

La Relazione della Commissione Alpa sulla riforma degli strumenti di ADR

mondoadr.it/cms/articoli/testo-integrale-della-relazione-alpa-sulla-riforma-degli-strumenti-di-adr.html

Redazione MondoADR

25/1/2017

Commissione di studio per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato

In questo link è possibile scaricare in pdf il **TESTO INTEGRALE DELLA RELAZIONE DELLA COMMISSIONE ALPA** contenente le relazioni e le proposte di modifiche delle normative in vigore riguardanti la mediazione, negoziazione assistita e l'arbitrato.

Di seguito un estratto della Relazione Alpa delle sole proposte di modifica del Dlgs. 28/10. In **neretto** le proposte di emendamenti al D.Lgs. 28/10 condivise da tutta la Commissione e in **blu** le proposte integrative o alternative dei soli componenti della Commissione Dott.ssa Breggia e Avv. Marotta. Gli articoli e commi non riportati nel testo seguente non sono oggetto di proposta di modifica. Di seguito alle proposte emendative, si riportano le note illustrative.

Art. 1 (Definizioni)

f) procedimento: la procedura di mediazione amministrata dall'organismo che inizia con il deposito della domanda di mediazione, prosegue con uno o più incontri, per terminare con la redazione del processo verbale di accordo o di mancato accordo conciliativo.

g) clausola di mediazione: la clausola contrattuale con la quale, in caso di controversia futura, le parti si obbligano all'esperimento della mediazione civile e commerciale;

Proposta Breggia-Marotta ad integrazione delle proposte della Commissione

h) clausola multistep: la clausola contrattuale con la quale, in caso di controversia futura, le parti si obbligano all'esperimento della mediazione civile e commerciale e, in caso di esito negativo, allo svolgimento di una procedura arbitrale

Art. 4 (Accesso alla mediazione)

1. La domanda di mediazione relativa alle controversie di cui all'articolo 2 è presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia, **salvo diverso accordo tra le parti**. In caso di più domande relative alla stessa controversia, la mediazione si svolge davanti all'organismo territorialmente competente presso il quale è stata presentata la prima domanda.

Art. 5 (Condizione di procedibilità e rapporti con il processo)

1-bis Chi intende esercitare **un'azione davanti alle Autorità giurisdizionali** 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 da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, **nonché contratti di subfornitura, di franchising, di leasing mobiliare non finanziario, rapporti sociali inerenti le società di persone, incluso il caso in cui sia parte l'erede o il legatario di un socio** è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione ai sensi del

presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione **di procedibilità del giudizio**. La presente disposizione ha efficacia sino al **21 settembre 2023**.

Al termine di due anni dalla data di entrata in vigore è attivato su iniziativa del Ministero della giustizia il monitoraggio degli esiti di tale sperimentazione. **In occasione della cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario presso la Corte di Cassazione il Ministero della giustizia renderà noti gli esiti del monitoraggio delle procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie.** L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice, ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita. **assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.** Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni.

Proposta alternativa di Breggia-Marotta sul'art. 1 bis

1-bis. 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 da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, **nonché contratti di opera, di opera professionale, di appalto privato, di fornitura e di somministrazione, di franchising, di leasing, concorrenza sleale non interferente con l'esercizio dei diritti di proprietà industriale e intellettuale, contratti relativi al trasferimento di partecipazioni sociali, rapporti sociali inerenti le società di persone,** è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente ad 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. **Restano escluse dal regime dell'obbligatorietà le controversie di competenza del Tribunale delle Imprese sopra indicate, il cui valore superi l'importo di 250.000 euro.**

L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale **con cui viene iniziato il processo. La presente disposizione ha efficacia per i quattro anni successivi alla data della sua entrata in vigore.** Al termine di due anni dalla data di entrata in vigore è attivato su iniziativa del Ministero della giustizia il monitoraggio degli esiti di tale sperimentazione. **In occasione della cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario presso la Corte di Cassazione il Ministero della giustizia renderà noti gli esiti del monitoraggio delle procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie.**

2. Fermo quanto previsto dal comma 1-bis e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre, **con ordinanza motivata,** l'esperimento del procedimento di mediazione; **in tal caso, l'effettivo avvio del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità del giudizio di primo grado o dell'appello principale o incidentale.**

Il provvedimento di cui al periodo precedente è adottato prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista prima della discussione della causa. Il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 **per consentire lo svolgimento della procedura di mediazione. Se all'udienza di rinvio la mediazione non risulta ancora avviata, il giudice dichiara l'improcedibilità.**

4. I commi 1-bis e 2 non si applicano

a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione.

In tali casi, successivamente alla pronuncia sull'istanza di concessione o di sospensione della provvisoria esecuzione, il giudice, con ordinanza motivata, può disporre l'esperimento del tentativo di mediazione. Il mancato avvio della mediazione comporta la improcedibilità del giudizio e la revoca del decreto ingiuntivo opposto ove quest'ultimo non sia stato dichiarato provvisoriamente esecutivo o ne sia stata sospesa la provvisoria esecuzione, ovvero comporta la

improcedibilità del giudizio con gli effetti di esecutorietà e definitività di cui all'articolo 647 del codice di procedura civile ove il decreto ingiuntivo sia stato dichiarato provvisoriamente esecutivo o non ne sia stata sospesa la provvisoria esecuzione. In caso di provvisoria esecuzione parziale l'improcedibilità del giudizio di opposizione per mancato avvio della mediazione comporta gli effetti dell'articolo 647 del codice di procedura civile nei limiti della concessa esecuzione parziale del decreto ingiuntivo

a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione. **Successivamente a tali pronunce l'onere di avviare la mediazione è a carico dell'opposto, pena la revoca del decreto ingiuntivo.**

5. Fermo quanto previsto dal comma 1-bis e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, se il contratto, lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente prevedono una clausola di mediazione **e la mediazione non risulta esperita**, il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa, **dispone l'invio delle** e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo il giudice o l'arbitro fissa la successiva udienza quando la mediazione **è iniziata**, ma non conclusa. La domanda è presentata davanti all'organismo indicato dalla clausola, se iscritto nel registro, ovvero, in mancanza, davanti ad un altro organismo iscritto, fermo il rispetto del criterio di cui all'articolo 4, comma 1. In ogni caso, le parti possono concordare, successivamente **alla conclusione del contratto o a quanto previsto dallo statuto o dall'atto** costitutivo, l'individuazione di un diverso organismo iscritto.

6. Dal momento **del deposito**, la domanda di mediazione produce **ai fini della** prescrizione gli effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data, la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'articolo 11 presso la segreteria dell'organismo.

