

***Mediazione e conciliazione nel d.leg. 28/2010 e nel d.m. 180/2010:
il dovere di informazione e la valutazione della proposta***

SEMINARIO

MEDIAZIONE: L'AVVOCATO NELLA PROCEDURA
Aspetti normativi e operativi

ROMA, 11 DICEMBRE 2010
Complesso Monumentale di Santo Spirito in Sassia
Borgo Santo Spirito n. 2

* * * * *

Sommario: 1.- Premessa generale. 2.- Il «dovere» del difensore di informare l'assistito: funzione e struttura. 2.1.- «All'atto di conferimento dell'incarico». 2.2.- «E' tenuto ad informare». 2.3.- «L'assistito». 2.4.- «Chiaramente e per iscritto». 2.5.- Le conseguenze dell'inosservanza del dovere di informazione. 2.5.1.- Regime dell'annullabilità: legittimazione, prescrizione, eccezione di annullamento, convalida, ripetizioni, risarcimento del danno. 2.6.- Dovere di allegazione e conseguenze della sua inosservanza. 2.7.- Dovere di informazione e onere di effettività. 3.- La proposta del mediatore: funzione e contenuto. 3.1.- La proposta su iniziativa del mediatore e su richiesta delle parti. 3.2.- La valutazione della proposta. 3.2.1.- Rifiuto della proposta, conseguenze sul regime delle spese giudiziali e possibile corrispondenza al contenuto della sentenza. 3.2.2. Ulteriori parametri valutativi della proposta.

1.- Premessa generale.

L'introduzione dell'istituto della «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali» di cui al d.leg. 4 marzo 2010, n. 28 (*Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*) e al d.m. 18 ottobre 2010, n. 180 (*Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*)¹⁾, costituisce una novità nel nostro ordinamento, al quale non erano sconosciute né la *mediazione* né la *conciliazione*, ma l'una e l'altra vivevano, per così dire, di vita propria e con vesti diverse da quelle attuali.

¹⁾ Sul quale v. S. IZZO, *La mediazione nella disciplina di attuazione*, in *Futuro, giustizia azione, collettiva, mediazione*, a cura di Conte-Vigoriti, Torino, 2010, p. 505 ss.

Lo spirito più genuino di tale istituto richiederebbe che la soluzione del conflitto fosse ricercata non già in ottica processualistica, ossia in vista dell'attuazione dei diritti, bensì secondo schemi meno ingessati e volti a favorire la soddisfazione dei reali interessi delle parti, che difficilmente emergerebbero in sede giurisdizionale ²⁾. Questo profilo, forse più degli altri, rappresenta una vera e propria scommessa, non soltanto per l'elevata domanda di giustizia, ma anche per la notevole difficoltà di superare coordinare l'esigenza su indicata con la presenza di alcuni ostacoli, quali l'atteggiamento preconconcetto spesso ricorrente in fase di "amichevole composizione" ³⁾ ovvero talune gravi o ambigue previsioni della normativa di nuovo conio.

La «mediazione finalizzata alla conciliazione» può funzionare ed essere ampiamente proficua, sia sul piano deflativo sia sul piano qualitativo. A tal fine, però, occorre puntare e investire le energie non soltanto sulla funzionalità e l'organizzazione degli organismi preposti alla formazione e alla mediazione, ma anche, necessariamente, per un verso, sulla predisposizione di strumenti idonei alla diffusione della "cultura della mediazione", per un altro, sulla professionalità e qualificazione dei mediatori e dei soggetti operanti nell'ambito del procedimento ⁴⁾.

Sotto questi profili, assumono indubbia rilevanza, rispettivamente, il dovere di informazione dell'assistito da parte dell'avvocato della possibilità ovvero della obbligatorietà, in determinate ipotesi, del procedimento di mediazione quale alternativo mezzo di "accesso alla giustizia", e la formulazione della proposta conciliativa da parte del mediatore, di sua iniziativa ovvero su richiesta congiunta delle parti.

