseriti nel medesimo, fu data dal notaio, o, presente il notaio, da persona di sua fiducia, lettura alle parti, in presenza dei testimoni, se questi siano intervenuti.

12° (.....)Le sottoscrizioni marginali debbono essere apposte anche su ciascun foglio delle scritture e dei titoli inseriti nell'atto, eccetto che si tratti di documenti autentici, pubblici o registrati».

⁷⁷ Non sembra costituire un ostacolo a tale adempimento l'art. 11, comma 5, del decreto in base al quale «il processo verbale è depositato presso la segreteria dell'organismo e di esso è rilasciata copia alle parti che lo richiedono», potendo infatti il dispositivo di tale norma essere soddisfatto con il deposito di un copia conforme all'originale del verbale autenticato.

L'art. 11 del Dlgs n. 28/2010 prevede la trascrivibilità del verbale di conciliazione nei registri immobiliari nell'ipotesi in cui l'esito della mediazione si risolva in un accordo coincidente con uno degli atti previsti dall'art. 2643 cod. civ.

Non avendo il legislatore stabilito, più genericamente, che il verbale di conciliazione autenticato da pubblico ufficiale autorizzato è titolo idoneo per la trascrizione *ex art. 2657 cod. civ.*⁷⁸, e neppure riprodotto (o rinviato al)le previsioni in materia di pubblicità immobiliare dettate per ipotesi analoghe⁷⁹, appare necessario interpretare il rinvio all'art. 2643 cod. civ. per comprendere se:

- a) sia da intendere in senso letterale e restrittivo, nel senso che i verbali di conciliazione autenticati suscettibili di trascrizione, sarebbero solo quelli in cui sia contenuto «uno dei contratti» o «uno degli atti» previsti dall'articolo 2643 cod. civ.;
- b) sia da riferire ad ogni possibile accordo destinato alla pubblicità immobiliare contenuto nel verbale di conciliazione seppur non letteralmente ricompreso tra quelli elencati dall'art. 2643 cod. civ.

Per quanto il decreto si riferisca ai soli atti contemplati dall'art. 2643 c.c., è ragionevole ritenere che l'accesso ai registri immobiliari dovrà ammettersi anche per vicende negoziali scaturenti dalla conciliazione che siano diverse da quelle ivi elencate, conformemente dunque all'impostazione delineata *sub b*).

Non avendo infatti il legislatore posto a carico delle parti alcun limite alla facoltà di conciliare le controversie (perché contrariamente, stante l'obbligatorietà della conciliazione, si sarebbe precluso "l'accesso alla giustizia" come prescritto dall'art. 60 co. 3 lett. a. della legge delega) ed in considerazione dell'ampiezza delle materie conciliabili, ben potrebbero i litiganti accordarsi disponendo di un diritto che ha già costituito oggetto di un negozio trascritto *ex art. 2643 cod. civ.*

Non può escludersi quindi che le parti in lite giungano alla sottoscrizione di verbali di conciliazione contenenti accordi costitutivi, traslativi, modificativi od estintivi di un diritto che costituisca oggetto di «uno dei contratti» o «atti» previsti dall'articolo 2643 cod. civ.

Come impedire, del resto, ad una successiva vicenda costitutiva, modificativa o estintiva di un rapporto giuridico già oggetto di pubblicità immobiliare, di fare ingresso nei registri immobiliari, così come riconosciuto alla stessa vicenda che traesse origine da contratto o da sentenza?

⁷⁸ Come pure si era auspicato, invece, da G. LAURINI, *op. cit.*, commentando lo schema di decreto legislativo come approvato dal Consiglio dei Ministri in data 28 ottobre 2009. Nello stesso senso, più nettamente, C. BRUNELLI, *L'intervento del notaio per l'accesso dell'accordo di conciliazione nei registri pubblici*, cit.

⁷⁹ Il riferimento è all'ultima parte del primo comma dell'art. 825 c.p.c. secondo cui il lodo arbitrale reso esecutivo (secondo quanto previsto dallo stesso art. 825 co.1), «è soggetto a trascrizione o annotazione, in tutti i casi nei quali sarebbe soggetta a trascrizione o annotazione la sentenza avente il medesimo contenuto».