7. Qualora nel verbale di accordo le parti abbiano acconsentito alla cancellazione della causa dal ruolo e all'estinzione del procedimento, il giudice, se il verbale attestante il raggiungimento di accordo e il predetto consenso venga depositato nella cancelleria a cura della parte interessata, provvede ai sensi dell'art. 309 c.p.c.

Art. 8 (Procedimento)

1. All'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre trenta giorni dal deposito della domanda. La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte **esclusivamente a cura dell'organismo di mediazione** con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione anche a cura della parte istante. Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato.

Le parti devono essere presenti di persona oppure, per giustificati motivi, tramite un rappresentante diverso dall'avvocato che le assiste in mediazione. Il rappresentante deve essere a conoscenza dei fatti e fornito dei poteri per la soluzione della controversia. Per le persone giuridiche è richiesta la partecipazione tramite un rappresentante a conoscenza dei fatti e fornito dei poteri per la soluzione della controversia.

È obbligo per le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, di partecipare alla mediazione assistiti dalla propria avvocatura, ove presente. La conciliazione della lite da parte di chi è incaricato di rappresentare la pubblica amministrazione, amministrata da uno degli organismi di mediazione previsti dal presente decreto, non dà luogo a responsabilità amministrativa e contabile quando il suo contenuto rientri nei limiti del potere decisionale dell'incaricato, salvo i casi di casi di dolo o colpa grave.

All'inizio del procedimento 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, e quindi procede con il suo esperimento.** Nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, l'organismo può nominare uno o più mediatori ausiliari.

Le parti devono comportarsi secondo buona fede e lealtà nonché con spirito di cooperazione.

4-bis. Il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile solo dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione. Il giudice, anche nel corso del giudizio, a prescindere dalla soccombenza, con provvedimento separato,

può condannare la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma che ammonti **nel minimo all'importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio e nel massimo al triplo di tale importo.**

Art. 10 (Inutilizzabilità e segreto professionale)

1. Le dichiarazioni rese, **anche in relazione ad eventuali proposte conciliative ad eccezione di quanto previsto dall'art. 13**, o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche **parzialmente**, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni

Art. 11 (Conciliazione)

1. Se è raggiunto un accordo amichevole, il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo. Quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore **redige verbale nel quale attesta esclusivamente il mancato raggiungimento dell'accordo. In tal caso** può **anche** formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento. Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'articolo 13. **In nessun caso il mediatore può formulare una proposta qualora la parte convocata non sia comparsa.**

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

4. Se la conciliazione non riesce, il mediatore forma processo verbale con l'indicazione della proposta **e della parte che non l'ha accettata**; il verbale è sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere. Nello stesso verbale, il mediatore dà atto della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione.

Art. 14 (Obblighi del mediatore)

2. Al mediatore è fatto, altresì, obbligo di:

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

3. Su istanza di parte, **motivata sulla base di una delle ragioni segnalate dal mediatore di cui al precedente comma 2, lett. b) o di altra seria ragione di possibile pregiudizio alla imparzialità, ovvero sulla base del mancato rilascio della dichiarazione di cui al precedente comma 2, lett. a)**, il responsabile dell'organismo sentito il mediatore in merito, provvede alla eventuale sostituzione del mediatore. Il regolamento individua la diversa competenza a decidere sull'istanza, quando la mediazione è svolta dal responsabile dell'organismo.

Art. 16 (Organismi di mediazione e registro. Elenco dei formatori)

3. L'organismo, unitamente alla domanda di iscrizione nel registro, deposita presso il Ministero della giustizia il proprio regolamento di procedura e il codice etico, comunicando ogni successiva variazione. Nel regolamento devono essere previste, fermo quanto stabilito dal presente decreto, le procedure telematiche eventualmente utilizzate dall'organismo, in modo da

garantire la sicurezza delle comunicazioni e il rispetto della riservatezza dei dati. Al regolamento devono essere allegate le tabelle delle indennità spettanti agli organismi costituiti da enti privati, proposte per l'approvazione a norma dell'articolo 17. Ai fini dell'iscrizione nel registro il Ministero della giustizia valuta l'idoneità del regolamento. **Al fine di garantire il principio di trasparenza, l'organismo dovrà mantenere un sito web aggiornato che fornisca alle parti un facile accesso alle informazioni concernenti il funzionamento della procedura di mediazione e che consenta di presentare la domanda e la documentazione di supporto necessaria in via telematica.**

Il sito deve contenere inoltre le seguenti informazioni: oggetto sociale; nome del responsabile dell'organismo; nome dei soci, associati, responsabili e finanziatori; regolamento di procedura, indennità di mediazione e criterio di calcolo; statistiche dettagliate e aggiornate almeno semestralmente sulle procedure gestite e i curriculum di tutti i mediatori.

3-bis Agli organismi di mediazione è vietato lo svolgimento della propria attività presso un qualunque studio professionale. Tale divieto è esteso anche ai casi in cui organismo e professionista esercitano all'interno degli stessi locali, sebbene a diverso titolo.

4-bis. Gli avvocati iscritti all'albo sono di diritto mediatori. **Gli avvocati che partecipano a corsi di formazione in materia di mediazione e conciliazione possono acquisire crediti ai fini della formazione continua previsti dal regolamento attuativo della l. 31 dicembre 2012, n. 247.** 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. **La partecipazione del praticante avvocato ad un incontro di mediazione equivale alla partecipazione ad una udienza in tribunale ai fini della pratica forense fino a concorrenza della metà degli obblighi formativi di udienza.** Dall'attuazione della presente disposizione non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

Art. 17 (Risorse, regime tributario e indennità)

3. Il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di 100.000,00 euro, altrimenti l'imposta è dovuta per la parte eccedente, per le mediazioni disposte dal giudice, previa valutazione del medesimo al fine di eliminare o ridurre il rischio di comportamento negoziale elusivo o simulatorio.

