



# CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

*Ufficio studi*

## LA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE IN ITALIA (D.LGS. N. 28/2010 E S.M D.M. GIUSTIZIA 4 MARZO 2010, N. 180 E S.M)

**SOMMARIO:** 1. Che cos'è la mediazione.- 1.1. Tipologie di mediazione. – 1.2. Dove si svolge la mediazione? Gli organismi di mediazione.- 1.3. I requisiti del Mediatore professionista. – 1.4. Formazione del Mediatore ed enti formativi. - 1.5. L'obbligo informativo dell'avvocato. 2. Il procedimento di mediazione.- 2.1. L'istanza di mediazione.- 2.2. La competenza dell'organismo di mediazione. – 2.3. L'adesione e la mancata adesione all'istanza di mediazione. - 2.4. La designazione del Mediatore. – 2.5. Obblighi e responsabilità del Mediatore. - 2.6. Lo svolgimento del procedimento. – 2.7. Durata. - 2.8. La proposta. Conseguenze sulle spese. 2.9. L'accordo conciliativo. Effetti e omologazione

### 1. CHE COS'È LA MEDIAZIONE?

La mediazione, introdotta con il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 e s.m., è un sistema di risoluzione delle controversie relative a diritti disponibili alternativo al processo civile.

La disciplina secondaria di attuazione è stata dettata con il d.m. Giustizia 4 marzo 2010, n. 180 e s.m.

Lo strumento della mediazione così come disciplinato non può essere utilizzato, dunque, per le liti aventi ad oggetto situazioni giuridiche o materie devolute alla giurisdizione amministrativa, o alle altre giurisdizioni speciali.

La mediazione civile e commerciale viene definita dal legislatore come **“l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa”** (art. 1, lett. a, d.lgs. n. 28/2010).

Il procedimento ha una durata di legge non superiore a tre mesi (art. 6).



# CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

*Ufficio studi*

Si differenzia dall'arbitrato perché il Mediatore non rende decisioni vincolanti ma assiste le parti nella ricerca di un accordo conciliativo (art. 1). Per questo motivo l'accordo raggiunto è riferibile alle parti al pari del negozio transattivo, ma è suscettibile di acquistare efficacia esecutiva e di costituire titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale (art.12). Infatti, ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un Avvocato, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna o rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale. Gli Avvocati attestano e certificano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico.

In tutti gli altri casi l'accordo allegato al verbale può essere omologato, su istanza di parte, con decreto del Presidente del Tribunale, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico. Nelle controversie transfrontaliere di cui all'art. 2 della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, il verbale è omologato dal Presidente del Tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione.

Il modello di procedura di mediazione introdotto con il d.lgs. 28/2010 nasce dall'intento deflattivo del legislatore che mira a diminuire il carico del contenzioso civile ed a ridurre la durata dei processi avanti all' Autorità Giudiziaria.

La relazione illustrativa al d.lgs 28/2010 precisa che si intende “ *allargare a una vasta serie di rapporti la condizione di procedibilità, sul presupposto che solo una simile estensione possa garantire alla nuova disciplina una reale spinta deflattiva e contribuire alla diffusione della cultura della risoluzione alternativa delle controversie*”.

Con la finalità di incentivare il ricorso alla mediazione si prevede anche un regime di esenzione fiscale, che è integrale con riferimento all'imposta di bollo e parziale con riferimento all'imposta di registro (vedasi punto 3.2).

## 1.1. Tipologie di mediazione

Il d.lgs. n. 28/2010, così come modificato dalla l. n. 98 del 2013, disciplina tre tipi di mediazione:

### ***i. Facoltativa:***



# CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

*Ufficio studi*

Il procedimento può iniziare su iniziativa congiunta delle parti (le quali, in tal caso, provvedono alla designazione di un Mediatore o alla indicazione di una istituzione o organismo di mediazione ed eventualmente alla individuazione delle regole e alla durata della procedura) o su iniziativa di una sola di esse. Qualora l'iniziativa sia assunta nel corso del processo, le parti possono di comune accordo chiedere che questo sia sospeso per il tempo di svolgimento del procedimento di mediazione (v. art. 16 L. cit.).

## *ii. Obbligatoria (Cenni a Corte Cost. sent. N. 272 del 23 ottobre 2012)*

L'art. 5 del d.lgs. 28/2010, secondo l'originaria formulazione, prevedeva il preventivo ed obbligatorio esperimento della procedura di mediazione quale condizione di procedibilità ove si intendesse esercitare in giudizio un'azione relativa a controversie in diverse materie.

Con la sentenza n. 272 del 23 ottobre 2012, depositata il 6 dicembre 2012, la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 5 del d.lgs. n. 28/2010 nella parte in cui disponeva tale obbligo, e ciò sul rilievo dell'eccesso di delega poiché il contenuto della legge che delegava il Governo a regolamentare la materia, non esplicitava la previsione del carattere obbligatorio della mediazione finalizzata alla conciliazione.

Il legislatore con la l. n. 98 del 2013, ha reintrodotto un'analogha previsione ai sensi dell'art. 5, comma 1-bis del medesimo testo.