Se il Dlgs. 28/2010 avesse voluto riconnettere al richiamo dell'art. 2643 c.c. la portata letterale e restrittiva descritta *sub a)*, il legislatore avrebbe reso meno affidabile il sistema della pubblicità immobiliare, e non avrebbe realizzato quel «necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti» previsto dall'art. 60 co. 2 della legge delega.

Si sarebbe creato, inoltre, un sistema di conciliazione obbligatorio inadeguato – oltre che poco appetibile per i litiganti - in cui la tutela offerta con il meccanismo della trascrizione, non coinciderebbe con quella prevista per le ipotesi in cui le liti siano composte dai contratti o dalle decisioni giudiziali, aventi il medesimo contenuto degli accordi conciliativi.

E' da ritenere, allora, che, proprio partendo dalle considerazioni fin qui prospettate, si possa in definitiva assegnare al richiamo operato dall'art. 11 dlgs 28/2010 all'art. 2643 c.c. il significato di rinvio all'intero sistema della pubblicità dei registri immobiliari.

Conseguentemente devono pertanto ritenersi trascrivibili, a titolo meramente esemplificativo, (anche) i verbali di conciliazione contenenti:

- 1) accordi relativi ad immobili o a diritti immobiliari che, ai sensi dell'art. 2645 cod. civ. (e ai soli effetti previsti dall'art. 2644), producano «taluno degli effetti dei contratti menzionati nell'art. 2643»;
- 2) accettazioni di eredità che, ai sensi dell'art. 2648 cod. civ., importino acquisto dei diritti enunciati nei n. 1, 2 e 4 dell'art. 2643;
- 3) accordi che, ai sensi dell'art. 2655 cod. civ., diano atto dell'avveramento della condizione o dichiarino nullo, annullato, risolto, rescisso o revocato taluno degli atti trascritti *ex art.* 2643 cod. civ.

9. La stabilità dell'atto finale del procedimento di conciliazione (rimedi esperibili)

Nulla prevede espressamente il legislatore in ordine ai rimedi esperibili avverso l'atto finale del procedimento conciliativo.

Ciò fa sì che, inevitabilmente, anche in questa sede si riproporrà un dibattito dottrinale già in corso in relazione ad altre ipotesi di conciliazione presenti nel nostro ordinamento.

In tal caso, peraltro, trovandoci di fronte ad una ipotesi di conciliazione (non giudiziale ma stragiudiziale) dovrebbe farsi strada più agevolmente la tesi tendente a ritenere esperibili dinanzi al giudice di primo grado le impugnative negoziali.

Più in dettaglio, facendo leva sul carattere privatistico dell'accordo di composizione della controversia documentato nel verbale di conciliazione (giudiziale o stragiudiziale), si è ritenuto che dette impugnative, «a seconda del contenuto transattivo o meno dell'accordo, potrebbero coincidere con quelle previste per il contratto di transazione ovvero con le normali azioni contrattuali di nullità, annullamento per vizi del consenso e risoluzione per inadempimento»⁸⁰.

10. L'efficacia esecutiva e l'esecuzione

10.1 Premessa

Tendenzialmente, in un'ottica di *favor* verso lo strumento conciliativo, alla conciliazione (sia essa giudiziale o stragiudiziale) si accompagna l'efficacia di titolo esecutivo del relativo verbale⁸¹, anche se «al riconoscimento legislativo quasi generalizzato dell'efficacia esecutiva del verbale di conciliazione corrisponde una variegata gamma di schemi procedurali per la formazione del titolo, a seconda del “tipo” di conciliazione»⁸². Per la conciliazione giudiziale (sia preventiva che successiva) si ricorre alla «sottoscrizione-omologazione del medesimo da parte del giudice»⁸³. Per la conciliazione stragiudiziale si tende per lo più a ricorrere ad un «vero e proprio giudizio di omologazione, affidato al tribunale, nell'ambito del quale il giudice accerta la regolarità formale del verbale», anche se esistono «dei casi circoscritti in cui l'efficacia esecutiva del verbale di conciliazione stragiudiziale prescinde dalla procedura di omologazione ed è stabilita direttamente dalla legge, quale attributo caratterizzante il verbale di conciliazione dal momento in cui esso è formato»⁸⁴.