3. Questa proposta è rimessa all'apprezzamento del sig. Ministro

4. Fermo restando quanto previsto dai commi 5-bis e 5-ter del presente articolo, con il decreto di cui all'articolo 16, comma 2, sono determinati:

- a) l'ammontare minimo e massimo delle indennità spettanti agli organismi pubblici, il criterio di calcolo e le modalità di ripartizione tra le parti;
- b) i criteri per l'approvazione delle tabelle delle indennità proposte dagli organismi costituiti da enti privati;
- c) le maggiorazioni massime dell'indennità dovute, non superiori al 25 per cento, nell'ipotesi di successo della mediazione;
- d) le riduzioni minime delle indennità dovute nelle ipotesi in cui la mediazione è condizione di procedibilità ai sensi dell'articolo 5, comma 1-bis, ovvero è disposta dal giudice ai sensi dell'articolo 5, comma 2, **ovvero quando è prevista contrattualmente dalla clausola di mediazione.**

5- bis Quando la mediazione è condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell'articolo 5, comma 1 **bis** ovvero è disposta dal giudice ai sensi dell'articolo 5, comma 2, del presente decreto, all'organismo non è dovuta alcuna indennità dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, ai sensi dell'articolo 76 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115. **L'organismo tuttavia potrà detrarre ai fini fiscali l'ammontare dell'indennità che gli sarebbe spettata.** A tale fine la parte è tenuta a depositare presso l'organismo apposita dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, la cui sottoscrizione può essere autenticata dal medesimo mediatore, nonché a produrre, a pena di inammissibilità, se l'organismo lo richiede, la documentazione necessaria a comprovare la veridicità di quanto dichiarato.

Quando la mediazione sia condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell'art. 5, comma 1 bis, ovvero è disposta dal giudice, la parte che si trovi nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio ai sensi dell'art. 76 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115 ha diritto ad essere ammessa al patrocinio a spese dello stato anche per

l'attività svolta dal difensore dinanzi all'organismo di mediazione.

In caso di mediazione svolta prima del processo, conclusasi con accordo, il consiglio dell'ordine competente all'ammissione è quello del luogo in cui ha sede il magistrato competente a conoscere del merito. La liquidazione del compenso al difensore in tal caso è effettuata dall'ufficio giudiziario che sarebbe stato competente per il giudizio.

5-ter. Fermo restando quanto previsto dai precedenti commi, in particolare dal comma 4 e dal decreto previsto dall'art. 16 comma 2, per il primo incontro, nei casi in cui la mediazione è condizione di procedibilità, ciascuna parte è tenuta a versare all'organismo l'importo di 40 euro per le liti di valore inferiore a 1000 euro, di 80 per le liti sino a 10.000 euro, di 180 euro per le liti di valore da 10.000 euro a 50.000 euro, di 200 euro per le liti di valore superiore a 50.000 euro. Nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro tale importo sarà considerato a titolo di spese di mediazione. Nel caso in cui sia raggiunto un accordo o la mediazione prosegua oltre il primo incontro il suddetto importo sarà detratto dalla indennità di mediazione.

Art. 20 (Credito d'imposta)

1. Le parti che corrispondono l'indennità ai soggetti abilitati a svolgere il procedimento di mediazione presso gli organismi, in caso di raggiungimento di accordo, possono detrarre fiscalmente l'indennità di mediazione fino a concorrenza di euro cinquecento.

In caso di mancato accordo, alle parti è riconosciuto un credito d'imposta commisurato all'indennità corrisposta all'organismo, fino a concorrenza di euro duecentocinquanta.

Art. 21 (Informazioni al pubblico)

Il Ministero della giustizia cura, attraverso il Dipartimento per l'informazione e l'editoria della Presidenza del Consiglio dei Ministri e con i fondi previsti dalla legge 7 giugno 2000, n. 150, la divulgazione al pubblico attraverso apposite campagne pubblicitarie, **da svolgersi periodicamente**, in particolare via internet, di informazioni sul procedimento di mediazione e sugli organismi abilitati a svolgerlo.

Note illustrative delle proposte in materia di mediazione

1. Premessa.

Le modifiche proposte mirano a promuovere e rendere efficace la mediazione disciplinata dal d.lgs. n. 28/2010 e nello stesso tempo a coglierne il significato culturale e non ridurla ad una mera condizione di procedibilità, volta solo a deflazionare un contenzioso 'in esubero'.

A parte interventi minori di chiarimento (le definizioni all'art. 1, la possibilità per le parti di scegliere un organismo anche al di fuori dei criteri territoriali ex art. 4, l'obbligo per le parti di comportarsi secondo buona fede e con spirito di cooperazione, art. 8), la proposta mira a modificare il testo solo ove necessario e con interventi contenuti per evitare formulazioni di nuove norme o commi che potrebbero dare adito a problematiche interpretative.

2. Estensione dell'obbligatorietà della mediazione (art. 5, comma 1 bis).

Tema cruciale è quello della obbligatorietà della mediazione, problematico perché la mediazione costituisce una manifestazione dell'autonomia – dunque della libertà – delle parti. Tuttavia la libertà deve essere effettiva e non formale. Solo in seguito al d.lgs. n. 28/2010, sia pure timidamente e con resistenze, si è iniziata a diffondere la cultura della conciliazione: prima non vi era vera, effettiva libertà perché il cittadino era 'di fatto' costretto ad adire il giudice rispetto alla via mediativa. Si ritiene pertanto che l'obbligatorietà possa giustificarsi in chiave promozionale: l'obbligatorietà della mediazione si basa sul principio delle "quote rosa", un *favor* per un metodo di risoluzione dei conflitti che però non mira a favorire semplicemente quello, ma ha di vista l'interesse generale.

In questa prospettiva, ritenendo che la spinta propulsiva promozionale della obbligatorietà della mediazione non abbia esaurito la sua funzione si è pertanto proposto di estendere l'obbligatorietà dell'esperimento della mediazione quale condizione di procedibilità fino al 21.9.2023 (10 anni dall'entrata in vigore delle modifiche contenute nel d.l. n. 69/13, convertito con la legge n. 98/2013).

In varie occasioni, anche il mondo delle imprese ha dichiarato di essere favorevole all'estensione delle materie e così si è espressa l'Avvocatura all'importante Congresso Nazionale di Rimini del 6-8 ottobre scorso. Anche alla luce dell'atto di indirizzo del Ministro per l'anno 2017, pubblicato il 29 settembre 2016, si è proposto quindi di estendere la condizione di procedibilità ad altre materie e cioè ai settori in cui sono già competenti le Camere di Commercio (cioè i contratti di subfornitura, di franchising, di leasing mobiliare non finanziario) e ai rapporti sociali concernenti le società di persone, incluso il caso in cui sia parte l'erede o il legatario di un socio.

3. Primo incontro di mediazione *effettivo* (art. 5, comma 2 e 2 bis, art. 8).

L'intervento di modifica mira poi a risolvere i contrasti interpretativi maturati in giurisprudenza e superare le incongruenze rivelate dall'esperienza sin qui svolta.

Innanzitutto è apparso fondamentale eliminare incertezze e dinamiche alterate che nascono dal c.d. primo incontro in mediazione, recependo la giurisprudenza maggioritaria che si è formata in materia. In grandissima maggioranza i giudici di merito hanno ritenuto che l'incontro sulla mediazione, anche per i casi di mediazione obbligatoria debba essere *effettivo*, e non limitarsi ad una fase preliminare informativa ^[1].