Di conseguenza, a decorrere dal 20 settembre 2013 «*Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall'avvocato, 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. [...]*»



# CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

*Ufficio studi*

In tali casi la condizione di procedibilità della domanda costituita dalla mediazione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al Mediatore si conclude senza l'accordo (art. 5, comma 2 bis)

Non è, comunque, necessario procedere al tentativo di mediazione e l'azione giudiziaria può essere liberamente introdotta:

a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione;

b) nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'articolo 667 del codice di procedura civile;

c) nei procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, di cui all'art. 696 bis del codice di procedura civile;

d) nei procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'articolo 703, terzo comma, del codice di procedura civile;

e) nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata;

f) nei procedimenti in camera di consiglio;

g) nell'azione civile esercitata nel processo penale.

L'esperimento del procedimento di mediazione è, altresì, obbligatorio, ai sensi dell'art. 5 co. 5 d.lgs. 28/2010 ove il contratto, lo statuto o l'atto costitutivo di un ente prevedano una **clausola di mediazione o conciliazione** e, in assenza di esperimento del tentativo, una delle parti in causa lo eccepisca.

La **clausola di mediazione** può tanto essere inclusa nel singolo contratto ed avere, dunque, portata applicativa ed efficacia relativa soltanto a quello, quanto essere inserita nello statuto ovvero nell'atto costitutivo di enti. In questo secondo caso la sua portata applicativa comprensiva di tutte le controversie nascenti dall'atto in cui è inclusa.

Quanto al contenuto della clausola, le parti possono liberamente indicare non soltanto l'organismo davanti al quale promuovere la mediazione, fermi i criteri di competenza inderogabili (giusta il disposto dell'art. 5, comma 5), ma anche eventualmente il Mediatore (ove una tale scelta sia consentita dal regolamento di procedura dell'ente) le formalità da seguire, e così via, sempre che ciò non comporti uno scostamento rispetto alle regole generali e ai principi del d.lgs. 28/2010. L'indicazione dell'Organismo competente contenuta nella clausola, peraltro, può sempre essere smentita dalle stesse



# CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

*Ufficio studi*

parti, le quali, in base a quanto disposto dalla norma, possono effettuare una diversa scelta anche «*successivamente al contratto o allo statuto o all'atto costitutivo*», purché essa ricada sempre su un organismo iscritto.

La clausola di mediazione non può essere considerata *ex ante* vessatoria, ciò non toglie, tuttavia, che possa presentare margini di vessatorietà tutte le volte in cui: a) l'organismo di mediazione sia scelto, di fatto, unilateralmente dal soggetto che predispone la clausola stessa e che la "propone" all'altro contraente, in ipotesi più debole; b) l'organismo sia più vicino (non soltanto territorialmente) al soggetto predisponente.

Nel caso una delle parti della convenzione di mediazione tradisca l'impegno «il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa» assegnerà «alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione» e fisserà «la successiva udienza» dopo 15 giorni (art. 5, comma 5).

### **iii. Delegata:**

Il giudice, inoltre, prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni o prima della discussione della causa, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione; in tal caso, l'esperimento del procedimento di mediazione diviene condizione di procedibilità della domanda giudiziale. ai sensi dell'art. 5 co. 2 d.lgs. 28/2010.

Vi sono alcuni Tribunali italiani che ricorrono con più frequenza di altri alla mediazione delegata e qualora le parti non si attivino concretamente nella procedura di mediazione, valutano negativamente il loro comportamento quando decidono la causa, ad esempio condannandole a pagare più spese legali se perdono o, se vincono, non liquidando a loro favore le spese di lite.

### **iv. Mediazione familiare:**

Si colloca, poi, al di fuori della specifica disciplina di cui al d.lgs. 28/2010 (che riguarda la mediazione civile e commerciale) la mediazione familiare.

La mediazione familiare, già espressamente indicata all'art 155 c.c. dopo le previsioni di cui alla Legge 54/2006 in tema di affido condiviso, è volta a risolvere i conflitti relativi a controversie in materia di separazione, divorzio e modifiche delle relative condizioni ed anche in altre materie collegate ai rapporti familiari.



# CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

*Ufficio studi*

Attualmente la procedura di mediazione familiare, priva di disciplina organica, fa riferimento alle normative europee, ai principi generali del diritto nonché al codice etico del Mediatore familiare professionale per il quale è prevista una diversa e più lunga formazione rispetto al Mediatore civile.

## **v. La negoziazione assistita:**

Succintamente si ricorda che è stata introdotta anche, con D.L. 132/14 convertito in L. 162/14 (G.U. 10.11.2014), la procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati che è prevista come facoltativa in tutte le controversie relative a diritti disponibili ( art. 2 ) facoltativa speciale per separazioni, divorzio e modifica delle condizioni di separazione e divorzio ( art. 6 ) nonché obbligatoria, a pena di improcedibilità della domanda giudiziale ed al di fuori dei casi di mediazione obbligatoria, per due ipotesi e cioè in materia di circolazione veicoli e natanti e per domande di pagamento di somme sino a € 50.000,00 ( art. 3 ).