Nell'ipotesi in esame, di cui al d.lgs. n. 28 del 2010, il legislatore ha evidentemente inteso percorrere la via, già battuta con maggior frequenza in passato, tendente a far ricorso all'omologazione, in tal caso peraltro non circoscritta ad un accertamento della sola regolarità formale del verbale ma estesa anche ad un accertamento della non contrarietà all'ordine pubblico o a norme imperative.

Ai sensi di quanto previsto dall'art. 12, rubricato “efficacia esecutiva ed esecuzione”, infatti:

⁸⁰ Così F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, cit., 375.

⁸¹ Cfr. per un esame di tale delicato profilo F.P. LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, cit., 1261.

⁸² Così F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, cit., 356.

⁸³ Nel senso, cioè, che «il giudice, sottoscrivendo il verbale, effettua una sorta di omologazione implicita dell'accordo di composizione della controversia posto in essere dalle parti e documentato dal cancelliere (art. 322, 2° comma, e art. 185, 3° comma, c.p.c.): così F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, cit., 356.

⁸⁴ Così F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, cit., 357 ed ivi (nota 60) indicazione di tali ipotesi.

- 1) «il verbale di accordo, il cui contenuto non è contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, è omologato, su istanza di parte e previo accertamento anche della regolarità formale⁸⁵, con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo»⁸⁶;
- 2) detto verbale «costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale».

10.2 Funzione ed ambito di applicazione dell'omologa

Quanto alla portata dell'omologa di cui sopra, chiara sembra essere la lettera della norma, unitamente a quella della sua rubrica, nel senso di configurare l'omologazione, nell'ipotesi in cui il “procedimento di mediazione” trovi sbocco in un verbale di accordo, (non quale epilogo necessitato di tale procedimento ma bensì) quale mera eventualità, rimessa all'iniziativa della parte interessata, per l'ipotesi in cui detto accordo non trovi attuazione in via di adempimento spontaneo da parte del soggetto o dei soggetti obbligati a tenere un determinato “comportamento” in forza dello stesso.

La rubrica della norma reca infatti “efficacia esecutiva ed esecuzione”, l'omologa è sempre subordinata ad una “istanza di parte” e, soprattutto, chiarissima è la norma nell'individuare, al secondo comma, quello che è “l'effetto” prodotto dall'omologa, posto che, solo in forza della stessa, il suddetto verbale «costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale».

La previsione in esame si inserisce, dunque, evidentemente in un contesto di mancata cooperazione del soggetto obbligato, *sub specie* di mancato adempimento alla prestazione dovuta con conseguente necessità di ricorrere a forme di attuazione “in via coattiva” (espropriazione forzata o esecuzione in forma specifica, a seconda del possibile oggetto dell'obbligazione), o di rafforzamento delle “garanzie” per la soddisfazione dell'avente diritto sul patrimonio del soggetto obbligato (ipoteca) per l'ipotesi in cui detto inadempimento dovesse divenire attuale.

Ad ulteriore conferma di quanto ritenuto depongono, del resto, anche:

- a) la *ratio* sottesa all'intervento legislativo in esame, chiaramente volto a porre rimedio, in un'ottica deflattiva, alla crisi in cui versa ormai da lungo tempo la giustizia civile; prospettiva, questa, evidentemente ben poco conciliabile con l'assoggettamento di tutti i verbali di accordo ad omologazione da parte dell'autorità giudiziaria (anziché solo di quelli

⁸⁵ Solo a questa, e non anche alla non contrarietà all'ordine pubblico e a norme imperative, si riferiva, invece, il disposto di cui all'ultimo comma dell'art. 40 del d.lgs. n. 5/2003.