Infatti, è evidente che:

a) l'avvocato, nell'atto di informare l'assistito, è chiamato non semplicemente ad illustrare la normativa vigente (né tanto meno a far meramente sottoscrivere l'apposito documento informativo), ma anche, e forse soprattutto, a spiegare il significato e la portata

²⁾ Su questi profili, v. soprattutto F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 1201 ss., anche per i significativi esempi riportati.

³⁾ Sui possibili ostacoli di carattere psicologico che possono frapporsi alla ricerca di una soluzione amichevole della controversia, v. P.L. NELA, *Tecniche della mediazione delle liti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, p. 1017 ss.

⁴⁾ Cfr., se vuoi, D. DALFINO, *La "nuova" mediazione in materia civile e commerciale nel contesto delle ADR*, in corso di pubblicazione in *Giusto proc. civ.*

dell'istituto, consigliando la migliore strategia difensiva e indicando le eventuali specificità del singolo procedimento di conciliazione;

b) la formulazione della proposta presuppone che il mediatore, da un lato, conosca a fondo i termini della controversia e le principali problematiche ad essa relative, dall'altro, rifugga un atteggiamento troppo proteso a suggerire soluzioni; sotto entrambi gli aspetti, l'aggiornamento nelle materie individuate dal d.m. 180/2010 riveste fondamentale importanza e sensibilizza il terzo imparziale. Inoltre, la formulazione della proposta, anche quando venga effettuata su richiesta congiunta delle parti, richiede una adeguata capacità di valutazione in capo alle parti stesse (e con esse, agli avvocati) in ordine a quello che si ottiene accettandola e a quello che si perde rifiutandola.

2.- Il «dovere» del difensore di informare l'assistito: funzione e struttura.

A proposito del «dovere» del difensore di informare l'assistito, vanno menzionati:

- il considerando 25 della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio in relazione «a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale», secondo cui *«gli Stati membri dovrebbero incoraggiare la divulgazione al pubblico di informazioni su come contattare mediatori e organizzazioni che forniscono servizi di mediazione. Dovrebbero inoltre incoraggiare i professionisti del diritto a informare i loro clienti delle possibilità di mediazione»*, nonché l'art. 9 della medesima direttiva, secondo cui *«gli Stati membri incoraggiano, in qualsiasi modo ritengano appropriato, la divulgazione al pubblico, in particolare via Internet, di informazioni sulle modalità per contattare i mediatori e le organizzazioni che forniscono servizi di mediazione»*;

- l'art. 40 codice deontologico forense, secondo cui l'avvocato ha l'obbligo di *«informare chiaramente il proprio assistito all'atto dell'incarico delle caratteristiche e dell'importanza della controversia o delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzione possibili»*;

- l'art. 60, 3° comma, lett. n), l. 69/09 che attribuisce al Governo il compito di *«prevedere il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del*

giudizio, della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione»⁵⁾;

- l'art. 4, 3° comma, d.leg. 28/10, secondo cui «All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito è annullabile. Il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione»⁶⁾.

Le indicazioni non sono omogenee: da un lato, la direttiva prevede un semplice incoraggiamento ad informare, dall'altro, il codice deontologico, la legge delega e il decreto legislativo, sia pure a fini non coincidenti, introducono un vero e proprio *dovere*. A ben vedere, oltretutto, diversi sono i destinatari di tali indicazioni, poiché la direttiva si rivolge agli Stati membri⁷⁾, mentre i testi nazionali individuano un onere per l'avvocato.

In ogni caso, come anticipato, in tali previsioni può leggersi sicuramente l'intento di diffondere il più possibile il ricorso a meccanismi conciliativi e quindi, la “cultura della mediazione”; sebbene non possa non essere sottolineato che appare non perfettamente

⁵⁾ Cfr. F.P. LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in www.judiciuim.it, secondo cui il criterio di cui all'art. 60, 3° comma, lett. n), l. 69/2009 rappresentava una previsione diretta proprio a favorire la divulgazione della cultura della mediazione.