## 1.2. DOVE SI SVOLGE LA MEDIAZIONE? GLI ORGANISMI DI MEDIAZIONE.

La mediazione si svolge presso Organismi, pubblici e privati, iscritti in un apposito registro tenuto dal Ministero della giustizia ai sensi dell'art. 16 del d.lgs 28/2010.

Nella materia finanziaria e bancaria, il procedimento di mediazione può svolgersi anche presso la Camera di conciliazione della Consob (d.lgs., 8 ottobre 2007, n. 179) ovvero all'Arbitro bancario e finanziario costituito dalla Banca d'Italia (art. 128-bis d.lgs., 1° settembre 1993, n. 385).

Ai sensi del 1° comma dell'art. 16, possono costituire **Organismi di mediazione** esclusivamente «*gli enti pubblici o privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza*». La norma va letta in combinato con l'art. 1, lett. d), d.lgs. 28 cit. (contenente la definizione di «organismo», quale «ente pubblico o privato, presso il quale può svolgersi il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto»), con l'art. 4, 1° comma, d.m. 180/2010 (secondo cui «*Nel registro sono iscritti, a domanda, gli organismi di mediazione costituiti da enti pubblici e privati*») e con l'art. 1, lett. q) e r), d.m. 180 cit. (ai sensi del quale «ente pubblico» è «*la persona giuridica di diritto pubblico interno, comunitario, internazionale o straniero*» ed «ente privato» è «*qualsiasi soggetto di diritto privato, diverso dalla persona*



# CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

*Ufficio studi*

*fisica*»). Tutti debbono essere iscritti nell'apposito registro tenuto dal Ministero della giustizia.

Il dettaglio dei criteri per l'iscrizione in tale registro, idonei a integrare i due requisiti di carattere generale è contenuto nel d.m. 180 cit., il cui art. 4, 2° comma, prevede che «*Il responsabile verifica la professionalità e l'efficienza dei richiedenti e, in particolare*»:

a) «*la capacità finanziaria e organizzativa del richiedente, nonché la compatibilità dell'attività di mediazione con l'oggetto sociale o lo scopo associativo; ai fini della dimostrazione della capacità finanziaria, il richiedente deve possedere un capitale non inferiore a 10.000 euro; ai fini della dimostrazione della capacità organizzativa, il richiedente deve attestare di poter svolgere l'attività di mediazione in almeno due regioni italiane o in almeno due province della medesima regione, anche attraverso gli accordi di cui all'articolo 7, comma 2, lettera c)*»;

b) «*il possesso da parte del richiedente di una polizza assicurativa di importo non inferiore a 500.000,00 euro per la responsabilità a qualunque titolo derivante dallo svolgimento dell'attività di mediazione*»;

c) «*i requisiti di onorabilità dei soci, associati, amministratori o rappresentanti dei predetti enti, conformi a quelli fissati dall'articolo 13 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58*» (amministrazione, direzione e controllo presso Sim, società di gestione del risparmio, Sicav e Sicaf);

d) «*la trasparenza amministrativa e contabile dell'organismo, ivi compreso il rapporto giuridico ed economico tra l'organismo e l'ente di cui eventualmente costituisca articolazione interna al fine della dimostrazione della necessaria autonomia finanziaria e funzionale*»;

e) «*le garanzie di indipendenza, imparzialità e riservatezza nello svolgimento del servizio di mediazione, nonché la conformità del regolamento alla legge e al presente decreto, anche per quanto attiene al rapporto giuridico con i Mediatori*»;

f) «*il numero dei Mediatori, non inferiore a cinque, che hanno dichiarato la disponibilità a svolgere le funzioni di mediazione per il richiedente*»;

g) «*la sede dell'organismo*».

Il responsabile della tenuta del Registro verifica, altresì, i requisiti di qualificazione dei Mediatori, la loro formazione ed aggiornamento, il possesso di precisi requisiti di



# CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

*Ufficio studi*

onorabilità, le eventuali conoscenze linguistiche necessarie per i Mediatori che intendono iscriversi negli elenchi relativi alle mediazioni internazionali.

Per tutti gli Organismi richiedenti, il procedimento di iscrizione deve concludersi entro quaranta giorni dalla data di ricevimento della domanda presso il Ministero.

Gli Organismi iscritti al Registro sono tenuti a comunicare immediatamente al responsabile, ai sensi dell'art. 8 del D.M. 180/10, ogni modifica dei requisiti e dei dati comunicati all'atto dell'iscrizione e, ai sensi del successivo art. 10, il responsabile, cui spetta il potere di controllo, verifica se persistano appunto i requisiti necessari per l'iscrizione e, in difetto, dispone la sospensione o, nei casi più gravi, la cancellazione dell'Organismo dal Registro.

Un regime peculiare è previsto per gli **Ordini professionali, le Camere di Commercio e l'Ordine degli Avvocati**.

Gli Ordini professionali diversi da quello degli Avvocati sono iscritti nel registro a semplice domanda (senza, dunque, essere sottoposti alla verifica della «serietà ed efficienza» e possono gestire procedimenti di mediazioni nelle materie che rientrano nella competenza dei propri iscritti (Es.: Ordine dei Medici per mediazione in materia sanitaria) previa autorizzazione del Ministero della giustizia.

