

# MEDIAZIONE nelle CONTROVERSIE CIVILI e COMMERCIALI: ASPETTI NORMATIVI e FISCALI

*La mediazione si propone quale strumento giuridico finalizzato alla deflazione del sistema giudiziario. Con l'intervento di un soggetto, terzo e qualificato, le parti cercheranno di giungere ad un accordo stragiudiziale condiviso.*

di **LUIGI FERRAJOLI**

avvocato e dottore commercialista – Studio Ferrajoli Legale Tributario in Bergamo e Brescia

Il D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, concernente la mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 53 del 5 marzo 2010, introduce una disciplina generale della mediazione, sancendo la natura di condizione di procedibilità dell'azione civile. <sup>(1)</sup>

Il riferito testo normativo nasce dall'esigenza di dare attuazione, in ambito nazionale, alla legge delega 18 giugno 2009 e, in ambito comunitario, alla Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, 2008/52/Ce che ha imposto agli Stati Membri l'introduzione dell'istituto della mediazione, con termine per l'adempimento al 21 maggio 2011.

Il testo di legge si propone, così come evidenziato nell'analisi tecnico normativa del decreto, di «anticipare l'implementazione della normativa comunitaria e cogliere l'occasione per emanare un testo di riferimento organico in un settore dove l'esperienza auto regolativa di

*soggetti pubblici e privati ha già diffuso sistemi di composizione stragiudiziale delle controversie, ancora tuttavia disomogenei».*

Il decreto costituisce, inoltre, «l'occasione per generalizzare la mediazione ed assorbire la fattispecie normativa pilota del settore, e cioè quella degli organismi per la conciliazione societaria di cui al D.Lgs. 5/2003 che infatti vengono contestualmente abrogati».

L'evidente intento legislativo sottostante alla legge consiste nel tracciare una struttura unitaria ed omogenea, oltre che razionale, di norme al fine di favorire una nuova forma di composizione delle liti efficace ed alternativa a quella ordinaria, con lo scopo principale di facilitare l'accesso alla giustizia ed alleggerire il carico delle Corti di merito.

La legge prevede, da un lato, che l'esperimento della mediazione sia condizione di procedibilità <sup>(2)</sup> del processo civile avente il medesimo oggetto, limitatamente ad alcune materie vertenti su diritti disponibili, dall'altro ammette alcune agevolazioni di natura fiscale, nonché la garanzia di riservatezza.

Il testo di legge introduce, inoltre, una disciplina delle spese processuali del giudizio seguente l'insuccesso della mediazione tale da sanzionare la parte che abbia ingiustificata-

<sup>(1)</sup> Con l'entrata in vigore del decreto in esame, vengono espressamente abrogati gli artt. 38, 39 e 40, D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, in materia di conciliazione nel settore societario e dell'intermediazione finanziaria.

<sup>(2)</sup> Le norme relative alla condizione di procedibilità andranno applicate ai processi instaurati dopo dodici mesi dalla data in cui il decreto entrerà effettivamente in vigore.

## MEDIAZIONE

mente rifiutato la proposta conciliativa cui la fase stragiudiziale era in effetti arrivata.

## MEDIAZIONE, MEDIATORE e CONCILIAZIONE

L'art. 1, D.Lgs. 28/2010 fornisce un elenco di definizioni utili a tracciare un confine netto tra conciliazione e mediazione, laddove sancisce che «*la conciliazione è la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione*».

La **mediazione** consiste nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia ovvero nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa. La **conciliazione** è, invece, la **composizione positiva della disputa**, a cui si giunge per effetto dello svolgimento del procedimento di mediazione.

Qualora si raggiunga un accordo amichevole, attraverso l'opera del mediatore, si redige **processo verbale** <sup>(3)</sup> che viene allegato al testo dell'accordo e che costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Nell'ipotesi in cui la conciliazione non abbia luogo, invece, il decreto prevede la possibilità che il mediatore formuli un **proposta conciliativa**, possibilità che si trasforma in obbligo solo quando le parti ne facciano concorde richiesta.

Consentendo al mediatore di formulare una proposta, la parte contraria resta libera di rifiutarla, ma è indotta a valutare attentamente tale possibilità e a farlo secondo buona fede, per non incorrere nel rischio di dover sostenere le spese processuali ex art. 13 del decreto.

Il **mediatore** viene definito come la persona o le persone fisiche, terze ed imparziali, che conducono il procedimento di mediazione e che sono chiamati ad operare per la composizione della controversia, senza però essere dotati del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio stesso.

Il motivo per cui i mediatori sono privi di

**poteri decisionali** si rinviene nella natura informale e primariamente facilitativa dell'attività di mediazione, differenziandosi perciò da forme arbitrali o para-arbitrali di decisione della controversia.

