Judicium
Il processo civile in Italia e in Europa
Civil Procedure in Italy and Europe
www.judicium.it

Gianpaolo Impagnatiello

La «mediazione finalizzata alla conciliazione» di cui al d.lgs. n. 28/2010 nella cornice europea

Sommario: 1. Premessa. – 2. Le raccomandazioni 98/257/CE e 2001/310/CE. – 3. Il Libro Verde del 2002 e la direttiva 2008/52/CE. – 4. Dalla direttiva europea al d.lgs. n. 28/2010. – 5. La mediazione come procedimento. – 6. Effetti della domanda di mediazione, tutela della riservatezza, ed esecutività degli accordi conciliativi. – 7. Mediazione "obbligatoria" e mediazione "demandata". – 8. Il profilo professionale del mediatore. – 9. Gli organismi di mediazione. – 10. Gli incentivi fiscali. – 11. La proposta di conciliazione. – 12. I costi della mediazione. – 13. Conclusioni.

1. Premessa.

Nel preambolo del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, che ha istituito e disciplinato la «mediazione finalizzata alla conciliazione» delle controversie civili e commerciali, viene richiamata, accanto ad alcune norme costituzionali e all'art. 60 della l. delega n. 69/2009, la direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale.

Il riferimento alla direttiva europea, i cui riflessi non sono sfuggiti alla maggior parte dei commentatori[1], persegue l'obiettivo di collocare la nuova mediazione civile italiana all'interno della cornice continentale, ma nel contempo sollecita l'interprete a

[1] V. R. Caponi, *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d.leg. 4 marzo 2010, n. 28)*, I, *Quadro generale*, in *Foro it*., 2010, V, c. 89; L. Dittrich, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc*., 2010, p. 575; G. Canale, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, *ibid*., p. 616; D. Dalfino, *Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali»*, in *Rass. forense*, 2010, p. 50 ss.; U. Carnevali, *La nuova mediazione civile*, in *Contratti*, 2010, p. 437.

porre a confronto le due normative, al fine di cogliere analogie e differenze con la mediazione comunitaria. Le pagine che seguono sono dedicate a questa indagine: si avrà così modo di verificare in quale misura l'approccio alle ADR che non da oggi contraddistingue il legislatore comunitario sia stato condiviso dal legislatore nostrano e in quale misura, invece, la via italiana alla mediazione stia seguendo un percorso autonomo.

2. Le raccomandazioni 98/257/CE e 2001/310/CE.

La direttiva 2008/52/CE nasce da un lungo travaglio normativo e dalla progressiva messa a fuoco dei problemi legati allo sviluppo delle tecniche di *alternative dispute resolution*. Soprattutto dopo il Libro Verde del 1993 su *L'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico*, l'azione legislativa comunitaria si era infatti venuta orientando verso una sempre più precisa definizione del sistema di principî e di valori cui devono ispirarsi i modelli conciliativi adottati dagli Stati membri[2].

Le tappe fondamentali di questa evoluzione sono state certamente rappresentate dalle raccomandazioni della Commissione 98/257/CE e 2001/310/CE, entrambe rivolte a rafforzare le forme di tutela del consumatore, ma non di meno dotate di ambiti operativi complementari[3].

Con la prima, la Commissione ha fissato i principî-cardine delle procedure di conciliazione *lato sensu* aggiudicative[4], per certi versi le più pericolose perché connotate da un ruolo forte del conciliatore: nei "considerando" si legge infatti che la raccomandazione si applica «alle procedure che, indipendentemente dalla loro

[2] E. Zucconi Galli Fonseca, *La nuova mediazione civile nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 2010, p. 653 ss., spec. p. 655.
[3] F. Santagada, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008, p. 148 s.
[4] Secondo la terminologia corrente, la qualifica di aggiudicative spetta propriamente alle procedure che – come l'arbitrato – consentono una definizione eteronoma della controversia, attraverso l'adozione da parte del terzo di una vera e propria decisione vincolante per le parti: cfr. C. Punzi, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc*., 2009, p. 845; F. Santagada, *La conciliazione delle controversie civili*, cit., p. 98 s. In senso lato, tuttavia, pare lecito riferire tale qualifica anche alle procedure di conciliazione che, pur continuando a essere caratterizzate dal carattere consensuale della soluzione della lite, attribuiscono al mediatore-conciliatore il potere di incidere, mediante la formulazione di una proposta non negoziabile, sulla libera e spontanea volontà delle parti di concludere l'accordo.

denominazione, portano ad una risoluzione della controversia tramite l'intervento attivo di un terzo che propone o impone una soluzione», con esclusione, invece, di quelle «che si limitano a un semplice tentativo di riavvicinare le parti per convincerle a trovare una soluzione di comune accordo».

Rispetto a tali procedure, che presuppongono in capo al conciliatore il potere di proporre o addirittura imporre una soluzione della lite, la raccomandazione ha fissato taluni principî: l'indipendenza del conciliatore; i canoni di trasparenza, efficacia, legalità e libertà del procedimento; la garanzia del contraddittorio; il diritto delle parti di farsi rappresentare o assistere da terzi. In particolare, l'indipendenza deve essere garantita mediante misure dirette ad assicurare la *capacità*, l'*esperienza* e la *competenza* del conciliatore, specialmente in materia giuridica, e l'attribuzione allo stesso conciliatore di un mandato irrevocabile di durata sufficiente a garantire la serenità della sua azione; la trasparenza deve sostanziarsi nella più ampia conoscibilità delle regole procedurali e nella circolazione di ogni informazione utile alla conciliazione; infine, l'obiettivo dell'efficacia va perseguito garantendo la gratuità della procedura ovvero costi moderati, l'assenza dell'onere di patrocinio e «l'attribuzione di un ruolo attivo all'organo competente che gli consenta di prendere in considerazione tutti gli elementi utili alla risoluzione della controversia».

La raccomandazione 2001/310/CE ha invece un ambito operativo circoscritto alle procedure di conciliazione propriamente *facilitative*, per tali intendendosi quelle nelle quali «gli organi terzi responsabili […] si adoperano per risolvere una controversia facendo incontrare le parti per convincerle a trovare una soluzione di comune accordo» (così il "Campo di applicazione" della Raccomandazione).