⁶⁾ Per il modello di informativa, v. <http://www.consiglionazionaleforense.it/on-line/Home/BancaDation-line/Inevidenza/articolo6379.html>. Il modello è unico sia per le ipotesi in cui il procedimento di mediazione preliminare sia obbligatorio sia per quelle in cui è facoltativo. Sennonché, poiché la condizione di procedibilità connessa alle prime sarà operativa soltanto a partire del 20 marzo 2011, l'informativa, sino a tale data, avrà comunque ad oggetto attività di carattere facoltativo (anche se si tratta di controversie rientranti nelle materie elencate nell'art. 5, 1° comma), per le quali il procedimento di mediazione *può* essere esperito innanzi agli Organismi di conciliazione attualmente istituiti e funzionanti. Va poi aggiunto che il Cnf, pur non essendo richiesto dal decreto, ha consigliato per ragioni di opportunità di far riferimento all'avvenuto espletamento dell'obbligo di informazione del cliente da parte dell'avvocato anche nel mandato alle liti.

⁷⁾ V., a tal proposito, l'art. 21 d.leg. 28/2010, secondo cui «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, in particolare via internet, di informazioni sul procedimento di mediazione e sugli organismi abilitati a svolgerlo».

coerente imporre all'avvocato il dovere di contribuire a tale diffusione e allo stesso tempo consentire (almeno in astratto, perché con tutta probabilità in concreto ciò non avverrà) che il procedimento di mediazione si svolga anche senza la sua assistenza ⁸⁾).

2.1.- «All'atto di conferimento dell'incarico».

L'art. 4, 3° comma, cit. individua ne «l'atto di conferimento dell'incarico» il momento in cui l'avvocato deve fornire l'informazione al proprio assistito ⁹⁾).

Il testo della disposizione – che, come indicato dall'Ufficio Studi del Cnf nella circolare del 15 marzo 2010, riguarda gli incarichi conferiti in data successiva all'entrata in vigore del d.leg. 28/2010, vale a dire dopo il 20 marzo 2010 – nella sua attuale formulazione modifica la previsione contenuta nello schema di decreto legislativo approvato dal Consiglio dei ministri nell'ottobre del 2009, secondo cui l'avvocato era chiamato a fornire l'informazione durante «il primo incontro con l'assistito».

Lo spostamento dell'obbligo in parola al momento del conferimento dell'incarico appare quanto mai opportuno, poiché libera da inutili formalismi e pastoie il primo contatto tra avvocato e assistito e consente un esame e una valutazione della fattispecie più “rilassato” ¹⁰⁾).

Dunque, se è chiaro che l'atto di conferimento dell'incarico presuppone un preliminare incontro tra l'avvocato e l'assistito, nel quale il primo apprende dal secondo i termini della “controversia”, è altrettanto chiaro che il conferimento dell'incarico non coincide affatto con il rilascio della procura *ad litem*. Infatti, la giurisprudenza distingue quest'ultima, quale negozio unilaterale, dal contratto di patrocinio, quale negozio bilaterale rientrante nella figura del mandato ¹¹⁾). Ne consegue che per il corretto espletamento del dovere di informazione

⁸⁾ Cfr. G. TRISORIO LIUZZI, *La nuova disciplina della mediazione. Gli obblighi informativi dell'avvocato*, in corso di pubblicazione in *Giusto proc. civ.*, § 3.

⁹⁾ Il dovere di informazione si aggiunge all'obbligo informativo di cui al d.leg. 196/2003, in materia di protezione dei dati personali.

¹⁰⁾ Cfr., se vuoi, D. DALFINO, *Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali»*, in *Rass. forense*, 2010, 1, 55., nonché L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 580.

¹¹⁾ Cfr. Cass. 16 giugno 2006, n. 13963, secondo cui in tema di attività professionale svolta da avvocati, mentre la procura *ad litem*, costituisce un negozio unilaterale con il quale il difensore viene investito del potere di rappresentare la parte in giudizio, il mandato sostanziale costituisce un negozio bilaterale (c.d. contratto di patrocinio) con il quale il professionista viene incaricato, secondo lo schema negoziale che è proprio del mandato, di svolgere la sua opera professionale in favore della parte; ne consegue che, ai fini della conclusione del contratto di patrocinio, non è indispensabile il rilascio di una procura *ad litem*, essendo questa necessaria solo

occorre che l'assistito sia messo al corrente della possibilità di ricorrere alla mediazione o delle ipotesi in cui questa costituisce condizione di procedibilità, in un momento anteriore al rilascio della procura e che a tal fine sottoscriva l'apposito documento informativo; la prassi di inserire l'informativa nella procura è valida nella misura in cui dà conferma di un'attività già espletata in precedenza, per dimostrare la quale occorrerebbe comunque allegare il menzionato documento sottoscritto dall'assistito ¹²⁾).