Ritenere che l'ordine del giudice sia osservato quando i difensori si rechino dal mediatore e, ricevuti i suoi chiarimenti su funzione e modalità della mediazione (chiarimenti per i quali i regolamenti degli organismi prevedono tutti un tempo molto limitato), possano dichiarare il rifiuto di procedere oltre, pare in effetti una conclusione irrazionale e soprattutto non conforme a una lettura sistematica e teleologica della normativa. L'art. 8 infatti prevede che, durante il primo incontro, il mediatore verifichi se vi è la *possibilità* di svolgere la mediazione (con riferimento a eventuali situazioni preliminari che possano ostacolare l'esperimento di mediazione) e non la *volontà* delle parti di farlo.

Va inoltre considerato che i difensori, definiti mediatori di diritto dalla stessa legge, hanno sicuramente già conoscenza della natura della mediazione e delle sue finalità. Se così non fosse non si vede come potrebbero fornire al cliente l'informazione prescritta dall'art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 28/2010, senza contare che obblighi informativi in tal senso si desumono già sul piano deontologico (art. 62 codice deontologico).

Non avrebbe dunque senso imporre l'incontro tra i soli difensori e il mediatore solo in vista di un'informativa e una dilazione del processo civile per un adempimento che finisce per essere puramente burocratico. Pertanto occorre che sia svolta una vera e propria sessione di mediazione. Altrimenti, si porrebbe un ostacolo non giustificabile all'accesso alla giurisdizione.

L'ipotesi che la condizione si verifichi con il solo incontro tra gli avvocati e il mediatore per le informazioni è apparsa particolarmente irrazionale nella mediazione disposta dal giudice: in tal caso, infatti, si presuppone che il giudice abbia già svolto la valutazione di 'mediabilità' del conflitto (come prevede l'art. 5 cit.: che impone al giudice di valutare "la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti"), e che tale valutazione si sia svolta nel colloquio processuale con i difensori. Questo presuppone anche un'adeguata informazione ai clienti da parte dei difensori; inoltre, in caso di lacuna al riguardo, lo stesso giudice, qualora verifichi la mancata allegazione del documento informativo, deve a sua volta informare la parte della facoltà di chiedere la mediazione. Come si vede dunque, sono previsti plurimi livelli informativi e non è pensabile che il processo venga momentaneamente interrotto per un'ulteriore informazione anziché per un serio tentativo di risolvere il conflitto.

Può ricordarsi infine che l'art. 5 della direttiva europea sulla mediazione civile e commerciale distingue le ipotesi in cui il giudice invia le parti in mediazione rispetto all'invio per una semplice sessione informativa ^[2]: un ulteriore motivo per ritenere che nella mediazione disposta dal giudice, viene chiesto alle parti (e ai difensori) di esperire la mediazione e cioè *l'attività svolta dal terzo imparziale finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole* (secondo la definizione data dall'art. 1 del d.lgs. n. 28/2010) e non di acquisire una mera informazione e di rendere al mediatore una dichiarazione sulla volontà o meno di iniziare la procedura mediativa.

Si è ritenuto che anche la mediazione che precede il giudizio debba essere *effettiva*.

E' vero che nella mediazione demandata il giudice ha già svolto la valutazione di 'mediabilità' *in concreto* del conflitto, mentre la mediazione che precede il giudizio è imposta dal legislatore sulla base di una valutazione di mediabilità *in astratto*, in base alla tipologia delle controversie. Tale differenza, però, non incide minimamente sulla natura della mediazione e quindi non appare rilevante per ritenere che la condizione di procedibilità possa ritenersi assolta con un mero incontro "preliminare" in cui le parti dichiarano la mancanza di volontà di svolgere la mediazione. Anche per la mediazione *pre-processuale* vale quanto già rilevato

circa l'esistenza di informazioni che precedono l'incontro in mediazione già fornite alla parte dal difensore o tramite il difensore; inoltre anche per la mediazione *pre-processuale*, ciò che l'art.5, co. 1 bis, impone è la mediazione e non una sessione informativa.

Per garantire la valutazione positiva di costituzionalità della previsione è apparso utile prevedere che l'incontro di mediazione sia effettivo e la condizione di procedibilità sia assoluta anche se è negativo il solo primo incontro effettivo: ciò rende non eccessivamente gravoso l'incombente per le parti e nello stesso tempo potrebbe riportare a serietà l'ordine di mediazione del legislatore o del giudice.

D'altronde, la Direttiva europea in materia prevede che si possa *imporre* la mediazione e le condizioni a cui l'obbligatorietà può essere ammessa restano scolpite dalla giurisprudenza italiana e da quella della Corte UE. Il condizionamento della giurisdizione può ritenersi ammissibile in quanto non comprometta l'esperimento dell'azione giudiziaria che può essere ragionevolmente limitato, quanto all'immediatezza, se vengano imposti oneri finalizzati a salvaguardare <<interessi generali>>: la sentenza della Corte Cost. n. 276/2000 in tema di tentativo obbligatorio di conciliazione per le cause di lavoro, ha affermato che il tentativo in questione soddisfaceva l'interesse generale sotto due profili: da un lato, perché evitava il sovraccarico dell'apparato giudiziario, dall'altro, perché favoriva la composizione preventiva della lite che assicura alle situazioni sostanziali un soddisfacimento più immediato rispetto a quello conseguito attraverso il processo. In sintonia con la nostra Corte costituzionale, anche l'importante decisione della Corte Giustizia Eu 18.3.2010, Alassini c. Telecom (che indica le condizioni per ritenere conforme al diritto comunitario il tentativo obbligatorio di conciliazione, nella specie in tema di telecomunicazioni), afferma, tra l'altro, che <<*i diritti fondamentali non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti*>> (cfr. par. 63 della sentenza). Imporre un solo primo incontro effettivo non è apparso affatto sproporzionato rispetto allo scopo perseguito, né impone alle parti un ostacolo per accedere alla giurisdizione.

4. Presenza personale delle parti in mediazione (art. 8)

Sempre al fine di rendere più efficace la mediazione, l'articolato prevede la partecipazione personale delle parti, salvo gravi motivi, quale profilo connaturato alla mediazione

L'attività di mediazione è volta infatti a riattivare la comunicazione tra le parti attraverso la facilitazione del terzo, il quale appunto deve avere una specifica formazione proprio sulle tecniche di comunicazione e deve avere un contatto diretto con le persone coinvolte nel conflitto, senza il filtro dei professionisti che *assistono* la parte, ma non si sostituiscono ad essa. Tali tecniche o abilità presuppongono l'interazione immediata tra parti e mediatore se è vero che questi deve riuscire a comprendere gli interessi delle parti, *leggere* i loro sentimenti e le loro emozioni, anche attraverso un linguaggio non verbale. Questo *proprium* della mediazione induce ad affermare, nei limiti del possibile, il principio che le parti devono essere presenti di persona.