Con riguardo a tali procedure, per loro stessa natura più semplici e assai meno insidiose di quelle che riconoscono al conciliatore un ruolo forte, la raccomandazione ha enucleato quattro principî fondamentali – l'imparzialità, la trasparenza, l'efficacia e l'equità – affidando la realizzazione di ciascuno a misure specifiche. Quanto all'imparzialità e alla trasparenza, le misure suggerite sono in larga misura simili a quelle prescritte per le procedure che riconoscono un ruolo attivo del conciliatore. A proposito

dell'efficacia, la raccomandazione 2001/310/CE, in aggiunta a quanto già stabilito da quella del 1998, ha incoraggiato l'uso delle nuove tecnologie, al fine di rendere la procedura «facilmente accessibile e disponibile per entrambe le parti […], indipendentemente dal luogo in cui le parti si trovano». Infine, l'equità deve essere garantita mediante una serie di interventi, tutti coerenti con la logica meramente facilitativa delle procedure in discorso: la corretta informazione in ordine al diritto di non partecipare alla procedura e di recedere in qualsiasi momento, rivolgendosi al giudice o esperendo eventuali altri meccanismi di risoluzione extragiudiziale; il diritto di interloquire col conciliatore in modo riservato e confidenziale; la concessione di ragionevoli margini di tempo per valutare soluzioni conciliative e così via.

3. Il Libro Verde del 2002 e la direttiva 2008/52/CE.

Con le raccomandazioni del 1998 e del 2001, il legislatore comunitario aveva maturato una piena consapevolezza dei modelli conciliativi utili alla tutela dei diritti dei consumatori. Sennonché, i tempi erano ormai maturi per valicare gli angusti confini della materia consumeristica e per avviare una riflessione più ampia sui metodi di *alternative dispute resolution*. Una riflessione, cioè, diretta a verificare la possibilità e l'opportunità di puntare sulle procedure conciliative per tutto il contenzioso civile; per lo meno per il contenzioso che, vertendo su diritti disponibili, sia idoneo ad avvalersi di forme di tutela negoziata[5].

Il colpo d'ala si è avuto col Libro Verde della Commissione del 2002, relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, e con la più volte richiamata direttiva 2008/52/CE. Quest'ultima, in particolare, non soltanto si riferisce a tutta la «materia civile e commerciale», ma discorre per la prima volta in ambito comunitario di *mediazione*. L'influenza della *mediation* anglosassone è evidente[6], ma sta di fatto che, anche grazie allo svecchiamento della terminologia "classica", si diffonde

[55] F. Santagada, *La conciliazione delle controversie civili*, cit., p. 149 s.
[6] Cfr. V. Vigoriti, *La proposta di direttiva europea sulla* mediation, in *Rass. forense*, 2005, p. 359 ss., nonché M.F. Ghirga, *Conciliazione e mediazione alla luce della proposta di direttiva europea*, in *Riv. dir. proc*., 2006, p. 463 ss.; Id., *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2008/52/CE)*, ivi, 2009, p. 357 ss.

in ambito comunitario un rinnovato entusiasmo verso i metodi alternativi di risoluzione delle controversie.

La direttiva muove dalla premessa che l'obiettivo di garantire un migliore accesso alla giustizia, come parte della politica dell'Unione europea di istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dovrebbe comprendere l'accesso ai metodi giudiziali e stragiudiziali di risoluzione delle controversie ("considerando" 5). In questa cornice, la mediazione «può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti» ("considerando" 6), a condizione che queste «possano fare affidamento su un contesto giuridico certo». A questo scopo, la direttiva si propone d'introdurre «un quadro normativo che affronti, in particolare, gli elementi chiave della procedura civile» ("considerando" 7).

Il contenuto precettivo della direttiva si rivolge *in primis* alle controversie transfrontaliere, ma con la precisazione che «nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni» ("considerando" 8). Appare chiara l'ambizione della direttiva di porsi come pietra angolare di ogni futuro sviluppo della mediazione in ambito civile: impressione, questa, avvalorata dalla constatazione che l'ambito applicativo è esteso a tutta la materia civile e commerciale, eccezion fatta per i diritti e gli obblighi «su cui le parti non hanno la facoltà di decidere da sole in base alla pertinente legge applicabile», i quali diritti e obblighi, viene opportunamente precisato, sono «particolarmente frequenti in materia di diritto di famiglia e del lavoro» ("considerando" 10).

Su queste premesse, la direttiva introduce un modello di mediazione tipicamente facilitativo. Ciò si desume agevolmente dalla definizione contenuta nell'art. 3, secondo la quale la mediazione è il «procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore»: dunque, il mediatore si limita ad *assistere* le parti e queste raggiungono *esse stesse* l'accordo *su base volontaria*.

La scelta di puntare su un modello facilitativo di mediazione appare del tutto ragionevole, per poco che si consideri che tale modello, essendo destinato a operare nella multiforme varietà del contenzioso civile e commerciale[7], deve risultare *bon à tout faire* e, per conseguenza, non può presupporre in linea di principio l'attribuzione al mediatore di poteri in grado di incidere sulla libera determinazione delle parti nell'accettare o nel rifiutare proposte conciliative. Invero, la direttiva non esclude affatto che la legge di uno Stato membro renda obbligatorio l'accesso alla mediazione, né che la mediazione sia suggerita o ordinata dal giudice, né, infine, che essa sia sottoposta a incentivi o sanzioni (art. 5); ma la specificità della mediazione comunitaria sta proprio nella volontarietà – *id est* nella spontaneità – dell'accordo conciliativo, che non può mai essere imposto dal mediatore per mezzo di strumenti di coazione indiretta.

Nella cornice testé tratteggiata, la direttiva rivolge grande attenzione alla *qualità* della mediazione, optando per un profilo *stricto sensu* professionale di mediatore: a norma del citato art. 3, infatti, il mediatore deve essere in grado di «condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente»; deve inoltre essere sottoposto a percorsi formativi iniziali e successivi, rispondere a regole etiche e deontologiche e operare all'interno di «organizzazioni che forniscono servizi di mediazione» (art. 4). L'idea è quella di una mediazione amministrata, affidata a un mediatore-professionista facente parte di un'organizzazione stabile e gestita attraverso un «procedimento strutturato», nel rispetto dei principî-cardine fissati dalla raccomandazione del 2001[8].

A codesti principî, invero, la direttiva ne ha aggiunto degli altri.

[7] F. Santagada, *La conciliazione delle controversie civili*, cit., p. 150.