2.2.- «E' tenuto ad informare».

Come si è visto, mentre la direttiva si limita ad esortare gli Stati membri ad *incoraggiare l'informazione*, la normativa interna, a vario livello, stabilisce un vero e proprio *dovere* a carico dell'avvocato.

In particolare, quanto a quest'ultimo aspetto, le conseguenze della mancata informazione si apprezzano sia sul piano giuridico e sia su quello deontologico. Infatti, l'inosservanza del dovere comporta l'annullabilità del contratto di patrocinio (v. *infra* § 2.5.) e può determinare l'applicazione di una sanzione disciplinare.

Il dovere di informazione va adempiuto dall'avvocato sia nelle ipotesi in cui il procedimento di mediazione sia meramente facoltativo, sia in quelle in cui si ponga quale condizione di procedibilità dell'azione, mentre non sussiste nei casi in cui il decreto legislativo non si applica (diritti indisponibili) ¹³⁾ oppure dove manca uno spazio operativo per la mediazione (ad esempio, cause in materia fallimentare e in generale tutte le ipotesi in cui la domanda giudiziale rappresenta l'unico modo per ottenere una certa utilità sostanziale)

per lo svolgimento dell'attività processuale, e che non è richiesta la forma scritta, vigendo per il mandato il principio di libertà di forma; in particolare, nell'ipotesi in cui parte conferente sia l'organo rappresentativo di un ente pubblico (comune), il formale conferimento della procura alla lite e il concreto esercizio della rappresentanza processuale della parte configurano il perfezionamento in forma scritta del sottostante contratto di patrocinio.

¹²⁾ Cfr. anche U. PERFETTI, *Mediazione e conciliazione: aspetti sostanziali e deontologici*, in *Rass. forense*, 2010, 1, 33 s., secondo il quale «il riferimento generico nella delega potrà servire al giudice per omettere di convocare la parte innanzi a sé per avvisarla della facoltà di chiedere la mediazione quante volte il documento informativo non fosse stato allegato, per qualsiasi motivo, all'atto introduttivo del giudizio. Dichiarando di aver ricevuto l'informazione e firmando contemporaneamente la delega, la parte avrà infatti dimostrato di non voler profittare della mediazione e renderà inutile l'avviso da parte del giudice».

¹³⁾ Cfr. Trib. Varese ord. 9 aprile 2010, *Foro it.*, 2010, I, 2225, con nota di G. ARMONE e P. PORRECA, secondo cui nella controversia tra coniugi separati, avente per oggetto le modalità di affidamento della prole, non sussiste l'obbligo di informativa sulla possibilità di avvalersi dei procedimenti di mediazione finalizzata alla conciliazione, previsto, a carico dell'avvocato, dall'art. 4, 3° comma, d.leg. 28/2010.

¹⁴). Invece, il dovere va pure espletato nelle ipotesi di cui all'art. 5, 4° comma, d.leg. 28/2010, che esclude, totalmente o parzialmente ¹⁵), la sola applicabilità dei commi 1° (condizione di procedibilità) e 2° (mediazione delegata) ¹⁶).

Va anticipato, inoltre, che altro è la violazione del dovere di informazione altro la violazione del dovere di allegazione del documento informativo sottoscritto dall'assistito, non comportando quest'ultima alcuna forma di invalidità del contratto di patrocinio (né della procura alle liti).

2.3.- «L'assistito».

Ai sensi dell'art. 4, 3° comma l'avvocato deve informare l'*assistito*. La norma sembra non tener conto della distinzione tra “assistito” e “cliente”, che la giurisprudenza di legittimità non ignora e che comunque è contemplata dall'art. 35 del codice deontologico forense ¹⁷).