Le Camere di Commercio e gli Ordini forensi sono ugualmente iscritti nel registro a semplice domanda ma possono gestire procedimenti di mediazione in tutte le materie di cui all'art. 2 senza limitazioni. Gli Ordini forensi, inoltre, possono istituire l'organismo di mediazione presso ciascun Tribunale avvalendosi di proprio personale e utilizzando i locali loro messi a disposizione dal Presidente del Tribunale.

## 1.3. I REQUISITI DEL MEDIATORE PROFESSIONISTA

Per poter svolgere l'attività di Mediatore occorre:

- aver conseguito un diploma di laurea triennale o, in alternativa, essere iscritto ad un albo professionale;
- aver seguito presso un ente di formazione iscritto nell'elenco tenuto dal Ministero della giustizia un corso di formazione di 50 ore articolato in corsi teorici e pratici vertenti, tra l'altro, su materie specificamente mirate al perseguimento delle finalità della mediazione (*normativa nazionale, comunitaria e internazionale in materia di mediazione e conciliazione, metodologia delle procedure facilitative e aggiudicative di negoziazione e di*





# CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

*Ufficio studi*

*mediazione e relative tecniche di gestione del conflitto e di interazione comunicativa, anche con riferimento alla mediazione demandata dal giudice, efficacia e operatività delle clausole contrattuali di mediazione e conciliazione, forma, contenuto ed effetti della domanda di mediazione e dell'accordo di conciliazione, compiti e responsabilità del Mediatore).*

- presentare specifici requisiti di onorabilità consistenti (ai sensi dell'art. 4, 3° comma, lett. c del d.lgs. n. 28/2010), nel: «*a. non avere riportato condanne definitive per delitti non colposi o a pena detentiva non sospesa; b. non essere incorso nell'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici; c. non essere stato sottoposto a misure di prevenzione o di sicurezza; d. non avere riportato sanzioni disciplinari diverse dall'avvertimento*».

I Mediatori debbono, inoltre, seguire un distinto percorso di aggiornamento formativo, di durata complessiva non inferiore a 18 ore biennali, articolato in corsi teorici e pratici avanzati, comprensivi di sessioni simulate partecipate dai discenti ovvero, in alternativa, di sessioni di mediazione, sulle materie appena indicate. Inoltre il d.m. 145/2011, ferma restando la formazione di partenza, ha aggiunto ai requisiti suddetti la necessaria partecipazione dei Mediatori nel biennio di aggiornamento e in forma di tirocinio assistito, ad almeno venti casi di mediazione svolti presso organismi iscritti (v. art. 4, 3° comma, lett. b).

Il Mediatore, pertanto, non è necessariamente un Avvocato o un giurista. Tuttavia alcuni Organismi di mediazione richiedono ai propri Mediatori tali requisiti.

I singoli Organismi di conciliazione possono legittimamente prevedere la sussistenza di determinati requisiti dagli stessi individuati per poter richiedere l'iscrizione nel loro elenco dei Mediatori ( scelta legittimata anche dal parere del Consiglio di Stato – Sez. III – n. 2140/2008 del 13 gennaio 2009 a seguito di diniego di iscrizione ove si precisa come non sia previsto un diritto soggettivo per quanti siano in possesso dei requisiti ad essere iscritti in uno degli organismi di conciliazione ) .

La l. n. 98 del 2013 ha innovato rispetto alla disciplina precedente, prevedendo la introduzione nell'ambito dell'art. 16 del comma 4 bis per cui **gli Avvocati iscritti all'albo sono di diritto Mediatori**. Inoltre è previsto che gli Avvocati iscritti ad Organismi di mediazione devono essere adeguatamente formati in materia di mediazione e mantenere la propria preparazione con percorsi di aggiornamento teorico – pratici a ciò finalizzati,



# CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

*Ufficio studi*

«nel rispetto di quanto previsto dall'art. 55 *bis* del codice deontologico forense» (corrispondente **all'art. 62** del vigente codice deontologico). Il Consiglio nazionale forense, pertanto, ha predisposto un modello unitario di formazione e aggiornamento per l'avvocato che intenda assumere la funzione di Mediatore.

L'Avvocato Mediatore è, poi, sottoposto ad una vigilanza da parte di più soggetti essendo la sua attività monitorata dall'Organismo di mediazione, dal Ministero della Giustizia e dall'Ordine Forense di appartenenza che può avviare l'azione disciplinare investendo il Consiglio distrettuale di disciplina ( come da Regolamento 2/2014 del CNF ed in vigore dal 01 gennaio 2015).

L'Avvocato Mediatore deve, inoltre, rispettare il codice etico sottoscritto ( ed inviato al Ministero della Giustizia ex art.16 D.Lgs 28/10 ), le previsioni del regolamento dell'Organismo presso il quale è iscritto, gli obblighi tutti nascenti dalla normativa in tema di mediazione sopra richiamata nonché i dettami del codice deontologico forense.