[8] Implicitamente richiamata dal "considerando" 18, secondo cui «nell'ambito della protezione dei consumatori, la Commissione ha adottato una raccomandazione che stabilisce i criteri minimi di qualità che gli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo dovrebbero offrire agli utenti. Qualunque mediatore o organizzazione che rientri nell'ambito di applicazione di tale raccomandazione dovrebbe essere incoraggiato a rispettare i principi in essa contenuti. Allo scopo di agevolare la diffusione delle informazioni relative a tali organi, la Commissione dovrebbe predisporre una banca dati di modelli extragiudiziali di composizione delle controversie che secondo gli Stati membri rispettano i principi di tale raccomandazione».

In primo luogo, l'art. 7 ha elevato a canone fondamentale della mediazione la riservatezza della procedura, stabilendo che, salva diversa volontà delle parti, gli Stati membri debbono garantire che «né i mediatori né i soggetti coinvolti nell'amministrazione del procedimento di mediazione siano obbligati a testimoniare nel procedimento giudiziario o di arbitrato in materia civile e commerciale riguardo alle informazioni risultanti da un procedimento di mediazione o connesse con lo stesso». Secondo la direttiva, però, il divieto non è assoluto, incontrando una duplice limitazione: la prima costituita dalla necessità di salvaguardare un interesse di ordine pubblico superiore, specialmente se attinente alla protezione dei minori o alla tutela dell'integrità fisica o psicologica di una persona; la seconda rappresentata dall'esigenza di assicurare l'applicazione o l'esecuzione dell'accordo conciliativo.

In secondo luogo, l'obiettivo di evitare che «il rispetto degli accordi derivanti dalla mediazione dipenda dalla buona volontà delle parti» ("considerando" 19) ha indotto il legislatore comunitario a dedicare un'apposita disposizione all'esecutività degli accordi risultanti dalla mediazione. Nell'art. 6 è infatti stabilito che gli Stati membri assicurano che «le parti, o una di esse con l'esplicito consenso delle altre, abbiano la possibilità di chiedere che il contenuto di un accordo scritto risultante da una mediazione sia reso esecutivo», salvo che il contenuto dell'accordo sia contrario alla legge o questa non ne preveda l'esecutività.

In terzo e ultimo luogo, l'art. 8 della direttiva, sotto la rubrica «*Effetto della mediazione sui termini di prescrizione e decadenza*», dispone che «gli Stati membri provvedono affinché alle parti che scelgono la mediazione nel tentativo di dirimere una controversia non sia successivamente impedito di avviare un procedimento giudiziario o di arbitrato in relazione a tale controversia per il fatto che durante il procedimento di mediazione siano scaduti i termini di prescrizione o decadenza». La previsione costituisce il logico e quanto mai opportuno completamento delle misure poste dalla raccomandazione 98/257/CE a presidio dell'efficacia delle procedure conciliative, essendo evidente che la

parte è tanto più indotta ad avvalersi di tali strumenti quanto più possa esser certa che la domanda di mediazione produce effetti analoghi a quelli della domanda giudiziale[9].

4. Dalla direttiva europea al d.lgs. n. 28/2010.

L'art. 12 della direttiva prevedeva infine che gli Stati membri dovessero attuare i principî comunitari in tema di mediazione entro il 21 maggio 2011; e un termine ancor più ristretto (il 21 novembre 2010) veniva fissato per l'introduzione delle misure di cui all'art. 10 («*Informazioni sugli organi giurisdizionali e sulle autorità competenti*»)[10].

L'obbligo comunitario è stato assolto dall'Italia attraverso il d.lgs. 28/2010, emanato in attuazione della delega contenuta nell'art. 60 della l. 69/2009. Invero, già l'art. 60, 2° comma, nel fissare i criteri direttivi della delega, conteneva un fugace cenno alla normativa comunitaria. Come ho ricordato all'inizio, il riferimento è poi divenuto esplicito nel preambolo del d.lgs. n. 28/2010, che in tal modo ha posto la normativa interna in diretta continuità con quella europea.

Non par dubbio che i modelli italiano e comunitario di mediazione abbiano non pochi elementi in comune; ma è altrettanto innegabile che taluni profili pongano la normativa interna su un piano di netta autonomia rispetto ai principî e alle regole fissati dalla direttiva n. 52.

Cominciamo dagli elementi comuni.

Innanzi tutto, la terminologia. Per una tradizione risalente, in Italia si era abituati a discorrere di *conciliazione* e di *tentativi di conciliazione*, catalogandoli in giudiziali e stragiudiziali e in facoltativi e obbligatori[11]. La mediazione costituiva (e costituisce) un contratto tipico (artt. 1754 ss. c.c.) e i soli cenni riconducibili a qualcosa di simile all'odierna mediazione civile erano quelli alla «mediazione familiare» o alla «mediazione» *tout-court* contenuti in talune disposizioni di legge: per esempio, nell'art. 4 della l. 28 agosto 1997, n. 285, che, nel dettare «*Disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità*

[9] Cfr. E. Zucconi Galli Fonseca, *La nuova mediazione civile nella prospettiva europea*, cit., p. 663.
[10] Il richiamato art. 12 prevedeva altresì che gli Stati membri, nell'adottare le disposizioni attuative, dovessero includervi un riferimento alla direttiva o corredarle di tale riferimento all'atto della pubblicazione ufficiale.
[11] Per queste e altre precisazioni terminologiche, v. gli studi monografici di F. Santagada, *La conciliazione delle controversie civili*, cit., e di F. Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008.

per l'infanzia e l'adolescenza», prevede, tra le misure adottabili per realizzare le finalità della legge, i «servizi di mediazione familiare e di consulenza per famiglie e minori al fine del superamento delle difficoltà relazionali»; nell'art. 342-*ter* c.c., introdotto dalla l. 5 aprile 2001, n. 154, a norma del quale il giudice, adìto per l'emanazione di un ordine di protezione contro gli abusi familiari, può altresì disporre «l'intervento dei servizi sociali del territorio o di un centro di mediazione familiare»; o, infine, nell'art. 155-*sexies* c.c., introdotto dalla l. 8 febbraio 2006, n. 54, che, sotto l'equivoca rubrica «*Poteri del giudice e ascolto del minore*», prevede che il giudice, qualora ne ravvisi l'opportunità, sentite le parti e acquisito il loro consenso, possa rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 155 c.c. «per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli»[12].