Infatti, la prima, sulla scorta della distinzione su menzionata tra contratto di patrocinio e procura *ad litem*, precisa talora che può non esservi corrispondenza tra colui che conferisce l'incarico e colui che rilascia la procura. In particolare, il primo assume propriamente la posizione di *cliente*, mentre il secondo di *assistito* ¹⁸).

Il canone citato prevede specificamente che l'incarico sia conferito all'avvocato «*dalla parte assistita o da altro avvocato che la difenda. Qualora sia conferito da un terzo che*

¹⁴) G. TRISORIO LIUZZI, *La nuova disciplina della mediazione*, cit. § 6.

¹⁵) Le ipotesi nelle quali non si applicano i commi 1° e 2° dell'art. 5 sono: a) i procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione; b) i procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'art. 667 c.p.c.; c) i procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'art. 703, 3° comma, c.p.c.; d) i procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata; e) i procedimenti in camera di consiglio; f) l'azione civile esercitata nel processo penale.

¹⁶) G. TRISORIO LIUZZI, *La nuova disciplina della mediazione*, cit., § 6.

¹⁷) Cfr. U. PERFETTI, *Mediazione e conciliazione*, cit., 25, anche per riferimenti alla giurisprudenza del Consiglio Nazionale Forense.

¹⁸) Cfr. Cass. 27 dicembre 2004, n. 24010, secondo cui ai fini di individuare il soggetto obbligato a corrispondere il compenso professionale al difensore, occorre distinguere tra rapporto endoprocessuale nascente dal rilascio della procura *ad litem* e rapporto che si instaura tra il professionista incaricato ed il soggetto che ha conferito l'incarico, il quale può essere anche diverso da colui che ha rilasciato la procura; in tal caso, chi agisce per il conseguimento del compenso ha l'onere di provare il conferimento dell'incarico da parte del terzo, dovendosi, in difetto, presumere che il cliente sia colui che ha rilasciato la procura; né rileva, nell'ipotesi di procura *ad litem* rilasciata congiuntamente a due diversi avvocati, il ruolo di dominus svolto dall'uno rispetto all'altro nell'esecuzione concreta del mandato, il quale attiene alle modalità di svolgimento della difesa ad opera dei due professionisti, e non all'incarico di patrocinio che, in base alla procura e in difetto di prova contraria, deve presumersi conferito ad entrambi; 8 giugno 1996, n. 5336; 6 dicembre 1988, n. 6631.

intenda tutelare l'interesse della parte assistita ovvero anche un proprio interesse, l'incarico può essere accettato soltanto con il consenso della parte assistita».

Da questi elementi sembra potersi dedurre che l'avvocato deve fornire l'informativa al soggetto che propriamente può essere definito *cliente*, cioè a colui che conferisce l'incarico e con il quale si instaura il contratto di patrocinio. Sarà cura, tuttavia, dell'avvocato dimostrare la dissociazione tra le due figure, nell'ipotesi in cui risulti in giudizio l'avvenuto espletamento del dovere di informazione nei confronti del *cliente* e non dell'*assistito* ¹⁹).

2.4.- «Chiaramente e per iscritto».

La informativa deve essere fornita in maniera “chiara” e “scritta”.

A tal fine, l'avvocato deve sottoporre all'*assistito* un documento avente il contenuto di cui all'art. 4, 3° comma (relativo, come detto, alla possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione e delle agevolazioni fiscali di cui agli art. 17 e 20 d.leg. 28/2010 e alle ipotesi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale).

A ben vedere, in concreto un problema relativo alla “chiarezza” del contenuto non dovrebbe porsi, una volta che l'avvocato decida di utilizzare e utilizzi il modello generale di informativa (elaborato dall'Ufficio Studi del CNF). Lo stesso è a dirsi in ordine alla forma scritta, requisito che risulta soddisfatto con la sottoscrizione del modello stesso.

Diversamente, questioni potrebbero sorgere laddove l'informativa fosse data oralmente ovvero fosse contenuta nella sola procura *ad litem* ovvero ancora non fosse allegato il documento informativo. Nel primo caso, la conseguenza dovrebbe essere la annullabilità del contratto di patrocinio (v. *infra* § 2.5.); nel secondo, la prassi già sembra orientata nel senso dell'inserimento nella procura non dell'informativa, ma della notizia dell'avvenuto espletamento del relativo dovere; nel terzo, la conseguenza non è l'annullabilità, bensì la necessità che il giudice informi la parte della possibilità di esperire il procedimento di mediazione ovvero rinvii la causa al fine di consentire l'espletamento della condizione di procedibilità.