## 1.4. FORMAZIONE DEL MEDIATORE ED ENTI FORMATIVI

La formazione dei Mediatori è disciplinata sinteticamente all'art. 4 del D.M. 180/10 (si veda supra punto 1.3).

Tale norma inizialmente prevedeva, oltre alla formazione, un obbligo di aggiornamento biennale di 18 ore per i Mediatori, cui si aggiungeva l'obbligo del tirocinio con partecipazione ad almeno 20 casi di mediazione nel biennio.

A seguito di diverse riforme l'attuale testo dell'art. 16 co. 4 bis del d.lgs. 28/2010 prevede ora che gli Avvocati siano Mediatori di diritto.

Alla luce di tale modifica, il Tar del Lazio con sentenza n. 1351/2015 del 23.01.2015, ha annullato l'art. 4 comma 3 lett. b) del D.M. 180/10, di fatto escludendo uno specifico obbligo formativo per i Mediatori.

Permane, in ogni caso, per gli Avvocati iscritti agli Organismi di mediazione l'obbligo di adeguata formazione in materia di mediazione con percorsi di aggiornamento teorico-pratici nel rispetto di quanto sopra richiamato e del già citato art. 62 del codice deontologico forense.

Il Consiglio Nazionale Forense con la Circolare n. 6 C/2014, pubblicata il 5 marzo 2014 ha previsto per i Mediatori un percorso formativo "*snello*" prevedendo 15 ore teorico-pratiche integrate dalla partecipazione ad almeno 2 procedure nonché 8 ore di



# CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

*Ufficio studi*

aggiornamento biennale. Quanto al contenuto della formazione, si è prevista una parte sulla normativa di 5 ore ed una parte sulle tecniche di gestione del conflitto di 15 ore.

Ogni singolo Organismo può prevedere poi requisiti formativi ulteriori per l'iscrizione o il mantenimento dei Mediatori nel proprio elenco.

Gli Organismi forensi richiedono ai propri Mediatori un livello di preparazione elevato e una formazione qualificata.

**Gli enti destinati a formare i Mediatori** sono disciplinati dall'art. 16, 5° comma del d.lgs. 28/2010, debbono anch'essi presentare requisiti di serietà ed efficienza.

**I formatori**, teorici e pratici, sono iscritti in un apposito albo tenuto presso il Ministero della giustizia e debbono presentare peculiari requisiti di professionalità.

## 1.5. L'OBBLIGO INFORMATIVO DELL'AVVOCATO

All'atto del conferimento dell'incarico, l'Avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal d.lgs. 28/2010 e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'Avvocato deve informare, 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 in forma la parte della facoltà di chiedere la mediazione.

Pur se non è richiesto dalla legge il Consiglio Nazionale Forense ha suggerito di menzionare la notizia dell'intervenuta informazione anche nella procura alle liti.

La violazione dell'obbligo di informativa da parte dell'Avvocato costituisce illecito disciplinare ai sensi dell'art. 27 del Codice Deontologico Forense.

## 2. IL PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE



# CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

*Ufficio studi*

## 2.1. L'ISTANZA DI MEDIAZIONE

L'istanza di mediazione – come tutti gli atti del procedimento (art. 3, comma 3)– non richiede forme particolari ma deve indicare:

- l'Organismo,
- le parti,
- l'oggetto
- le ragioni della pretesa
- e, ai sensi dell'art. 17 del d. lgs 28/2010, il valore della controversia.

L'esatta indicazione degli elementi della domanda è funzionale alla produzione degli effetti sulla prescrizione e sulla decadenza.

**L'istanza di mediazione, infatti, produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale e impedisce la decadenza per una sola volta (art. 5, comma 6)**

Gli effetti si producono «dal momento della comunicazione alle altre parti». Si tratta, cioè, di atto recettizio. L'art. 8 del d.lgs. n. 28/2010 affida all'Organismo il compito di comunicare la domanda, il Mediatore designato e la data dell'incontro di mediazione.

La comunicazione può essere anche effettuata dall'istante (soprattutto ai fini degli effetti sostanziali).

L'istanza di mediazione non può essere trascritta. Al fine della produzione degli effetti prenotativi occorrerà, pertanto, procedere alla trascrizione della domanda giudiziale (art. 5, comma 3).

## 2.2. LA COMPETENZA DELL'ORGANISMO DI MEDIAZIONE

Il d.lgs. n. 28/2010 non prevedeva criteri di competenza territoriale, ragion per cui la parte istante era libera di depositare la domanda presso l'organismo che preferiva.

Al contrario, la legge n. 98 del 2013 al comma 1 dell'art. 4 prevede che la domanda di mediazione debba essere presentata presso un Organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia.

Nel caso di più istanze di mediazione relative al medesimo oggetto, la mediazione si svolge davanti all'Organismo territorialmente competente presso il quale è stata presentata la prima domanda.



# CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

*Ufficio studi*

Per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data del deposito dell'istanza.