Con il d.lgs. n. 28/2010, l'accezione dei termini *mediazione* e *conciliazione* cambia[13], giacché viene istituito tra essi un rapporto di mezzo a fine[14]: la mediazione è «l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa»; la conciliazione, invece, è definita come la «composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione». Le definizioni fornite dal d.lgs. sono chiarissime, ma ciò nonostante si corre il rischio di far confusione allorché si tratti di applicare quelle norme, come il citato art. 155-*sexies* c.c., che discorrono puramente e semplicemente di «mediazione»; dove a fugare ogni incertezza è solo la considerazione che la «mediazione finalizzata alla conciliazione» di cui al d.lgs. n. 28/2010, potendo riguardare unicamente controversie su diritti disponibili (art. 2)[15], non ha alcuno spazio operativo nei giudizi di

[12] In argomento, v., se vuoi, G. Impagnatiello, *La mediazione familiare fra Corte costituzionale e legislatore delegato*, in *Mediares*, n. 14, 2009, p. 163 ss., spec. p. 172 ss.
[13] Ma v. sul punto le riflessioni di C. Punzi, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 846 s.
[14] R. Caponi, *La giustizia civile alla prova della mediazione*, cit., c. 89.
[15] Cfr. R. Masoni, *Le controversie suscettibili di mediazione civile ai sensi del d.lsg. n. 28 del 2010*, in *Giur. merito*, 2010, p. 2156 ss.

separazione personale dei coniugi, specialmente allorché vengano in rilievo i provvedimenti sulla prole di cui all'art. 155 c.c.

5. La mediazione come procedimento.

Un elemento di continuità tra disciplina interna e normativa comunitaria è certamente rappresentato dal carattere procedimentalizzato della mediazione[16], che emerge dalla stessa definizione datane dalla direttiva 2008/52/CE e che nel d.lgs. n. 28/2010 ha tale risalto da fornire la rubrica a un intero capo (il secondo, che peraltro racchiude la parte senz'altro più cospicua del decreto).

Beninteso, quello di mediazione è un procedimento improntato al principio d'informalità (art. 3, 3° comma, d.lgs.), nel senso precipuo che la regolarità formale degli atti del procedimento non è in linea di massima in grado di condizionare la validità dell'accordo conciliativo[17]. Non di meno, la legge tratta la mediazione alla stregua di una sequenza ordinata di atti, rinviandone la disciplina ai regolamenti di procedura degli organismi e preoccupandosi di precisare che tali regolamenti devono in ogni caso garantire la riservatezza della procedura e modalità di nomina del mediatore che ne assicurino l'imparzialità e l'idoneità al corretto svolgimento dell'incarico[18].

A ben vedere, la procedimentalizzazione delle attività svolte dal e innanzi al mediatore è conseguenza diretta della relazione strumentale istituita tra mediazione e conciliazione, relazione che implica che lo strumento sia adeguato al suo scopo: sia, cioè, in grado di agevolare il più possibile il raggiungimento dell'accordo conciliativo. Si aggiunga che la mediazione è destinata a intrecciarsi sotto una molteplicità di aspetti con il processo, se non altro in considerazione della rilevanza giurisdizionale della

[16] In tal senso, tra gli altri, C. Consolo, *La improcrastinabile radicale riforma della Legge-Pinto, la nuova mediazione ex d.lgs. n. 28 del 2010 e l'esigenza del dialogo con il Consiglio d'Europa sul rapporto fra Repubblica italiana e art. 6 Cedu*, in *Corriere giur.*, 2010, p. 431 ss.; G. Scarselli, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 147; M. Fabiani, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, in *Società*, 2010, p. 1142.
[17] Sul punto, sia consentito rinviare a G. Impagnatiello, *La domanda di mediazione: forma, contenuto, effetti*, in www.judicium.it, (2011), spec. § 2.
[18] Su questo e altri profili, v. R. Tiscini, *Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in www.judicium.it, (2011).

conciliazione e della mancata conciliazione[19]; il che, con tutta evidenza, impedisce al legislatore di disinteressarsi dell'articolazione del procedimento di mediazione e, anzi, gl'impone di assicurare che la mediazione sia "regolata"[20] e siano preservate ad un tempo la riservatezza degli atti e delle dichiarazioni delle parti, nonché l'imparzialità e la professionalità del mediatore.

6. Effetti della domanda di mediazione, tutela della riservatezza, ed esecutività degli accordi conciliativi.

Il d.lgs. n. 28/2010 ha sostanzialmente recepito i principî enunciati nei già richiamati artt. 6, 7 e 8 della direttiva del 2008.

A) L'art. 5, 6° comma, del d.lgs. prevede che, dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale (ossia l'interruzione di cui all'art. 2943 c.c. e, forse, la sospensione di cui al successivo art. 2945, 2° comma[21]) e impedisce la decadenza, ancorché «per una sola volta» e salva la necessità, in caso d'insuccesso della mediazione, di rispettare il medesimo termine di decadenza decorrente dal deposito del verbale di mancata conciliazione.

B) La riservatezza della procedura è assicurata dalle misure previste dagli artt. 9 e 10 del d.lgs. In particolare, l'art. 9, sotto la rubrica «*Dovere di riservatezza*» prevede un duplice livello di tutela: il 1° comma fa obbligo al mediatore e a tutti coloro che a qualunque titolo svolgono la loro opera nella mediazione di tenere riservate le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite durante il procedimento; il 2° comma, invece, ha come destinatario il solo mediatore, al quale è fatto obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite nel corso delle sessioni

[19] Sul punto, v. le riflessioni aspramente critiche di G. Scarselli, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.leg. 28/10*, in *Foro it*., 2011, V, c. 54 ss., § 5.
[20] A norma dell'art. 3, 1° comma, d.lgs. n. 28/2010, il procedimento di mediazione è «disciplinato dal regolamento dell'organismo scelto dalle parti»: tuttavia, poiché il regolamento deve rispettare talune disposizioni imperative contenute tanto nello stesso d.lgs., quanto nel d.m. attuativo n. 180/2010, appare chiaro che il procedimento di mediazione è disciplinato non solo dal regolamento di procedura dell'organismo, ma anche, a un livello gerarchico più alto, dal d.lgs. 28/2010 e dal d.m. 180/2010.
[21] Sul punto, v. *amplius* G. Impagnatiello, *La domanda di mediazione: forma, contenuto, effetti*, cit., spec. § 8.

separate, che, salvo consenso di chi rende le prime e fornisce le seconde, non possono essere riferite alle altre parti[22].