⁸⁶ La competenza per l'omologazione del verbale relativo alle controversie transfrontaliere di cui all'articolo 2 della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio è invece attribuita al presidente del tribunale «nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione».

- che la parte intenda assoggettare ad omologa nella prospettiva di iscrivere ipoteca o di instaurare un processo di esecuzione forzata);
- b) l'inidoneità comunque dell'omologazione (ancorché non circoscritta, in tal caso, al solo accertamento della regolarità formale del verbale ma estesa, invece, anche all'accertamento della non contrarietà all'ordine pubblico e a norme imperative), ad ovviare a possibili "strumentalizzazioni" della nuova figura di conciliazione introdotta dal legislatore ad opera di soggetti che dovessero ricorrervi per conseguire finalità differenti da quella, propria di tale istituto, di porre fine ad una reale controversia esistente fra le stesse (se del caso a ciò spinti anche dalle riferite agevolazioni fiscali di cui all'art. 17, 3° comma).

10.3 Un vuoto normativo (e di tutela) da colmare in via interpretativa: il rimedio avverso il diniego di omologa

Nulla prevede la normativa in esame, sotto il profilo dei possibili rimedi esperibili, per l'ipotesi in cui il Presidente del Tribunale rigetti l'istanza di omologa.

Il vuoto normativo, e l'indubbio vuoto di tutela che ne consegue, non è di poco momento e ricadrà inevitabilmente sull'interprete il non agevole compito di colmarlo, se del caso ricorrendo, in via di interpretazione analogica, ad altre previsioni previste nel nostro ordinamento per ipotesi analoghe, quale, in particolare, quella in tema di omologa del lodo arbitrale di cui all'art. 825 c.p.c.⁸⁷. Detta norma, infatti, pur a fronte di un'omologa meno incisiva di quella introdotta dal d. lgs. n. 28 del 2010 (stante il riferimento contenuto nell'art. 825 c.p.c. alla sola «regolarità formale del lodo», a fronte del riferimento contenuto invece nell'art. 12 del suddetto decreto anche alla non contrarietà «all'ordine pubblico o a norme imperative»), prevede espressamente che «contro il decreto che nega o concede l'esecutorietà del lodo, è ammesso reclamo mediante ricorso alla corte d'appello, entro trenta giorni dalla comunicazione; la corte, sentite le parti, provvede in camera di consiglio con ordinanza».

10.4 La natura di titolo esecutivo del verbale di conciliazione

Quanto alla natura di titolo esecutivo che il verbale acquista in forza dell'omologazione, giova evidenziare come costituisce questione ormai ricorrente, non priva di rilevanti ricadute di ordine

⁸⁷ In tal senso anche D. DALFINO, *Dalla conciliazione societaria alla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali"*, cit., 15 secondo il quale resta comunque ferma «l'operatività di rimedi quali l'opposizione alla esecuzione e la possibilità di proporre un'autonoma azione di accertamento negativo dell'obbligazione dedotta nel verbale erroneamente omologato».

pratico, quella della collocazione dei verbali di conciliazione dotati di efficacia esecutiva in talune delle categorie di cui all'art. 474 c.p.c.

Secondo la prevalente dottrina, infatti, detta norma avrebbe una portata omnicomprensiva e non sarebbe, dunque, possibile eludere il problema della classificazione del verbale di conciliazione assumendone la natura di titolo esecutivo *sui generis*⁸⁸, con conseguenti inevitabili ripercussioni, sul piano della maggior o minor portata del titolo esecutivo, a seconda che lo si riconduca:

- nei provvedimenti (giudiziali) ai quali la legge attribuisce efficacia esecutiva (ponendo l'accento sulla sede processuale di formazione e/o sulla partecipazione del giudice al procedimento conciliativo e alla fase di omologazione);

- negli atti ricevuti da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli (ponendo l'accento sulla diversità della funzione conciliativa del giudice rispetto a quella giurisdizionale e sul ruolo di terzo-pubblico ufficiale del mediatore);

- o, infine, negli altri atti ai quali la legge attribuisce efficacia esecutiva (ponendo l'accento sulla residualità di tale categorie e/o sulle incongruenze proprie delle altre due possibili soluzioni)⁸⁹.