## 2.3. L'ADESIONE E LA MANCATA ADESIONE ALL'ISTANZA DI MEDIAZIONE

La parte che riceve un'istanza di mediazione può aderire al procedimento presentandosi presso l'Organismo di mediazione nel giorno indicato dalla segreteria dello stesso o inviando a quest'ultima la propria dichiarazione di adesione. I Regolamenti dei singoli Organismi in proposito possono prevedere modalità che garantiscano la massima efficienza, speditezza e trasparenza.

Ai sensi dell'art. 8, così come modificato dalla l. n. 98 del 2013, la mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il Giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116, secondo comma, del codice di procedura civile.

Dunque, il Giudice potrà fondare il proprio convincimento anche su tale circostanza.

Nei casi in cui la mediazione costituisce condizione di procedibilità, il Giudice condanna altresì la parte costituita che non ha partecipato al procedimento senza addurre giustificazione alcuna, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio. (articolo 8, comma 4 bis).

E' comunque possibile addurre un giustificato motivo.

## 2.3. LA DESIGNAZIONE DEL MEDIATORE

Il momento della designazione del Mediatore è estremamente delicato, poiché da ciò può dipendere la credibilità e affidabilità dell'Organismo di mediazione .

Al sensi dell'art. 3, 2° comma, d.lgs. 28/2010, il regolamento di procedura deve in ogni caso garantire modalità di nomina che assicurino l'imparzialità del Mediatore e la sua idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico. L'art. 7, 5° comma, lett. e), d.m. 180/2010, come modif. dal d.m. 145/2011, stabilisce che il regolamento di procedura debba contenere «*criteri inderogabili per l'assegnazione degli affari di mediazione predeterminati e rispettosi della specifica competenza professionale del Mediatore designato, desunta anche dalla tipologia di laurea universitaria posseduta*».



# CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

*Ufficio studi*

Ciascun Organismo, inoltre, può prevedere, ai sensi dell'art. 7, 2° comma, lett. d) ed e), «*la formazione di separati elenchi dei Mediatori suddivisi per specializzazioni in materie giuridiche*» (previsione questa, recepita soprattutto dagli Organismi di maggiori dimensioni) e «*che la mediazione svolta dall'Organismo medesimo è limitata a specifiche materie, chiaramente individuate*» (scelta che può rivelarsi molto vincente sul piano della concorrenza e del mercato, poiché sintomatica della serietà e della competenza dell'ente).

Ciò non toglie che le parti restino libere di effettuare una «*comune indicazione del Mediatore, ai fini della sua eventuale designazione da parte dell'Organismo*», come previsto dall'art. 7, 5° comma, lett. c) tra i contenuti che il regolamento di procedura deve necessariamente presentare.

Nei casi che richiedono «*specifiche competenze tecniche*», l'Organismo di mediazione «*può nominare uno o più Mediatori ausiliari*», ai sensi dell'art. 8, 1° comma.

Infine, si deve tener conto della possibilità, contemplata dall'art. 7, 2° comma, lett. c), d.m. 180/2010, che l'Organismo di mediazione adito si avvalga «*delle strutture, del personale e dei Mediatori di altri Organismi con i quali abbia raggiunto a tal fine un accordo, anche per singoli affari di mediazione, nonché di utilizzare i risultati delle negoziazioni paritetiche basate su protocolli di intesa tra le associazioni riconosciute ai sensi dell'articolo 137 del Codice del Consumo e le imprese, o loro associazioni, e aventi per oggetto la medesima controversia*».

## 2.4. OBBLIGHI E RESPONSABILITÀ DEL MEDIATORE

Gli obblighi normativamente imposti al Mediatore sono riconducibili ai principi di riservatezza, imparzialità e diligenza nello svolgimento dell'attività di mediazione volta, anche attraverso la formulazione di una proposta, al raggiungimento dell'accordo tra i litiganti.

In particolare, con riferimento al **principio di riservatezza**, il d.lgs n. 28/2010 stabilisce (art. 3 comma 2) che il modello di procedimento descritto dal regolamento dell'Organismo deve tutelare la privacy, imponendo al Mediatore (art. 9) di svolgere l'attività di mediazione nel rispetto della riservatezza delle parti, in particolar modo in relazione alle informazioni e dichiarazioni acquisite nelle sessioni separate, specificando (art. 10) che, sul contenuto delle dichiarazioni ed informazioni rese nel corso del procedimento, il Mediatore non possa essere tenuto a deporre, trovando applicazione, nei



# CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

*Ufficio studi*

suoi confronti, le garanzie previste dall'art. 200 (segreto professionale) e 103 (libertà del difensore) c.p.p. Inoltre, l'art. 7 DM n. 180/2010 rinvia al Codice della Privacy per la disciplina del trattamento dei dati personali, della quale, per quanto concerne i profili di responsabilità, è interessante richiamare l'art. 15, che, sotto la rubrica "danni cagionati per effetto del trattamento", stabilisce (comma 1) che "chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo 2050 del codice civile", con conseguente individuazione di una forma di responsabilità civile aggravata che comporta l'obbligo di risarcire i danni, anche non patrimoniali (comma 2), derivanti dall'attività di trattamento dei dati personali, normativamente considerata di per sé pericolosa, che sia stata esercitata in modo illegittimo.