I mediatori appartengono ad **organismi pubblici o privati**, iscritti in un apposito registro, presso i quali può svolgersi la mediazione, con la conseguenza che al fine di attribuire alla conciliazione gli effetti stabiliti dal decreto, nonché al fine di permettere alle parti di avvalersi dei vantaggi fiscali dell'accordo, la procedura della mediazione non può essere condotta da conciliatori liberi professionisti o da enti che non siano organismi di conciliazione iscritti nell'apposito registro ministeriale.

L'art. 9 del decreto prescrive il **dovere di riservatezza** in capo al soggetto che presta la propria opera o il proprio servizio nell'organismo, con specifico riferimento alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite.

In particolare, per il mediatore il dovere di riservatezza si estende alle **parti del procedimento**, rispetto alle dichiarazioni ed alle informazioni che egli ha accolto da ciascuna di esse durante le sessioni separate tenute. Il riferito dovere di segretezza rispetto alle **dichiarazioni rese separatamente** può peraltro essere derogato dalle parti, rientrando pienamente nella loro disponibilità negoziale.

L'art. 10 prevede, inoltre, l'**inutilizzabilità in giudizio** delle dichiarazioni rese o delle informazioni acquisite nel corso della mediazione, nel caso di insuccesso del procedimento di mediazione e di proposizione della domanda giudiziale avente lo stesso oggetto. Non è altresì ammessa prova testimoniale su tali dichiarazioni o informazioni.

Il secondo comma dell'art. 10 vieta, infine, al mediatore di **deporre** sulle dichiarazioni e sulle informazioni conosciute nel procedimento di mediazione, né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità.

<sup>(3)</sup> Il verbale di accordo deve essere omologato dal Presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo ovvero, nell'ipotesi di esecuzione transfrontaliera, nel cui circondario l'accordo deve essere eseguito.

## **CLASSIFICAZIONI della MEDIAZIONE**

Per comodità di lettura e di comprensione del testo normativo, è possibile distinguere diversi tipi di mediazione in base allo scopo ed alla condizione di proponibilità dell'azione giudiziaria.

Per quanto concerne lo scopo, la mediazione può essere, infatti, di due tipi: **facilitativa**, nel caso in cui le parti siano aiutate a raggiungere un accordo anche amichevole sul loro rapporto in funzione dei rispettivi interessi, oppure **aggiudicativa**, quando viene proposta una risoluzione delle controversie distribuendo torti o ragioni.

La mediazione si distingue, inoltre, in **obbligatoria**, **facoltativa** e **demandata dal Giudice**.

La **mediazione obbligatoria** costituisce condizione necessaria per poter avviare un processo e riguarda un catalogo di situazioni riguardanti diritti disponibili.

In particolare l'art. 5, D.Lgs. 28/2010 prevede per le **controversie civili e commerciali** vertenti su **diritti disponibili** che chi intenda esercitare in giudizio un'azione relativa a controversie in materia di **condominio**, **diritti reali**, **divisione**, **successioni ereditarie**, **patti di famiglia**, **locazione**, **comodato**, **affitto di aziende**, **risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti**, da **responsabilità medica** e da **diffamazione con il mezzo della stampa** o con altro mezzo di **pubblicità**, **contratti assicurativi**, **bancari e finanziari**, è tenuto preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione.

L'esperimento del procedimento di mediazione è **condizione di procedibilità della domanda giudiziale**, nel senso che la parte che intende agire in giudizio ha l'onere di tentare la mediazione ed il Giudice, qualora rilevi (su eccezione di parte nella prima difesa o d'ufficio entro al prima udienza) che la mediazione non è stata tentata o che non

è decorso il tempo massimo per il suo completamento (quattro mesi), fissa una nuova udienza dopo la scadenza di detto termine per la mediazione, al fine di consentirne lo svolgimento.

Qualora la mediazione non fosse ancora iniziata, il Giudice deve assegnare un **termine di quindici giorni** per la presentazione della domanda ad un organismo iscritto.

È stato correttamente evidenziato <sup>(4)</sup> che, in mancanza di confini certi in ordine alle materie oggetto di mediazione obbligatoria, è consigliabile al fine di evitare eccezioni o rilevazioni d'ufficio di improcedibilità della causa avanti il Tribunale, **esperire la procedura di mediazione anche nei casi dubbi**.

Ad esempio, il preventivo esperimento di mediazione risulta di **incerta applicazione** in una qualunque questione attinente alla compravendita di un bene immobile appartenente ad un fabbricato condominiale, dall'ammontare del prezzo all'esistenza di vizi e difetti della cosa compravenduta o all'interpretazione ed esecuzione di un contratto di appalto, quando committente sia il condominio.

Corre obbligo precisare che non viene in alcun modo precluso l'accesso alla giustizia ordinaria in ipotesi di **insuccesso della mediazione**, alla quale viene posto un limite temporale massimo di quattro mesi.