L'art. 10 completa il quadro, sancendo l'inutilizzabilità «nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione» delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione, in ordine alle quali non è ammessa prova testimoniale né giuramento decisorio. Inoltre, il 2° comma stabilisce che 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, estendendo al mediatore le norme sul segreto professionale di cui all'art. 200 c.p.p. e le garanzie di libertà del difensore di cui all'art. 103 dello stesso codice.

C) Infine, l'art. 12 del d.lgs. prevede che, su istanza di parte, 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 formale, con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo; con la precisazione, in verità superflua (e anzi, con riguardo all'ipoteca, tecnicamente errata), che il verbale omologato «costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale»[23].

7. Mediazione "obbligatoria" e mediazione "demandata".

Come si è visto, la definizione comunitaria di mediazione contenuta nell'art. 3 della direttiva 2008/52/CE è aperta all'eventualità che la legge di uno Stato membro preveda l'accesso alla mediazione come obbligatorio oppure attribuisca al giudice il potere di invitare o addirittura imporre alle parti l'avvio della mediazione.

Entrambe le forme di mediazione hanno trovato spazio nel d.lgs. n. 28/2010.

[22] Su tali aspetti, v. D. Borghesi, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, in www.judicium.it, (2010).
[23] Cfr. D. Dalfino, *Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali»*, cit., p. 67 s.

La previsione di «materie» nelle quali l'esperimento della mediazione non è lasciato alla libera determinazione della parte, ma costituisce un obbligo[24], rappresenta, com'è noto, uno dei punti più "caldi" della disciplina contenuta nel d.lgs. Ciò non soltanto per ragioni sostanziali, attinenti all'opportunità e alla stessa legittimità costituzionale di condizionamenti del diritto di azione, ma anche per motivi di ordine formale. La l. delega, infatti, non faceva alcuna menzione del potere del legislatore delegato d'introdurre una siffatta previsione, limitandosi a stabilire che, nell'esercizio della delega, il Governo dovesse garantire che la mediazione non precludesse «l'accesso alla giustizia»[25].

Sennonché, l'art. 5, 1° comma, del d.lgs. contiene un nutrito elenco di materie (condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, contratti assicurativi, bancari e finanziari) e di azioni (risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità), nelle quali, a decorrere dal 20 marzo 2011[26], l'esperimento della procedura di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, rilevabile anche d'ufficio non oltre la prima udienza[27].

La finalità deflativa della norma è sin troppo chiara[28]. Non ci si può nascondere, tuttavia, che l'opzione legislativa solleva non poche e non lievi perplessità, anche di ordine costituzionale, rendendo tutt'altro che peregrino il sospetto che il d.lgs. sia *in parte qua* viziato da un eccesso di delega[29]. Nella valutazione del quale, è prevedibile che possano giocare un ruolo, da un canto, la giurisprudenza costituzionale incline a

[24] Nel senso precipuo che l'esperimento della mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale, sanzionabile nei modi e nei termini stabiliti dalla legge.
[25] A. Proto Pisani, *Appunti su mediazione e conciliazione*, in *Foro it*., 2010, V, c. 144.
[26] Ma, con la l. 26 febbraio 2011, n. 10, il termine di cui all'art. 24, 1° comma, del d.lgs. è stato prorogato di dodici mesi limitatamente alle controversie in materia di condominio e di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti.
[27] F. Santangeli, *La mediazione obbligatoria nel corso del giudizio di primo grado*, in www.judicium.it, (2011), spec. § 1.
[28] R. Caponi, *La giustizia civile alla prova della mediazione*, cit., c. 92 s. Tuttavia, sulla capacità della previsione di conseguire il suo scopo deflativo, v. i dubbi di A. Proto Pisani, *Appunti su mediazione e conciliazione*, cit., c. 144.
[29] In senso analogo, v. G. Monteleone, *La mediazione«forzata»*, in *Giusto proc. civ*., 2010, p. 21 ss., spec. p. 25; G. Scarselli, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.leg. 28/10*, cit., c. 54 ss., § 2; Id., *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, cit., c. 147; D. Dalfino, *Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali»*, cit., p. 61.

considerare l'istituto del tentativo obbligatorio di conciliazione compatibile con i principî della Carta fondamentale[30] e, dall'altro, le limitazioni e le deroghe all'obbligatorietà previste dal 3° e 4° comma dello stesso art. 5, funzionali a non precludere l'accesso alla giustizia[31].

Quanto alla mediazione "demandata", il 2° comma dell'art. 5 stabilisce che il giudice, anche in appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, possa invitare le stesse a procedere alla mediazione. È bene osservare che non si tratta di un ordine, ma di un mero invito, che le parti sono libere di non accettare; per quanto sia da avvertire che gli "inviti" che il giudice rivolge alle parti sono il più delle volte quasi degli ordini.

L'invito, dice la norma, deve essere rivolto alle parti prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa. Se le parti vi aderiscono, il giudice rinvia la causa a non meno di quattro mesi e mezzo, per dar modo alle parti di avviare e concludere la procedura di mediazione; in caso contrario, il processo fa il proprio corso come d'ordinario.

8. Il profilo professionale del mediatore.

In conseguenza diretta della scelta di fondo di fare della mediazione un'attività procedimentalizzata, il legislatore ha delineato un vero e proprio profilo professionale di mediatore; e, nel far questo, ha per un verso costruito un modello "amministrato" di mediazione, delegandolo a organismi pubblici e privati, e, per l'altro, ha creato un circuito di formazione iniziale e successiva dei mediatori[32].

L'esigenza di professionalità del mediatore emerge da una pluralità di disposizioni del d.lgs. n. 28/2010 e del d.m. attuativo n. 180/2010, a cominciare dal già citato art. 3 del d.lgs., secondo cui il mediatore deve essere in grado di curare in modo *corretto* e *sollecito* la procedura; inoltre, il mediatore deve saper essere e saper rimanere imparziale

[30] Corte cost. 4 marzo 1992, n. 82, in *Foro it*., 1992, I, c. 1023, con nota di G. Costantino; Corte cost. 13 luglio 2000, n. 276, ivi, 2000, I, c. 2752; Corte cost. 30 novembre 2007, n. 403, in *Giust. civ*., 2008, I, p. 307.
[31] In questo senso, v. G. Armone, P. Porreca, *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d.leg. 4 marzo 2010, n. 28)*, II, *La mediazione tra processo e conflitto*, in *Foro it*., 2010, V, c. 98.
[32] Cfr. E. Zucconi Galli Fonseca, *La nuova mediazione civile nella prospettiva europea*, cit., p. 659 s.