Nel caso di specie, però, il riferimento espresso contenuto nel citato articolo 12 tanto all'espropriazione forzata che all'esecuzione specifica (per consegna o rilascio o per obblighi di fare o di non fare) priva della sua fondamentale ricaduta pratica la suddetta questione di ordine classificatorio.

In tal caso, infatti, è indubbio che, stante il tenore della norma, quale che sia la sua classificazione rispetto alla previsione di cui all'art. 474 c.p.c. (autonoma, ove si acceda alla tesi minoritaria che non la ritiene omnicomprensiva, oppure all'interno di una delle tre "categorie" di cui alla stessa, ove si acceda alla tesi prevalente che la ritiene invece tale), ci troviamo comunque di fronte ad un titolo esecutivo idoneo a supportare tanto un processo di espropriazione forzata che di esecuzione specifica (per consegna o rilascio o per obblighi di fare o di non fare).

Giova, piuttosto, evidenziare come:

- nonostante la previsione di cui all'art. 12, che subordina l'attribuzione della qualità di titolo esecutivo al verbale di conciliazione all'intervenuta omologazione dello stesso da parte del giudice, non sembra potersi escludere che già il verbale di conciliazione di cui all'art. 11, ove autenticato da

⁸⁸ Cfr. per tutti da ultimo in tal senso F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, cit., 357; ma vedi anche BRIGUGLIO, voce *Conciliazione giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., III, Torino, 1988, 238; *contra* GRASSO, voce *Titolo esecutivo*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 695 il quale ritiene invece superabile la tassatività delle categorie indicate dall'art. 474 c.p.c.

⁸⁹ Cfr. da ultimo su tale dibattito E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Attualità del titolo esecutivo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 89 ss; nonché più ampiamente, anche per ulteriori riferimenti, F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, cit., 357 ss.

un pubblico ufficiale a ciò autorizzato, possa costituire, quale scrittura privata autenticata, titolo esecutivo per le *eventuali* obbligazioni al pagamento di una somma di danaro in esso contenute, stante il disposto in tal senso di cui all'art. 474 c.p.c.;

- per l'ipotesi in cui il verbale di conciliazione abbia ad oggetto obblighi di fare infungibili o obblighi di non fare (per loro natura sempre incoercibili), pur non potendo trovare applicazione la previsione di cui all'art. 614-*bis* c.p.c., stante il riferimento espresso ivi contenuto al «provvedimento di condanna» e la scelta del legislatore di attribuire «il compito di impartire la tutela esecutiva indiretta al giudice della cognizione anziché ... al giudice dell'esecuzione»⁹⁰, il legislatore ha avuto cura di prevedere, all'art. 11, 3° comma, che «l'accordo raggiunto, anche a seguito della proposta, può prevedere il pagamento di una somma di danaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento»⁹¹.

Quanto, infine, alla idoneità del verbale di conciliazione di cui si discute a costituire titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, l'art. 12 cit. prevede espressamente detta possibilità pur subordinando anch'essa all'intervenuta omologazione da parte del presidente del tribunale.

E' solo il caso di ricordare a tal proposito che, tanto in dottrina⁹² che in giurisprudenza⁹³, in assenza di previsione legislativa espressa, come accade invece nel caso di specie, si è negata in passato l'iscrivibilità di ipoteca in base a verbale di conciliazione escludendo la possibilità di interpretare estensivamente a tal fine la previsione di cui all'art. 2818 cod. civ.

11. “Rapporti” fra autenticazione notarile ed omologazione giudiziaria.

Un accenno, prima di concludere, al modo in cui si atteggiano i “rapporti” tra autenticazione notarile ed omologazione giudiziaria, com'è noto entrambe previste dal decreto legislativo in esame: la prima al fine di consentire l'accesso nei registri immobiliari a talune tipologie di verbali di conciliazione; la seconda onde consentire al verbale di conciliazione di divenire titolo esecutivo per l'esecuzione forzata e titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

⁹⁰ Così F.P. LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, cit., 1262 secondo il quale «così stando le cose, sono stati frustrati tutti i più recenti tentativi di equiparare l'efficacia esecutiva della conciliazione all'efficacia esecutiva della sentenza»

⁹¹ Cfr. per tutti sul punto D. DALFINO, *Dalla conciliazione societaria alla “mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali”*, cit., 15 secondo il quale «ciò dovrebbe consentire di colmare una lacuna che altrimenti non avrebbe trovato giustificazione».