Questa conclusione, come ritenuto dalla maggior parte dei giudici, emerge già dall'interpretazione letterale delle norme: l'art. 5, comma 1-bis e l'art. 8 prevedono che le parti *esperiscano* il (o *partecipino* al) procedimento mediativo con l'assistenza degli avvocati, e questo implica la presenza degli assistiti.

Con la proposta di modifica si è voluto definitivamente chiarire che vi è l'obbligo di partecipazione delle parti di persona o, se sussistono gravi motivi, tramite un rappresentante diverso dal difensore.

5. Ordinanza del giudice di invio in mediazione (art. 5, comma 2)

La proposta di modifica introduce l'obbligo di motivazione per il giudice che disponga l'invio in mediazione. La previsione mira a garantire la serietà e la proficuità dell'invio e quindi l'aumento delle *chances* di accordo. Nella motivazione, di natura succinta (art. 134 c.p.c.) il giudice potrà infatti dar atto degli indici di mediabilità della controversia che ha preso in considerazione ai fini di un invio selettivo e calibrato sul caso concreto e fornire altresì alle parti e al mediatore elementi utili da valutare per lo svolgimento della mediazione.

6. Proposta del mediatore (art. 11).

Nell'articolato si propone di introdurre il divieto di formulazione della proposta del mediatore qualora la parte convocata non sia comparsa. Si tratta di un'ipotesi estranea alla mediazione poiché *mediare* implica la presenza delle due parti. Indirettamente viene garantita anche l'autonomia del mediatore per i casi, non infrequenti nella pratica, di mediazioni demandate dal giudice che impongono al mediatore la formulazione della proposta anche quando la parte convocata non sia comparsa.

7. Costi calmierati per il primo incontro nel tentativo obbligatorio di mediazione (art. 17).

Il primo incontro, pur se obbligatorio, non deve essere totalmente gratuito: l'attuale gratuità comporta nella pratica prassi alterate e dinamiche ambigue. La proposta di modifica pertanto prevede costi calmierati, e elimina la totale gratuità, anche a garanzia della dignità ed efficacia del lavoro del mediatore. Si propone altresì, ai fini di promozione dello strumento, la possibilità per le parti di detrarre il costo della mediazione, in caso di esito negativo, dal contributo unificato del giudizio istaurato o da istaurare.

Se l'accordo è raggiunto, occorrerebbe invece rendere effettivo il credito di imposta. Al riguardo si propone di sostituire all'attuale meccanismo, alquanto farraginoso, la possibilità di detrazione fiscale diretta. L'indicazione di costi modestissimi per il primo incontro effettivo obbligatorio consente di ritenere del tutto superabile il vaglio di costituzionalità alla luce della giurisprudenza sopra ricordata.

8. Patrocinio a spese dello Stato per la mediazione e facilitazioni fiscali per organismi (art. 17).

Un profilo di particolare delicatezza e importanza dell'intervento di riforma mira a introdurre il patrocinio a spese dello Stato anche quando la mediazione abbia effetto positivo e renda inutile il processo.

E' utile premettere, per capire il senso della proposta, che la questione non è espressamente affrontata nella disciplina in materia di mediazione. L'art. 17 dl d.lg. 28/2010, al comma 5-bis, infatti, prevede che quando la mediazione è condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell'art. 5, comma 1 bis ovvero è disposta dal giudice ai sensi dell'art. 5 comma 2, all'organismo non sia dovuta nessuna indennità dalla parte che si trovi nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello stato ai sensi dell'art. 76 del t.u. sulle spese di giustizia (D.p.r. n. 115/2002). A tal fine la parte è tenuta a depositare presso l'organismo una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, nonché a produrre la documentazione necessaria a comprovare la veridicità di quanto dichiarato.

L'unica previsione riguarda dunque l'indennità che sarebbe dovuta all'Organismo mentre nulla si dice per quanto concerne il compenso all'avvocato, che deve obbligatoriamente assistere le parti nelle fasi di mediazione (art. 5 e 8 d.lgs. n. 28/2010). La Corte di Cassazione, con sentenza n. 24723 del 23.11.2011, ha riaffermato che il patrocinio a spese dello Stato riguarda esclusivamente la difesa in giudizio non potendo coprire l'attività stragiudiziale^[3]. Con la pronuncia, tuttavia, la Corte, richiamando un proprio precedente, fa salva una nozione estesa di attività giudiziale perché afferma che *devono considerarsi giudiziali anche quelle attività stragiudiziali che, essendo strettamente dipendenti dal mandato alla difesa, vanno considerate strumentali o complementari alle prestazioni giudiziali, cioè di quelle attività che siano svolte in esecuzione di un mandato alle liti conferito per la rappresentanza e la difesa in giudizio* (sulla base di tale presupposto, nella precedente decisione, era stato riconosciuto dovuto il compenso per l'assistenza e l'attività svolta dal difensore per la transazione della controversia instaurata dal medesimo).

Si ritiene possibile pertanto che rientri nel patrocinio a spese dello stato l'attività svolta dal difensore se la mediazione ha avuto esito negativo ed è stata seguita dal processo.

Nel caso invece in cui la mediazione abbia avuto esito positivo e non sia seguito il processo si apre una questione di non facile soluzione.

Negare il patrocinio a spese dello Stato appare paradossale dal momento che la liquidazione a spese dello Stato non troverebbe applicazione proprio quando il difensore ha svolto al meglio le sue prestazioni professionali, favorendo il raggiungimento dell'accordo in mediazione. E ciò anche se la mediazione è obbligatoria, come obbligatoria è l'assistenza dell'avvocato (art. 5, comma 1 bis e art. 8 d.lgs. n.28/2010). Ne deriverebbe un risultato irragionevole e *di fatto* una sorta di disincentivo rispetto ad un istituto che invece il legislatore sta cercando di promuovere in vario modo (in tale ottica si colloca anche la stessa previsione dell'obbligatorietà rispetto all'inizio del processo: art. 5, comma 1 bis, d.lgs 28/2010).