(artt. 3 e 14 d.lgs.; 7, 3° e 5° comma, e 15 d.m.), deve adoperarsi «affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia» (art. 8, 3° comma, d.lgs.), assicurare la riservatezza degli atti e delle dichiarazioni delle parti (artt. 9 e 10 d.lgs.), assolvere a un generale dovere d'informativa nei confronti delle parti[33], formulare la proposta di cui all'art. 11 d.lgs. nel rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico (art. 14, 2° comma, lett. *b*, d.lgs.), evitare che le parti concludano accordi contrari alla legge (arg. *ex* art. 12 d.lgs.).

Nell'intento di garantire «elevati livelli di formazione dei mediatori» (art. 16, 5° comma, d.lgs.), l'art. 4, 3° comma, d.m. n. 180/2010 ha stabilito i requisiti di accreditamento professionale dei mediatori: possesso di diploma di laurea almeno triennale o, in alternativa, iscrizione presso un ordine o collegio professionale; possesso di una specifica formazione e di uno specifico aggiornamento almeno biennale, acquisiti presso gli enti di formazione in base all'art. 18[34]; sussistenza di alcuni requisiti di onorabilità[35].

Si tratta, per la verità, di requisiti eccessivamente ampi, che possono non garantire in capo al mediatore la preparazione, di carattere *in primis* giuridica, necessaria per

[33] Tale dovere è specificamente previsto dal c.d. codice europeo di condotta per i mediatori del 2004, il quale, pur non essendo vincolante, è stato recepito da molti organismi di mediazione, anche in considerazione del fatto che l'art. 16, 3° comma, del d.lgs. n. 28/2010 prevede espressamente che ciascun organismo si doti di un codice etico.

[34] I corsi di formazione e di aggiornamento per i mediatori, articolati in corsi teorici e pratici, devono essere tassativamente impartiti da formatori in possesso dei requisiti di cui all'art. 18, 3° comma, d.m. n. 180/2010 e avere una durata e dei contenuti minimi stabiliti dallo stesso art. 18, 2° comma, lett. *f* e *g*. In particolare, i corsi di formazione devono avere durata complessiva non inferiore a cinquanta ore e un massimo di trenta partecipanti; devono comprendere sessioni simulate partecipate dai discenti e una prova finale di valutazione della durata minima di quattro ore, articolata distintamente per la parte teorica e pratica; i corsi teorici e pratici, inoltre, devono avere a oggetto la normativa nazionale, comunitaria e internazionale in materia di mediazione e conciliazione, le metodologie delle procedure facilitative e aggiudicative di negoziazione e di mediazione e le tecniche di gestione del conflitto e di interazione comunicativa, anche con riferimento alla mediazione demandata dal giudice, l'efficacia e l'operatività delle clausole contrattuali di mediazione e conciliazione, la forma, il contenuto e gli effetti della domanda di mediazione e dell'accordo di conciliazione, i compiti e le responsabilità del mediatore. Invece, i corsi di aggiornamento formativo devono avere una durata complessiva non inferiore a diciotto ore biennali, comprendere sessioni simulate partecipate dai discenti ovvero, in alternativa, sessioni di mediazione e trattare le medesime materie previste per i corsi di formazione iniziale.

[35] In argomento, v. *amplius* P. Porreca, *Enti di formazione e formatori*, in www.judicium.it, (2011).

esercitare adeguatamente le funzioni di mediatore[36]. Del che gli stessi *conditores* parrebbero essere consapevoli, avendo previsto non soltanto la possibilità di nomina di un collegio di mediatori (artt. 1, lett. *b*, d.lgs. e 16, 10° comma, d.m.), di mediatori ausiliari e addirittura di «esperti» da scegliere dagli elenchi dei consulenti tecnici d'ufficio a disposizione dei tribunali (art. 8, 1° e 4° comma, d.lgs.), ma anche che la proposta aggiudicativa di cui all'art. 11 d.lgs. «può provenire da un mediatore diverso da quello che ha condotto sino ad allora la mediazione e sulla base delle sole informazioni che le parti intendono offrire al mediatore proponente» (art. 7, 2° comma, lett. *b*, d.m.), nonché che gli organismi possono istituire separati elenchi dei mediatori suddivisi per specializzazioni in materie giuridiche e limitare la mediazione a specifiche materie (art. 7, 5° comma, lett. *d* ed *e*, d.m.).

9. Gli organismi di mediazione.

Come si è accennato, anche la devoluzione della mediazione a organismi pubblici e privati si pone in linea con la direttiva del 2008, il cui art. 4 incoraggia gli Stati membri a promuovere l'istituzione di «organizzazioni che forniscono servizi di mediazione».

Al fine di realizzare questo obiettivo, il d.lgs. n. 28/2010 e il d.m. n. 180/2010 hanno previsto l'istituzione presso il Ministero della Giustizia di un registro degli organismi di mediazione, stabilendo che «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 mediazione» (art. 16, 1° comma, d.lgs.)[37].

I requisiti per l'iscrizione nel registro, essenziale per l'erogazione del servizio di mediazione[38], sono stabiliti dallo stesso art. 16 d.lgs. nonché, in modo più specifico, dall'art. 4 d.m. n. 180/2010. Tra tali requisiti, spicca l'obbligo per gli organismi di dotarsi

[36] Sul punto, v. le riflessioni di R. Caponi, *La giustizia civile alla prova della mediazione*, cit., c. 94.

[37] Cfr. Gius. Finocchiaro, *Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (commento al d.m. 18 ottobre 2010, n. 180)*, in *Guida al dir.*, 2010, fasc. 46, p. 30 ss.

[38] Va peraltro tenuto conto che, per gli organismi iscritti, l'erogazione del servizio di mediazione è obbligatorio (art. 9, 2° comma, d.m. n. 180/2010).

(depositandoli presso il Ministero e pubblicizzandoli in modo adeguato) di un regolamento di procedura, da redigere in conformità delle prescrizioni di legge, di un codice etico e, in caso di organismi istituiti da privati, della tabella delle indennità dovute per la mediazione. Inoltre, gli organismi devono possedere un'adeguata «capacità finanziaria e organizzativa» ed essere in grado di svolgere l'attività di mediazione in almeno due regioni italiane o due province della medesima regione, anche attraverso accordi con altri organismi[39]. È solo il caso di aggiungere che un trattamento privilegiato è riservato alle camere di commercio e agli ordini professionali, i quali possono non solo costituire propri organismi, pure in forma associata, ma hanno anche il diritto di essere iscritti nel registro a semplice domanda (art. 4, 4° comma, d.m.) e, per gli organismi istituiti dagli ordini degli avvocati, di utilizzare locali messi a loro disposizione dal presidente del tribunale (art. 18 d.lgs.).