⁹² Cfr. per tutti sul punto ANDRIOLI, *Processo verbale di amichevole composizione e ipoteca giudiziale*, in *Riv. notar.*, 1950, 86; FAVARA, *Il verbale di conciliazione come titolo esecutivo*, in *Giur. it.*, 1950, I, 2, 554.

⁹³ Cfr. per tutti in tal senso: Trib. Milano 8 luglio 1949 in *Riv. notar.*, 1950, 85; Pret. Atessa 27 giugno 1959 in *Il nuovo diritto*, 1961, 470.

Nulla prevede espressamente il legislatore sul punto, nonostante sia agevolmente immaginabile che le parti interessate possano presentare istanza di omologazione di un verbale di conciliazione già autenticato dal notaio, ai fini di consentire la trascrizione dello stesso, nonché, a ben vedere, anche, all'opposto, chiedere al notaio l'autenticazione, sempre ai fini della trascrizione, di un verbale di conciliazione che sia stato già omologato.

Dette evenienze impongono inevitabilmente di chiedersi in quali termini si atteggino, per l'appunto, i "rapporti" fra autenticazione notarile e omologazione giudiziaria.

Due sembrerebbero essere, più in dettaglio, le differenti tipologie di interrogativi, di non poco momento, che vengono in rilievo sotto questo profilo, e cioè:

- 1) se il controllo da effettuarsi da parte del notaio in sede di autentica e quello da effettuarsi da parte del giudice in sede di omologazione giudiziaria si atteggino in termini differenti qualora siano stati preceduti, rispettivamente, dall'omologazione giudiziaria e dall'autenticazione notarile;
- 2) se il verbale di conciliazione (non autenticato ma) omologato costituisca titolo per la trascrizione.

Nel silenzio del legislatore, e pur trattandosi di profilo meritevole di maggior approfondimento, sembrerebbe corretto ritenere che ci troviamo dinanzi a due tipologie di controlli dagli incerti confini ⁹⁴ che, pur potendo presentare un nucleo comune o comunque profili di parziale sovrapposizione, restano comunque distinti, quanto meno sotto il profilo dei presupposti e della funzione (trascrivibilità, nell'un caso, ed efficacia esecutiva/iscrivibilità nell'altro caso), con la conseguenza che:

⁹⁴ Quanto all'autentica notarile, infatti, se, da un lato, può agevolmente pensarsi che il notaio debba esercitare il controllo di legalità *ex art. 28 l. not.* con modalità del tutto simili a quelle tradizionalmente esercitate sugli atti negoziali da autenticare, dall'altro lato, residuano taluni dubbi in ordine all'estensione di tale controllo legati al peculiare contesto in cui viene a collocarsi, nell'ipotesi in esame, l'autentica notarile. Si è già posto in rilievo nel corso dello studio come sia in particolare dubbio se in tal caso il controllo notarile debba estendersi anche alla ricorrenza dei presupposti per l'accesso al procedimento di mediazione di cui all'art. 5 d.lgs. n. 28/2010.