**L'imparzialità**, espressamente richiamata nella stessa definizione normativa di mediazione di cui agli artt. 1 lett. a) del d.lgs n. 28/2010 ed 1 lett. c) del D.M. n. 180/2010, si estrinseca, da un lato, nell'obbligo del Mediatore di sottoscrivere, prima dell'inizio del procedimento, una formale dichiarazione di imparzialità, segnalando tempestivamente alle parti e all'Organismo le eventuali cause ostative di uno svolgimento imparziale dell'incarico; dall'altro, nel divieto di percepire dalle parti compensi e nel divieto di assumere diritti o obblighi connessi con gli affari trattati (art. 14 comma 1 d.lgs 28/2010), al fine di evitare che il Mediatore possa essere indotto a svolgere l'incarico in modo non equilibrato, sostenendo maggiormente le ragioni di una determinata parte a scapito dell'altra.

Ad assicurare l'«**indipendenza**» del Mediatore provvede anche l'art. 14 *bis* d.m. 180/2010, aggiunto dal d.m. 139/2014. La norma, per la precisione, si occupa delle possibili cause di «incompatibilità e conflitti di interesse», stabilendo che «1. Il Mediatore non può essere parte ovvero rappresentare o in ogni modo assistere parti in procedure di mediazione dinanzi all'organismo presso cui è iscritto o relativamente al quale è socio o riveste una carica a qualsiasi titolo; il divieto si estende ai professionisti soci, associati ovvero che esercitano la professione negli stessi locali. //2. Non può assumere la funzione di Mediatore colui il quale ha in corso ovvero ha avuto negli ultimi due anni rapporti professionali con una delle parti, o quando una delle parti è assistita o è stata assistita negli ultimi due anni da professionista di lui socio o con lui associato ovvero che ha esercitato la professione negli stessi locali; in ogni caso costituisce condizione ostativa all'assunzione dell'incarico di Mediatore la ricorrenza di una delle ipotesi di cui all'articolo



# CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

*Ufficio studi*

*815, primo comma, numeri da 2 a 6, del codice di procedura civile. // 3. Chi ha svolto l'incarico di Mediatore non può intrattenere rapporti professionali con una delle parti se non sono decorsi almeno due anni dalla definizione del procedimento. Il divieto si estende ai professionisti soci, associati ovvero che esercitano negli stessi locali».*

Sotto il profilo dello **svolgimento diligente dell'attività**, occorre innanzitutto osservare come tale principio riguardi l'intera attività del Mediatore, comprensiva, oltre che dei suesposti profili di imparzialità e riservatezza, anche di specifici adempimenti richiesti dalla normativa sulla mediazione.

Tra questi obblighi specifici è possibile richiamare, ad esempio, la necessità che la proposta eventualmente formulata non violi le norme imperative e l'ordine pubblico (art. 14 comma 2 lett. c, d.lgs n. 28/2010); gli specifici obblighi di segnalazione, penalmente sanzionati, previsti dalla normativa antiriciclaggio; la formazione del processo verbale di conciliazione o di mancata conciliazione (con indicazione della proposta) e la relativa funzione certificativa dell'autenticità delle firme delle parti, salvo che l'accordo conciliativo abbia contenuto illecito, atteso che in questo caso si ritiene che l'autenticazione delle firme, strumentale alla successiva omologazione giudiziale del verbale di accordo che non sia contrario alle norme imperative e all'ordine pubblico (art. 12 d.lgs n. 28/2010), non possa essere posta in essere dal Mediatore.

Il Mediatore non conclude personalmente un contratto con le parti – adempimento che grava sull'Organismo – tuttavia il titolo di responsabilità in base al quale risponde non dovrebbe essere fondato sul generale principio del *neminem laedere*, ossia su un tipo di responsabilità extracontrattuale da fatto illecito (art. 2043 c.c.), bensì sulla c.d. **responsabilità da «contatto sociale»** ispirate alle regole e ai principi di cui all'art. 1218 e ss. c.c.

Con riferimento, infine, alla **responsabilità dell'Organismo di mediazione** per i danni subiti dalle parti nello svolgimento dell'attività, appare incontroversa la natura contrattuale della stessa, in considerazione del rapporto negoziale che intercorre tra l'Organismo e le parti.

Tale responsabilità nei confronti delle parti è diretta, quando si tratta di un inadempimento dovuto ad un comportamento dello stesso Organismo di conciliazione, come ad esempio nel caso della violazione del divieto di assumere diritti ed obblighi





# CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

*Ufficio studi*

connessi con gli affari trattati dai Mediatori che operano presso l'Organismo (art. 15 del regolamento).

## 2.5. LO SVOLGIMENTO DEL PROCEDIMENTO

Il procedimento di mediazione è regolato essenzialmente dal Regolamento adottato dal singolo Organismo di mediazione. Devono essere in ogni caso garantite la riservatezza della procedura, l'imparzialità del Mediatore, il quale è tenuto a sottoscrivere una dichiarazione di imparzialità prima dell'inizio del procedimento, nonché l'accesso agli atti depositati da ciascuna parte nel corso della procedura.