Al Ministero della Giustizia, infine, l'art. 10 del d.m. assegna il potere di vigilanza e di controllo sul servizio di mediazione[40], propedeutico all'adozione delle misure e delle sanzioni richieste dalle circostanze[41].

10. Gli incentivi fiscali.

Per incoraggiare le parti a non sottrarsi al procedimento di mediazione e a raggiungere un accordo, il nostro legislatore non ha esitato a ricorrere a forme dirette e indirette d'incentivazione.

In particolare, l'adesione alla mediazione è stimolata attraverso la previsione di cui all'art. 8, ult. comma, del d.lgs., secondo la quale la mancata partecipazione senza giustificato motivo è valutabile come argomento di prova dal giudice dell'eventuale successivo giudizio. Il legislatore ha così ceduto alla ricorrente tentazione di munire di valenza negativa il comportamento inerte di una delle parti (e segnatamente della parte

[39] Nulla, invece, il d.m. n. 180/2010 stabilisce in ordine ai criteri di distribuzione degli incarichi tra i mediatori facenti parte dell'organismo e alle modalità di selezione dei mediatori da parte degli organismi pubblici: sul punto, v. le critiche di G. Scarselli, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.leg. 28/10*, cit., § 5.
[40] Per agevolare l'attività di vigilanza, l'art. 7, 5° comma, lett. *b*, del d.m. prevede che al «responsabile» (ministeriale, direi, non avendo senso riferire la previsione ai responsabili degli organismi) pervengano le schede di valutazione del servizio di mediazione redatte dagli utenti al termine del procedimento.
[41] Cfr. P. Porreca, *Sospensione e cancellazione dal registro. Le indennità*, in www.judicium.it, (2011).

nei cui confronti è proposta la domanda), stabilendo che il giudice può trarre da ciò solo elementi di convincimento[42]. La mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione assume perciò un significato che neppure la contumacia ha nel processo civile, collocandosi – accanto al contegno processuale, al rifiuto ingiustificato di sottoporsi a ispezione, alle risposte date in sede d'interrogatorio libero e alle prove raccolte nel processo estinto – tra i comportamenti valutabili dal giudice ai sensi dell'art. 116, 2° comma, c.p.c.

Quanto agl'incentivi diretti a favorire l'accordo, il d.lgs. ha previsto l'esenzione dall'imposta di registro del verbale di conciliazione entro il limite di valore di cinquantamila euro (art. 17, 3° comma) e il riconoscimento di un credito d'imposta d'importo doppio per l'indennità corrisposta all'organismo di mediazione (art. 20).

11. La proposta di conciliazione.

Sin qui sono stati passati in rassegna gli aspetti della mediazione nostrana che recepiscono, o comunque non contraddicono, i principî comunitari.

Dobbiamo ora indugiare sul profilo che più di ogni altro scava un solco tra i due modelli di mediazione: il potere-dovere del mediatore di formulare una proposta formale di conciliazione.

Si tratta, come si è accennato, di un generale potere spettante al mediatore, che a norma dell'art. 11, 1° comma, d.lgs. può formulare la proposta tutte le volte che le parti non abbiano raggiunto un accordo amichevole; il potere diventa un dovere nel caso le parti ne facciano concorde richiesta in qualunque momento della procedura. La proposta, dice l'art. 11, va comunicata alle parti per iscritto e può essere solo accettata o rifiutata dalle parti, le quali sono tenute a far conoscere le loro determinazioni al mediatore rispondendogli per iscritto entro sette giorni. In caso di accettazione, la proposta si trasfonde *sic et simpliciter* nell'accordo conciliativo; in caso di rifiuto o di mancata

[42] Il riferimento, naturalmente, è all'art. 13, 2° comma, dell'abrogato d.lgs. n. 5/2003, che attribuiva valore negativo alla contumacia del convenuto nel processo societario. La disposizione era stata dichiarata costituzionalmente illegittima, per eccesso di delega, da Corte cost. 12 ottobre 2007, n. 340, in *Foro it.*, 2008, I, c. 723, con nota di A. Briguglio, *La Corte costituzionale e la «*ficta confessio*» nel processo societario*.

accettazione nel termine, la procedura si conclude con verbale di mancata conciliazione e la proposta, allegata al verbale, produce nel successivo giudizio gli effetti in punto di spese processuali di cui all'art. 13 del d.lgs.: se la decisione corrisponde *interamente* al contenuto della proposta, il giudice è tenuto a escludere la ripetizione delle spese processuali sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e a condannarla al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo e delle spese del procedimento di mediazione, nonché a una sanzione pari al contributo unificato, ferma restando in ogni caso l'applicabilità degli artt. 92 e 96 c.p.c. Invece, quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per il procedimento di mediazione, se ricorrono gravi ed eccezionali motivi da indicare esplicitamente nella motivazione.

La funzione della norma è evidente: aumentare i poteri del mediatore, nella prospettiva di ricavarne un beneficio in termini di deflazione del contenzioso. E altrettanto evidenti ne sono le implicazioni sul piano concettuale e sistematico. Infatti, attraverso la formulazione della proposta la mediazione, che sin qui si è svolta sul piano meramente facilitativo, cambia rotta e velocità. La conferma si ha considerando le cautele con le quali il legislatore circonda la formulazione della proposta e gli effetti che essa produce per l'organismo: il mediatore è tenuto a informare preventivamente le parti delle conseguenze di cui all'art. 13; la proposta deve essere formulata nel rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico (art. 14, 2° comma, lett. *c*, d.lgs.) e con il rigore tecnico richiesto dalle circostanze, tant'è vero che il responsabile dell'organismo può preporvi un mediatore *ad hoc* (art. 7, 2° comma, lett. *b*, d.m. n. 180/2010); la proposta, per il sol fatto di essere formulata, dà diritto a un'indennità aggiuntiva (art. 16, 4° comma, lett *c*, d.m.).

Si aggiunga che la partecipazione di tutte le parti, *condicio sine qua non* del buon esito di qualunque mediazione *stricto sensu* facilitativa, può – regolamenti di procedura

permettendo – essere irrilevante nella logica che supporta la formulazione della proposta (art. 7, 2° comma, lett. *b*, d.m.)[43].