Quanto all'omologa giudiziaria la difficoltà di delimitarne i confini risiede in più ragioni. Innanzitutto la varietà di significati che il termine "omologazione" o "controllo omologatorio" esprimono, essendosi da tempo chiarito che tali termini non indicano invariabilmente il solo significato di "atto di approvazione". Inoltre nell'impiego dell'istituto dell'omologazione non solo in sede giudiziaria – nella quale è caratterizzata per lo svolgimento della tipica attività di controllo – ma anche in sede amministrativa, nella quale si atteggia con modalità profondamente diverse (omologazioni "di sicurezza", "organizzative", ecc). Infine nella difficoltà di pervenire ad una nozione unitaria di controllo affidato all'autorità giudiziaria, in ragione della estrema varietà di vicende giuridiche che gli vengono sottoposte (es. separazione consensuale dei coniugi, transazione sulla falsità dei documenti *ex art. 1968 cod. civ.*, concordati nelle procedure concorsuali, ecc.) ed anche perché è la legge in molti casi a definire il tipo di controllo che deve essere esercitato. Cfr. per tutti sul punto: A. PALERMO, voce *Omologazione*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1957, XI, 905 ss; G. NICOTINA, voce *Omologazione*, in *Dig. disc. Priv.*, sez civile, vol. XIII, Torino, 1995, 47 ss; F. TEDESCHINI, voce *Omologazione*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, 86 ss.

- 1) tanto il notaio, in sede di autentica, quanto il giudice, in sede di omologa, dovranno effettuare il controllo che gli compete ancorché questo dovesse essere stato preceduto dal controllo esercitato, per quanto di competenza, rispettivamente dal giudice, in sede di omologa, o dal notaio, in sede di autentica;
- 2) il verbale di conciliazione (non autenticato ma) omologato non costituisce titolo per la trascrizione (ma solo per l'iscrizione di ipoteca).

La correttezza di quanto sostenuto *sub* 2) sembrerebbe confermata altresì:

- da quanto testualmente previsto dal decreto legislativo in esame, il quale, per un verso riconosce espressamente alla sola autentica del pubblico ufficiale autorizzato il requisito di condizione per la trascrivibilità nei registri immobiliari del verbale di conciliazione e, per altro verso, relega espressamente l'omologa del verbale di conciliazione a condizione per l'iscrivibilità di ipoteca giudiziale⁹⁵;
- dall'*iter* di formazione del medesimo decreto legislativo, essendosi introdotta in corso d'opera l'autentica del pubblico ufficiale a ciò autorizzato proprio quale condizione per poter accedere alla trascrizione nei registri immobiliari di taluni verbali di conciliazione.

12. Conclusioni

E' indubitabile che ci troviamo di fronte ad un intervento legislativo particolarmente significativo e di grosso impatto pratico, non privo di criticità che si sono cercate man mano di evidenziare nel corso del presente contributo, sia pur nei circoscritti confini ed in conformità con lo spirito che gli è proprio, ossia quello delle "prime riflessioni" sulle novità per l'effetto introdotte nel nostro ordinamento.

Non è il caso di ripetersi in sede di conclusioni, ove preme, piuttosto, accennare alle ricadute di questo intervento legislativo sulla funzione notarile.

Anche sotto questo profilo pare, infatti, potersi cogliere un dato significativo.

A ben vedere si assiste, infatti, ad un ulteriore rafforzamento della funzione latamente processuale da sempre riconosciuta nel nostro ordinamento al notaio⁹⁶, in tal caso *sub specie* di funzione che, in epoca ormai risalente nel tempo, autorevole dottrina aveva qualificato come

⁹⁵ Ferma restando la possibilità di iscrivere ipoteca volontaria, ai sensi di quanto disposto dall'art. 2821 cod. civ., in forza di verbale di conciliazione autenticato da pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

⁹⁶ Si rinvia sul punto, anche per ulteriori riferimenti, a E. FABIANI, *Funzione processuale del notaio ed espropriazione forzata*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, spec. 146.

funzione «antiprocessuale del notaio», con ciò volendosi riferire soprattutto alla funzione di prevenzione delle liti.

L'aver, il legislatore, consentito, con l'intervento in esame, che detta funzione di mediazione possa essere svolta (anche) dal notaio, nonché soprattutto l'averle attribuito il rilievo, per una vastissima area di controversie civili, di condizione di procedibilità della domanda giudiziale, non può non avere, quale immediata ricaduta, il fatto che si assista ad un significativo rafforzamento della suddetta funzione di prevenzione delle liti, la quale, seppur da sempre insita nella funzione notarile, conosce oggi indubbiamente una nuova e particolarmente significativa dimensione.