Alcuni giudici hanno ritenuto che in base a un'interpretazione sistematica e teleologica della normativa in tema di mediazione, della Costituzione e delle fonti europee fosse possibile ritenere che l'art. 75 del DPR. n.115/2002^[4] comprenda sempre la fase della mediazione obbligatoria pre-processuale. Tale conclusione, che vale anche per la mediazione *iussu iudicis*, è sostenuta da una serie di considerazioni volte a dimostrare che la mediazione (obbligatoria) sia sempre connessa e funzionale alla fase processuale anche se poi questa in concreto non abbia luogo. Altre pronunce sono tuttavia di segno contrario, pur auspicando una modifica *de iure condendo*.

Trattandosi di materia molto complessa su cui si registrano varie opinioni, appare utile introdurre normativamente il riconoscimento che l'attività prestata dal difensore per i casi di mediazione obbligatoria rientri nel patrocinio a spese dello stato anche nel caso in cui, trattandosi di mediazione pre-processuale questa abbia esito positivo e non segua il processo. Si tratta, in fondo, di prevedere per le liti interne, quanto già previsto per le liti transfrontaliere. Si ricorda al riguardo la disciplina con cui l'Italia ha recepito la direttiva europea sul *Legal aid*, volta a migliorare l'accesso alla giustizia nelle controversie frontaliere civili (Direttiva 2002/8/CE del Consiglio del 27/1/2003). L'art. 3 di tale direttiva recita: *Art. 3. Diritto al patrocinio a spese dello Stato. 1. La persona fisica, che sia parte in una controversia ai sensi della presente direttiva, ha diritto a un patrocinio adeguato a spese dello Stato che le garantisca un accesso effettivo alla giustizia in conformità delle condizioni stabilite dalla presente direttiva. 2. Il patrocinio a spese dello Stato è considerato adeguato se garantisce: a) la consulenza legale nella fase precontenziosa al fine di giungere a una soluzione prima di intentare un'azione legale; b) l'assistenza legale e la rappresentanza in sede di giudizio, nonché l'esonero totale o parziale dalle spese processuali, comprese le spese previste all'articolo 7 e gli onorari delle persone incaricate dal giudice di compiere atti durante il procedimento.* La direttiva estende il *legal aid* alle procedure stragiudiziali (art. 10)^[5].

Il d.lgs. 27.5.2005, n. 116, che ha recepito la direttiva, prevede all'art. 10 che "Il *patrocinio* è, *altresì*, *esteso ai procedimenti stragiudiziali, alle condizioni previste dal presente decreto, qualora l'uso di tali mezzi sia previsto come obbligatorio dalla legge ovvero qualora il giudice vi abbia rinviato le parti in causa*".

Il riconoscimento del patrocinio a spese dello stato è una scelta conforme alla Costituzione (art. 3 Cost.), perché è irragionevole prevedere il sostegno dello stato per i casi di mediazione non conclusa con accordo e seguita da processo e negarla per i casi di mediazione, condizione di procedibilità, non seguita dal processo per l'esito positivo raggiunto. Così come è illogico riconoscere il gratuito patrocinio per le procedure *derivative e accidentali* e non per quelle non accidentali ma strutturalmente collegate al processo.

L'articolato prevede che la domanda dovrà essere presentata al Consiglio dell'ordine degli avvocati ex art. 124 tu. n.115/2002 (art. 124, comma 2°: *Il consiglio dell'ordine competente è quello del luogo in cui ha sede il magistrato davanti al quale pende il processo, ovvero, se il processo non pende, quello del luogo in cui ha sede il magistrato competente a conoscere del merito*), mentre l'autorità competente per la liquidazione è agevolmente individuabile nel Tribunale – che sarebbe stato – competente per il giudizio a cui l'istanza era stata preordinata (art. 83, comma 2 DPR. n.115/2002).

Per quanto concerne gli Organismi di mediazione, si è tenuta ferma la disposizione che esonera la parte dal pagamento dell'indennità; si è però previsto che l'organismo possa detrarre fiscalmente l'ammontare equivalente all'indennità che gli sarebbe spettata.

9. Mediazione e consumatori (art. 8)

Pare opportuno coordinare la disciplina in tema di mediazione con la normativa per le ADR in materia consumeristica.

Di qui alcune delle modifiche proposte tra cui la previsione che nelle controversie concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o servizi tra professionisti e consumatori le parti abbiano accesso al procedimento senza la necessaria assistenza dell'avvocato (art. 8, comma 1). Anche le modifiche agli artt. 4, ultima parte, art. 5, comma 6 e 7, art. 16, comma 3 hanno lo scopo di uniformare la disciplina rispetto al d.lgs.130/2015.

10. Altre modifiche al d.lgs. n.28/2010.

Altre proposte di modifiche mirano a dirimere contrasti giurisprudenziali su profili processuali, per evitare inutili ostacoli e favorire la mediazione in casi particolari, ad es. quando è parte la Pubblica Amministrazione (art. 8, comma 1).

Si è chiarito che la condizione di procedibilità attiene alla sola domanda principale con cui si inizia il processo risolvendo così la *vexata quaestio* dei rapporti tra cumulo di domande e mediazione (art. 5 comma 1 bis); si è eliminata la previsione secondo cui il giudice, con l'ordinanza con cui invia le parti in mediazione, doveva assegnare un termine di 15 giorni per la presentazione della domanda di mediazione in quanto la stessa creava divergenze interpretative sulla natura del termine: è sembrato meglio chiarire che la sanzione dell'improcedibilità riguarda solo il mancato svolgimento della mediazione (art. 5 comma 2).

Per favorire la presenza della parte convocata in mediazione è sembrato opportuno prevedere una sanzione economica di importo flessibile per la condanna di cui all'art. 8, comma 4 bis rimettendo al giudice l'entità della sanzione a seconda delle circostanze; per rafforzare il principio di riservatezza e l'autonomia del mediatore si propone di specificare che il giudice può

desumere elementi di prova ex art. 116 c.p.c solo dalla mancata partecipazione delle parti (art.8 comma 4 bis; v. anche art. 10, art. 11). Altre modifiche mirano a garantire l'imparzialità del mediatore (art. 14) e altre riguardano la formazione degli avvocati e dei praticanti avvocati (art. 16 comma 4 bis).

Si è, poi, inserita la previsione della periodicità per le campagne pubblicitarie a cura del Ministero della giustizia ex art. 21.

Si è, inoltre, inteso inoltre chiarire, modificando in proposito l'art.5, c. 2° del D.lgs. n. 28/2010, che allorché il tentativo di mediazione sia disposto (fuori dei casi di obbligatorietà ex lege) dal giudice in grado di appello, esso deve essere esperito non già a pena di improcedibilità della "domanda giudiziale" (espressione questa equivoca ed incongrua se riferita alla domanda giudiziale proposta in primo grado, che potrebbe essere stata in tutto o in parte già accolta in quel grado e pertanto non avrebbe senso sancirne la "improcedibilità"), bensì a pena dell'improcedibilità dell'appello principale o di quello incidentale (così come – se la delega giudiziale ha luogo in primo grado – a pena di improcedibilità dell'intero giudizio di primo grado, avendo ben poco senso – in caso di mediazione delegata dal giudice e non obbligatoria originariamente ed ex lege – distinguere fra domanda principale ed eventuale riconvenzionale).