È opportuno precisare che, per qualificare come (quasi) aggiudicativa tale forma di mediazione, a nulla rileva che la proposta non sia *ipso facto* vincolante per le parti[44]. Da un lato, infatti, la sua accettazione e il suo rifiuto costituiscono comportamenti niente affatto spontanei; dall'altro, la proposta, potendo essere solo accettata o rifiutata, e giammai rinegoziata (se non col consenso di tutte le parti e, direi, dello stesso mediatore), costituisce un accordo *in pectore*, nel senso precipuo che, con l'accettazione di tutte le parti, la proposta *sostanzia* il contenuto dell'accordo. La logica è con tutta evidenza quella del "prendere o lasciare", col corollario costituito dall'assunzione di una ben precisa responsabilità pre-processuale in caso di rifiuto.

12. I costi della mediazione.

Prima di concludere, non può non farsi cenno ai costi della mediazione. Se la direttiva 2008/52/CE era silente sul punto, tanto la raccomandazione del 1998, quanto quella del 2001 rimarcavano la necessità che le procedure di conciliazione fossero gratuite o comunque poco costose.

Il d.m. n. 180/2010, in attuazione delle previsioni contenute nel d.lgs. n. 28/2010, ha determinato i costi del procedimento di mediazione degli organismi pubblici e fissato le modalità di determinazione delle indennità dovute a quelli privati.

Il principio di fondo è quello dell'onerosità della mediazione, che incontra un limite solo per i soggetti che si trovano nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, a norma del d.m. n. 115/2002, e solo per le materie nelle quali la mediazione è obbligatoria (art. 17, 5° comma, d.lgs.).

Orbene, per quel che concerne le indennità dovute agli organismi pubblici, la Tabella allegata al d.m. n. 180/2010 prevede da un minimo di sessantacinque euro per le

[43] Cfr. M. Bove, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in www.judicium.it, (2010), § 4; R. Tiscini, *Il procedimento di mediazione*, cit., § 4.
[44] In questo senso, invece, D. Dalfino, *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d.lsg. 4 marzo 2010, n. 28)*, III, *Mediazione, conciliazione e rapporti con il processo*, in *Foro it*., 2010, V, c. 101.

controversie di valore non superiore ai mille euro fino a un massimo di novemiladuecento euro per le controversie di valore eccedente i cinque milioni di euro. Tali indennità sono dovute in solido da ciascuna parte che ha «aderito» al procedimento (art. 16, 11° comma, d.m.), sulla base del valore indicato nella domanda di mediazione a norma del c.p.c. (7° comma) oppure di quello determinato dall'organismo e comunicato alle parti (8° comma), e sono suscettibili di alcuni aumenti (per esempio, in caso di formulazione della proposta di cui all'art. 11 del d.lgs. e di successo della mediazione) e di talune riduzioni (in caso di partecipazione di una sola parte e nelle materie nelle quali la mediazione è condizione di procedibilità della domanda).

Gli organismi privati, invece, determinano liberamente le tariffe, ma restano in ogni caso ferme la riduzione di un terzo per i casi di mediazione "obbligatoria" nonché «ogni altra disposizione di cui al presente articolo» (art. 16, 13° comma, del d.m.).

Si aggiunga che i costi della mediazione sono suscettibili di aumentare ulteriormente qualora il mediatore abbia nominato un esperto a norma dell'art. 8, 4° comma, del d.lgs.

Sono sufficienti queste rapidissime notazioni per comprendere che la mediazione di cui al d.lgs. n. 28/2010 non è gratuita né poco costosa, ma rischia di diventare per le parti decisamente dispendiosa. Il che, beninteso, è del tutto legittimo qualora la mediazione abbia carattere meramente facoltativo, visto che è giusto pretendere che le parti paghino un servizio del quale si avvalgono liberamente, ma lo è molto meno quando l'esperimento della mediazione è "forzato". In questi casi, la riduzione di un terzo dell'indennità non basta: com'è stato acutamente rimarcato, la mediazione può «essere obbligatoria oppure onerosa, ma non le due cose insieme, poiché se la mediazione […] è tanto obbligatoria quanto onerosa, allora è incostituzionale»[45]. Né è a dirsi che i dubbi, anche di ordine costituzionale, sono superati dalla ripetibilità nel successivo giudizio degli esborsi sostenuti nella mediazione (arg. *ex* art. 13 d.lgs. n.

[45] G. Scarselli, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.leg. 28/10*, cit., § 3.

28/2010), dal momento che l'onere di anticipazione di spese tutt'altro che irrisorie può di fatto vulnerare intollerabilmente il diritto di azione[46].

13. Conclusioni.

Le considerazioni svolte nei paragrafi che precedono rendono chiaro che la «mediazione finalizzata alla conciliazione» introdotta nel nostro Paese si allontana non poco dal modello disegnato dalla direttiva del 2008 e dalla raccomandazione del 2001, per avvicinarsi piuttosto a quella forma di conciliazione regolata dalla raccomandazione 98/257/CE. Infatti, se il carattere procedimentalizzato della mediazione, il profilo professionale del mediatore e la stessa "obbligatorietà" prevista per alcune materie possono giudicarsi in linea con i principî comunitari della media-conciliazione facilitativa, non altrettanto può dirsi a proposito del potere del mediatore di formulare proposte aggiudicative e dei costi, potenzialmente elevati, previsti dal d.lgs. n. 28/2010 e dal d.m. n. 180/2010.

Il punto è che la raccomandazione del 1998 aveva un ambito circoscritto alla materia consumeristica, mentre la mediazione «civile e commerciale» di cui al d.lgs. n. 28/2010 ha una vocazione generale e un campo di applicazione pressoché illimitato. Il che induce a riflettere, e a domandarsi se, per caso, non si sia andati troppo in là.

[46] Basti ricordare la vicenda che condusse, or sono cinquantun anni, alla dichiarazione d'incostituzionalità della *cautio pro expensis* prevista dall'art. 98 c.p.c., per contrasto con gli artt. 24 e 3 della Carta fondamentale, ad opera di Corte cost. 29 novembre 1960, n. 67, in *Foro it*., 1960, I, c. 1863. In argomento, v. F. Cipriani, *La cauzione per le spese tra codice fascista e Costituzione repubblicana*, in *Quaderni fiorentini*, XXIX, 2000, spec. p. 435 ss.