Va precisato che nelle materie in cui è obbligatoria, la mediazione sollecitata dal Giudice non è impedita o vietata dal fallimento del procedimento esperito inizialmente, in quanto il Giudice può individuare nuovi spazi di **composizione della controversia** invitando le parti alla loro valutazione.

La **mediazione facoltativa**, invece, ricorre quando le parti scelgono liberamente la via della composizione stragiudiziale della lite.

In forza di quanto disposto dall'art. 5, D.Lgs. 28/2010, le norme contenute nel riferito decreto non si applicano nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, nei procedimenti possessori, nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata, in quelli in camera di consiglio ed infine nell'azione civile esercitata nel processo penale.

<sup>(4)</sup> G. Marzocchi, «Il nuovo procedimento di mediazione», in *Immobili e proprietà*, n. 5/2010, pag. 309.

MEDIAZIONE

Sul punto la dottrina <sup>(5)</sup> ha evidenziato che le esclusioni rispetto all'obbligatorietà sancita all'art. 5 non sono sufficientemente ampie e non abbracciano anche il caso di devoluzione ad arbitri della lite ricadente nelle materie contemplate nei commi 1 e 2 del citato decreto.

Nella mediazione demandata dal Giudice, quest'ultimo può invitare le parti a risolvere il loro conflitto davanti agli organismi di conciliazione, ai sensi dell'art. 5, co. 2, quando la natura della causa e le risultanze dell'istruttoria lo suggeriscano.

In tale ultima ipotesi il Giudice di merito, di primo o secondo grado, valuta se formulare l'invito in base allo stato del processo, alla natura della causa ed al comportamento delle parti, onde non favorire dilazioni. Se le parti aderiscono all'invito del Giudice, questi provvede a fissare una nuova udienza dopo la scadenza del termine per la mediazione.

**ACCESSO alla PROCEDURA di MEDIAZIONE**

Il dettato normativo offre interessanti spunti di riflessione in ordine alla natura e la finalità dell'istituto in esame. Secondo quanto evidenziato dalla relazione illustrativa al decreto, infatti, chiunque può accedere senza particolari formalità, anche senza l'assistenza di un difensore abilitato, alla procedura di mediazione di una controversia civile o commerciale, purché si tratti di diritti disponibili.

Non è prevista, dunque, una struttura rigida e predeterminata della mediazione che si affida piuttosto all'esperienza autoregolativa di quei soggetti pubblici e privati che nel tempo hanno dato vita ad esperienze di mediazione stragiudiziale di buon successo e che hanno costituito, pertanto, il punto di riferimento per l'intervento del legislatore delegato.

Tale assunto trova evidente dimostrazione nel fatto che gli organismi di mediazione devono disciplinare la procedura con loro regolamenti, donde l'intervento statale viene minimizzato nella disciplina del concreto esercizio dell'attività di mediazione.

**PROCEDIMENTO**

La procedura di mediazione prende avvio **domanda di mediazione** <sup>(6)</sup> consiste nella presentazione di un'apposita istanza, che deve necessariamente indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa, presso un organismo, ovvero sia un ente pubblico o privato presso il quale può svolgersi il procedimento di mediazione. <sup>(7)</sup>

Qualora, rispetto alla stessa controversia, siano state proposte più domande di mediazione, il Legislatore ha optato per il criterio **selettivo oggettivo della prevenzione**, per cui il procedimento di mediazione si deve svolgere davanti all'organismo presso il quale è stata depositata la prima domanda.

All'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti entro quindici giorni dal deposito dell'istanza. La domanda e la data del primo incontro devono essere comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante.

L'art. 11, co. 6, prevede che la mancata partecipazione alla mediazione in assenza di un giustificato motivo comporta una sanzione tesa ad incentivare la partecipazione alla mediazione, nel senso che il Giudice può nel successivo eventuale giudizio trarne argomenti di prova.

Il procedimento di mediazione ha una durata massima di quattro mesi, a decorrere dalla data di deposito della domanda di mediazione,

<sup>(5)</sup> C. Consolo, «La improcrastinabile radicale riforma della Legge Pinto, la nuova mediazione ex. D.Lgs. n. 28 del 2010 e l'esigenza del dialogo con il Consiglio d'Europa sul rapporto fra Repubblica Italiana e art. 6 CEDU», in *Corriere Giuridico*, n. 4/2010, pag. 425.

<sup>(6)</sup> All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto ad informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione e delle agevolazioni fiscali che verranno approfonditamente trattate nei paragrafi successivi. Non solo, l'avvocato deve informare il cliente dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Le riferite informazioni devono essere comunicate per iscritto, altrimenti il contratto tra avvocato e assistito è annullabile ed il relativo contratto, sottoscritto dal cliente, deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio.