Ancora si è inteso risolvere – anche in relazione ai contrasti giurisprudenziali perduranti pur dopo l'intervento di una, peraltro isolata, pronuncia della Suprema Corte (Cass. Sez. III, 3.12.2016, n. 24629) – il problema delle conseguenze del mancato esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione in fase di opposizione a decreto ingiuntivo.

Posto che l'obbligo dell'esperimento del tentativo non può essere imposto all'istante in fase monitoria né prima che il giudice dell'opposizione abbia disposto (con pronuncia lato sensu cautelare) sulla concessione o sospensione della provvisoria esecutorietà del decreto (scelte legislative queste che la Commissione ha considerato pienamente meritevoli di essere preservate), la Commissione ha constatato anzitutto le incongruità, se assunte in termini generali ed esclusivi, di entrambe le soluzioni attualmente sposate dalla (contrastante) giurisprudenza. E' incongruo imporre sempre al debitore opponente l'onere di avviare il tentativo a pena di cristallizzazione definitiva degli effetti del decreto ingiuntivo (come vuole la cit. pronuncia della Suprema Corte), perché all'opponente già gravato dell'onere di propria opposizione a fronte di un provvedimento di condanna emesso inaudita altera parte – il che segna un indubbio (pur se giustificato) privilegio per il (presunto) creditore – non pare ragionevole imporre un secondo e successivo onere di attivazione a pena di conseguenza per lui altrettanto irreversibili; e ciò soprattutto, allorché il giudice della opposizione non abbia concesso o abbia sospeso la provvisoria esecutorietà del decreto, con prognosi dunque significativamente sfavorevole riguardo alla fondatezza della pretesa creditoria. E' d'altra parte incongruo imporre sempre al creditore opposto l'onere di avviare il tentativo a pena di inefficacia del decreto già emesso, soprattutto ponendo mente alla paradossale ed anzi irrazionale situazione che si verificherebbe allorché, concessa o non sospesa la provvisoria esecuzione al decreto, l'opposto fosse ad un tempo facoltizzato ad avviare l'esecuzione forzata contro il debitore opponente e costretto a "convenirlo" dinanzi all'organo di composizione amichevole.

Da tali riflessioni la Commissione ha tratto spunto per ulteriori considerazioni: allorché il giudizio di opposizione è giunto, dopo la pronuncia giudiziale sulla sospensione o concessione della provvisoria esecutorietà, ad una fase sostanzialmente (anche se non "cronologicamente") avanzata dell'esercizio della funzione giurisdizionale relativa alla lite, è ben vero che ciò può in alcune circostanze concrete (da verificare appunto caso per caso) rendere assai opportuno e anche facilitare un tentativo di composizione bonaria, ma è anche vero che del tutto ultroneo diviene obbligare ex lege le parti (l'una o l'altra) ad esperire il tentativo medesimo.

Si è perciò adottata una soluzione meno semplicistica e più flessibile: si è modificato l'art. 5, c. 4 lett. a), nel senso che nessun obbligatorio tentativo di mediazione sia previsto dalla legge (a prescindere dalla materia della controversia) allorché l'attore sostanziale abbia scelto la via monitoria e pur quando ci si trovi in sede di giudizio di opposizione ed anche dopo il provvedimento di concessione/sospensione della esecutorietà; si è poi modificato l'art. 5, c. 2 nel senso di prevedere che (sempre a prescindere dalla materia) il giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo, dopo l'adozione di quei provvedimenti interinali, valuti la situazione caso per caso e possa, con ordinanza motivata, disporre l'esperimento (obbligatorio) del tentativo di mediazione; in tale ipotesi per altro è la legge a determinare ex ante quali siano ed a carico di chi gli effetti del mancato esperimento del tentativo e dunque a chi pertenga l'onere di avviarlo, e ciò a seconda che la provvisoria esecutorietà sia stata concessa o mantenuta (in tal caso l'onere spetta al debitore opponente), ovvero la provvisoria esecutorietà non sia stata concessa o sia stata sospesa (in tal caso l'onere spetta all'opposto). E' insomma la parte alla quale la prognosi corrispondente al provvedimento interinale risulta sfavorevole che deve avviare il tentativo di mediazione a pena di effetti processuali per essa sfavorevoli.

Si dà atto, inoltre, che nell'ambito dei lavori di Commissione sono state discusse ulteriori proposte relative all'estensione delle materie rientranti nella mediazione obbligatoria e di opposizione a decreto ingiuntivo che, per completezza, si pongono

all'attenzione.

In particolare:

1. Sulla estensione della mediazione c.d. obbligatoria

Innanzitutto si è proposto di estendere la mediazione c.d. obbligatoria ai rapporti di durata o che comunque comportino relazioni durature tra le parti e ai rapporti societari nelle società di persone, ambiti in cui viene in evidenza la relazione tra le parti che può essere preservata o definita in modo da contemperare i vari interessi. In particolare, nelle materie societarie le parti perseguono uno scopo comune e hanno tutto l'interesse a risolvere il conflitto endo-societario con un metodo che favorisca la definizione amichevole, assicurando riservatezza e flessibilità di soluzioni. Si sono pertanto aggiunti i contratti di opera, di opera professionale, di appalto privato, *franchising*, *leasing*, di fornitura e somministrazione, di concorrenza sleale c.d. pura, i contratti relativi al trasferimento di partecipazioni sociali, i rapporti sociali inerenti le società di persone; è apparso opportuno, per le controversie di competenza del Tribunale per le imprese, porre un limite di valore (euro 250.000).

Le ragioni dell'estensione dell'obbligatorietà del tentativo di mediazione a nuove materie sono state così ulteriormente specificate:

1. per la materia della concorrenza sleale c.d. pura la mediazione si giustifica come risposta all'esigenza di celere composizione della lite considerato che l'ambito nel quale l'azione opera è quello dell'attività di impresa, per la quale i profili risarcitori possono avere risvolti economici importanti;
2. per la materia dei trasferimenti di partecipazioni societarie la mediazione è utile per gli aspetti della riservatezza e del bisogno di rimedi di celere definizione.

1. b) Sulla mediazione nelle cause di opposizione a decreto ingiuntivo.