Il Regolamento assume, dunque, una importanza fondamentale per la concreta configurazione del procedimento, ivi compresa la possibilità del Mediatore di formulare una proposta conciliativa.

A seguito del deposito dell'istanza di mediazione presso l'organismo di mediazione, quest'ultimo, entro trenta giorni, designa il Mediatore e fissa la data del primo incontro comunicandolo alle parti.

Viene celebrato un «primo incontro» durante il quale «il Mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il Mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro Avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento» (art. 8).

E' necessaria l'assistenza tecnica di un Avvocato per ciascuna parte.

Non è previsto un termine minimo di comparizione per la parte invitata alla procedura che può aderire al procedimento con l'assistenza di un Avvocato semplicemente presentandosi nella data fissata.

Se la parte non si presenta al primo incontro il Mediatore ne darà atto a verbale e la procedura di mediazione si concluderà con esito negativo.

Nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, possono essere nominati uno o più Mediatori ausiliari, ovvero esperti iscritti negli albi dei consulenti presso il Tribunale.

Il procedimento si conclude con la redazione di un verbale di raggiunta o fallita conciliazione sottoscritto dalle parti, dai rispettivi Avvocati difensori nominati nell'ambito



# CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

*Ufficio studi*

della procedura e dal Mediatore. Quest'ultimo certifica, altresì, l'autografia delle parti ovvero l'impossibilità di sottoscrivere.

## 2.7. DURATA

In seguito alle modifiche apportate dalla l. n. 98 del 2013 la durata massima è fissata in tre mesi.

Una proroga del termine può essere prevista dal Regolamento dei singoli Organismi o concordata tra le parti.

Il periodo di durata della procedura termine non si calcola ai fini delle norme sulla ragionevole durata del processo (art. 7).

## 2.8. LA PROPOSTA. CONSEGUENZE SULLE SPESE DEL PROCESSO.

Essa consiste nella soluzione di conciliazione della lite proposta dal Mediatore alle parti (art. 11, comma 1).

Può essere formulata dal Mediatore su richiesta concorde delle parti nonché nelle ulteriori ipotesi contemplate dai regolamenti adottati dai singoli Organismi che possono prevedere la facoltà del Mediatore di formulare proposte solo in caso di richiesta congiunta delle parti.

Salvo diverso accordo delle parti, la proposta non conterrà alcun riferimento alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento (art. 11, comma 2).

Una volta formulata, la proposta di conciliazione è comunicata per iscritto alle parti, le quali hanno l'onere di far pervenire al Mediatore, per iscritto ed entro sette giorni, l'accettazione o il rifiuto. In mancanza di risposta nel termine, la proposta si ha per rifiutata.

Ai sensi dell'art. 13:

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. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile. Le disposizioni che precedono si



# CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

*Ufficio studi*

applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al Mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 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. Il Giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente.

Inoltre, il medesimo articolo, al comma 3, prevede che salvo diverso accordo, le disposizioni di cui ai comma 1 e 2, non si applicano ai procedimenti davanti agli Arbitri.

## 2.9 L'ACCORDO CONCILIATIVO. EFFETTI E OMOLOGAZIONE.

Il raggiungimento della conciliazione può avvenire spontaneamente ovvero mediante adesione alla proposta del Mediatore.

Esso ha, innanzitutto, efficacia negoziale, può consistere anche in una transazione, in un negozio di accertamento, incorporare rinunce e previsioni *pro futuro*.

Esso può, altresì, prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento.

- Trascrizione nei pubblici registri

Se l'accordo ha ad oggetto uno degli atti per i quali la legge stabilisce la trascrizione nei pubblici registri (art. 2643 c.c.) la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato (art. 11, comma 3 d. lgs 28/2010).

- Efficacia esecutiva ed altri effetti

Il verbale di accordo costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, nonché titolo per l'espropriazione forzata e per le esecuzioni in forma specifica in due casi (art. 12):

- a seguito dell'omologazione giudiziale;
- in presenza di accordo sottoscritto da tutte le parti e tutti gli Avvocati ove tutte siano state assistite da un Avvocato durante la procedura. In questo caso sono gli stessi Avvocati ad attestare e certificare la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico.



# CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

*Ufficio studi*

L'omologazione è concessa dal Presidente del Tribunale con decreto, verificata la regolarità formale e la non contrarietà all'ordine pubblico o a norme imperative.

Competente all'omologazione è:

- a) il Tribunale nel cui circondario ha sede l'Organismo;
- b) per le controversie transfrontaliere il Tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione.

Il d.lgs. n. 28/2010 non ha previsto una disciplina specifica del procedimento di omologazione che si ritiene assoggettato alle disposizioni previste per i procedimenti in camera di consiglio (art. 737 e ss. c.p.c.).

Nulla è detto nemmeno in relazione all'impugnazione del decreto che nega o concede l'omologazione. In dottrina sono state avanzate diverse ricostruzioni volte all'applicazione in via analogica del rimedio previsto per il lodo arbitrale (art. 825 c.p.c.) ovvero dei reclami previsti dall'art. 739 c.p.c.