<sup>(7)</sup> La relazione illustrativa al decreto sottolinea che il Legislatore ha deliberatamente deciso di non stabilire un criterio di competenza in senso proprio, così da evitare un'impropria giurisdizionalizzazione della sequenza che avrebbe altrimenti alimentato contrasti e imposto criteri per la risoluzione dei conflitti. Ne consegue che le parti possono liberamente scegliere di investire, concordemente o singolarmente, l'organismo che ritengono maggiormente affidabile.

ovvero dalla scadenza del termine fissato dal Giudice per il deposito della stessa.

Corre obbligo rilevare che l'art. 5, co. 6, D.Lgs. 28/2010 prevede che la domanda di mediazione produce, dal momento della comunicazione alle altre parti, gli stessi effetti della domanda giudiziale in ordine alla decorrenza del periodo di prescrizione e all'impedimento della decadenza, con l'avvertenza che l'effetto impeditivo della decadenza opera una sola volta e che, se il tentativo fallisse, la domanda giudiziale dovrà essere proposta entro il medesimo termine di decadenza già stabilito, ma la sua decorrenza parte dal deposito del verbale di conciliazione presso la segreteria dell'organismo.

## **REGIME FISCALE**

L'art. 17, D.Lgs. 28/2010 determina un regime fiscale agevolato nell'ambito del procedimento di mediazione.

Al fine di promuovere ed incoraggiare la conciliazione, infatti, il Legislatore ha previsto che tutti gli atti, documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento di mediazione siano esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura.

Parimenti il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di € 50.000 altrimenti l'imposta è dovuta per la parte eccedente.

L'art. 20 riconosce, inoltre, alle parti che corrispondono l'indennità ai soggetti abilitati a svolgere il procedimento di mediazione un credito d'imposta commisurato all'indennità stessa pari ad € 500 qualora si perfezioni la mediazione, pari ad € 250 in caso di insuccesso.

Il credito d'imposta deve essere indicato nella dichiarazione dei redditi ed è utilizzabile a decorrere dalla data di ricevimento della comunicazione da parte del Ministero della Giustizia dell'importo del credito d'imposta.

Il credito di imposta non dà luogo a rimborso e non concorre alla formazione del reddito ai fini delle imposte sui redditi, né del valore della produzione netta ai fini dell'imposta

regionale sulle attività produttive.

Il Legislatore ha, infine, previsto un ulteriore meccanismo di incentivo alla mediazione legato alle spese del processo eventualmente instaurato dopo l'insuccesso della stessa.

In particolare l'art. 13 del decreto stabilisce che la parte che ha rifiutato la proposta di conciliazione possa vedersi addossare le conseguenze economiche del processo, anche se vittoriosa, quando vi sia piena coincidenza tra il contenuto della proposta ed il provvedimento che definisce il giudizio.

La disciplina delle spese processuali viene dunque intesa come risposta dell'ordinamento alla strumentalizzazione tanto della mediazione che del servizio-justizia.

La riferita disciplina prevede, in sostanza, una rilevante eccezione al principio della soccombenza e stabilisce, in caso di coincidenza tra proposta e provvedimento, che la parte vittoriosa non possa ripetere le spese sostenute, sia condannata al rimborso di quelle sostenute dalla controparte e sia anche soggetta al pagamento di una somma di denaro a titolo di sanzione pecuniaria processuale in misura corrispondente all'entità del contributo unificato dovuto per quella tipologia di causa.

Il comma 2 stabilisce che il Giudice, anche quando non vi sia piena coincidenza tra il contenuto della proposta e del provvedimento che definisce il giudizio, ma concorrano gravi ed eccezionali ragioni, può escludere in favore della parte vincitrice la ripetizione, parziale o integrale, delle spese inerenti il procedimento di mediazione.

## **CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE**

Il nuovo istituto della mediazione si propone quale strumento giuridico finalizzato alla deflazione del sistema giudiziario. Attraverso la mediazione le parti tra le quali è sorta una controversia cercheranno attraverso l'operato di un soggetto terzo e qualificato, qual è il mediatore, di giungere ad un accordo condiviso.

I vantaggi dovrebbero essere legati alla veloci-

## MEDIAZIONE

tà, in quanto il procedimento di mediazione deve concludersi entro centoventi giorni, all'economicità, dal momento che non è necessario essere assistiti da avvocati e ad alcune ragioni fiscali, essendo previsto un incentivo automatico sul credito d'imposta e sulle tasse di registro. L'aspetto di maggior criticità della

normativa, tuttavia, è rinvenibile nella preoccupazione che, a dispetto dell'intento sicuramente apprezzabile ed ambizioso di introdurre una risoluzione alternativa delle controversie, si verifichi il rischio di aver introdotto un meccanismo barocco e sostanzialmente di efficacia controproducente.