In secondo luogo, si è proposto di disciplinare l'ipotesi in cui, dopo la pronuncia dei provvedimenti interinali, debba essere esperita la mediazione nei procedimenti di opposizione a decreto ingiuntivo. Si tratta di questione che vede tuttora divisa la giurisprudenza nonostante l'intervento della Corte di Cassazione, sez. III, che, con sentenza 3.12.2015, n. 24629^[6], ha affermato che nel procedimento per decreto ingiuntivo cui segue l'opposizione, la parte su cui grava l'onere di introdurre il percorso obbligatorio di mediazione è la parte opponente: infatti, è questa che ha il potere e l'interesse ad introdurre il giudizio di merito, *'cioè la soluzione più dispendiosa, osteggiata dal legislatore'*. E' dunque sull'opponente che deve gravare l'onere della mediazione obbligatoria, pena il consolidamento degli effetti del decreto ingiuntivo ex art. 653 c.p.c., perché *'intende precludere la via breve per percorrere la via lunga'*. Secondo la Corte la soluzione contraria sarebbe palesemente irrazionale perché premerebbe la passività dell'opponente e accrescerebbe gli oneri della parte creditrice. La Corte sottolinea anche come *'non si vede a quale logica di efficienza risponda una interpretazione che accolti al creditore del decreto ingiuntivo l'onere di effettuare il tentativo di mediazione quando ancora non si sa se ci sarà l'opposizione allo stesso decreto ingiuntivo'*.

Tuttavia la *querelle* non è affatto sopita.

Alcuni giudici di merito hanno infatti sottolineato come la decisione della SC si basi su un assunto non corretto e cioè che la mediazione vada esperita 'prima' dell'opposizione. Il procedimento di mediazione deve invece necessariamente essere introdotto 'dopo' che il giudice abbia emesso le ordinanze interinali sulla provvisoria esecutività del titolo (art. 4 del d.lgs. n. 28/2010) e dunque *dopo* la proposizione dell'opposizione. Proprio perché, come sottolineato dalla stessa Corte, le parti riprendono in sede di opposizione la 'normale posizione' di attore e convenuto in senso sostanziale, onerato per l'avvio della mediazione deve considerarsi l'attore-opposto (Tribunale di Firenze, sez. imprese, ord. 17.1.2016; così anche Tribunale di Firenze, sez. seconda, ord. 15.2.2016). Anche il Tribunale di Busto Arsizio con sentenza del 3.2.2016, n. 199, si è posto pone in contrasto con le conclusioni della S.C., dubitando della loro compatibilità costituzionale con il principio di cui all'art. 24 Cost., in quanto appaiono *'...ricollegare l'onere di intraprendere la mediazione alla scelta della parte di instaurare un giudizio di opposizione avverso un provvedimento reso in assenza di contraddittorio e sulla base di un'istruzione sommaria, quasi come se la mediazione fosse una sorta di sanzione nei confronti di chi agisce in giudizio'*. Nello stesso senso ancora, ricordo Tribunale di Grosseto, sentenza 7.6.2016; Tribunale Benevento, ord. 23.1.2016; Tribunale di Milano, ord. 13.6.2016^[7].

In conformità invece alla pronuncia della Cassazione si pongono altre decisioni tra cui il Tribunale di Reggio Emilia, ord. 3.2.2016; Tribunale di Vasto, sentenza 30.5.2016; Tribunale di Cosenza, sentenza 5.5.2016^[8]; Tribunale di Verbania, sentenza 22.03.2016 nonché Tribunale di Nola, sentenza 3 marzo 2016^[9].

In tale contesto, è quanto mai necessario intervenire con una disposizione normativa che ponga fine al lungo contrasto giurisprudenziale, secondo il compito specifico che è stato assegnato alla Commissione (si veda in particolare il decreto di proroga).

Deve dunque essere individuato con precisione il soggetto a carico del quale va posto l'onere della condizione di procedibilità, in quanto vi sono esigenze di certezza del diritto che vanno soddisfatte con urgenza, anche considerando la gravità delle conseguenze che possono verificarsi trattandosi di opposizione a decreto ingiuntivo.

[1] v. tra le numerosissime pronunce, Trib. Firenze, sez. imprese, 17.3.2014 e 18.3.2014; Trib. Firenze, II sez., 19.3.2014; 26.11.2014; Trib. Palermo, 16.7.2014, Trib. Rimini, ord. 16.7.2014, Trib. Bologna, 16.10.2014; Trib. Cassino, 8.10.2014, Trib. Monza, 20.10.2014, Trib. Siracusa, 17.1.2015, Trib. Pavia, 9.3.2015, Trib. Milano, 7.5.2015; Trib. Milano, 27.4.2016; Trib. Busto Arsizio, 3.2.2016, tutte facilmente reperibili in internet o riviste. Chi ha pratica di mediazione conosce bene le difficoltà di individuare con precisione *scientifica* il confine tra la fase cd preliminare e la mediazione vera e propria.

[2] Articolo 5

Ricorso alla mediazione

1. *L'organo giurisdizionale investito di una causa può, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia. Può altresì invitare le parti a partecipare ad una sessione informativa sul ricorso alla mediazione se tali sessioni hanno luogo e sono facilmente accessibili.*

[3] Il caso riguardava il ricorso contro una decisione della Corte di appello di Torino che, con provvedimento del 13 luglio 2006, aveva respinto il reclamo proposto dall'avv. E.C. F. contro il decreto con cui il Tribunale di Torino aveva dichiarato inammissibile la domanda di liquidazione delle competenze per l'attività stragiudiziale dal medesimo svolta quale difensore di una parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato. L'istanza era stata respinta sul rilievo che, ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, il patrocinio a spese dello Stato è previsto per l'attività giudiziale e non pure per quella stragiudiziale.

[4] La norma, (*Ambito di applicabilità*), prevede al primo comma: "1. *L'ammissione al patrocinio è valida per ogni grado e per ogni fase del processo e per tutte le eventuali procedure, derivate ed accidentali, comunque connesse*".

[5] Secondo l'art. 10, "Il patrocinio a spese dello stato è altresì esteso ai procedimenti stragiudiziali, alle condizioni previste dalla presente direttiva, qualora l'uso di tali mezzi sia richiesto dalla legge ovvero quando il giudice vi abbia rinviato le parti in causa".

[6] In *Foro It.*, 2016, p. 1319, con nota di D. Dalfino, *Mediazione e opposizione a decreto ingiuntivo: quando la Cassazione non è persuasiva*; in *Giur. it.*, 2016, p. 71, con nota di E. Benigni, *Mediazione e opposizioni a decreto ingiuntivo: onerato dell'avvio è l'opponente*.

[7] In www.101mediatori.it

[8] Tutte in mondoadr.it

[9] In www.expartecreditoris.it