¹⁹) Cfr. U. PERFETTI, *Mediazione e conciliazione*, cit., 26, secondo il quale sarebbe opportuno «redigere un doppio documento informativo da far sottoscrivere sia all'*assistito*, sia al *cliente*; il primo da produrre in giudizio per evitare le conseguenze processuali collegate alla mancata dimostrazione dell'avvenuta informazione, il secondo da conservare per resistere all'eventuale azione di annullamento del contratto di patrocinio che intendesse promuovere in futuro il *cliente*».

2.5.- Le conseguenze dell'inosservanza del dovere di informazione.

Lo schema di decreto legislativo approvato dal Consiglio dei ministri nell'ottobre del 2009 stabiliva che la violazione del dovere di informazione da parte dell'avvocato comportasse la nullità del contratto concluso con l'assistito («nullità di protezione», come definita nella relazione di accompagnamento). Invece, l'attuale formulazione dell'art. 4, 3° comma, prevede la più blanda sanzione dell'*annullabilità*, rimessa in quanto tale alla iniziativa della parte interessata e non rilevabile d'ufficio.

La legge delega non prevedeva alcunché al riguardo, sicché qualche autore ha ritenuto che la disposizione sia (ma già tale valutazione era stata espressa in relazione allo schema di decreto) incostituzionale per eccesso di delega²⁰).

La sanzione, in ogni caso, riguarda il *contratto d'opera professionale*, non la procura *ad litem*, stante la più volte rilevata autonomia di quest'ultima, quale atto disciplinato dalla legge processuale, rispetto alle sorti del primo. Il che, come si vedrà, comporta non secondarie conseguenze in ordine al problema delle restituzioni (v. *infra* § 2.5.1.).

V'è da rilevare, tuttavia, che in tema di intermediazione finanziaria, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario (nella specie, in base all'art. 6 l. n. 1 del 1991) può dar luogo non alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (c.d. «nullità virtuale»), bensì alla responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove la violazione avvenga nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (c.d. «contratto quadro», il quale, per taluni aspetti, può essere accostato alla figura del mandato). Diversamente può dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto suddetto, ove la violazione riguardi le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del «contratto quadro». In ogni caso, deve escludersi che, mancando una esplicita previsione normativa, la violazione dei menzionati doveri di

²⁰) Cfr. G. MONTELEONE, *La mediazione "forzata"*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 21; U. PERFETTI, *Mediazione e conciliazione*, cit., 27; G. TRISORIO LIUZZI, *La nuova disciplina della mediazione*, cit., § 8.

comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, 1° comma, c.c., la nullità del c.d. «contratto quadro» o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso ²¹⁾).

Rispetto a tale orientamento, c'è chi ha ritenuto la previsione della annullabilità del contratto di patrocinio contenuta nel d.leg. 28/2010 in evidente contrasto ²²⁾.

Sul piano deontologico, l'avvocato che all'atto dell'incarico ometta di informare l'assistito in maniera chiara delle caratteristiche e dell'importanza della controversia o delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzione possibili, incorre nella violazione del già menzionato art. 40 del codice deontologico forense. La disposizione, tuttavia, non richiede la forma scritta; sicché, si potrebbe essere indotti a ritenere che l'avvocato possa limitarsi ad informare l'assistito oralmente senza che ciò comporti conseguenze sul piano disciplinare. Non può non osservarsi, d'altra parte, che per sottrarsi a tali conseguenze egli dovrebbe essere in grado di dimostrare di aver comunque fornito l'informazione ²³⁾, il che non sarebbe compito sempre agevole. Non è da escludere, tuttavia, anche un'interpretazione diversa, suggerita proprio dalla chiara lettera del decreto legislativo, in base alla quale ritenere che anche ai fini disciplinari sia richiesta la forma scritta.

2.5.1.- Regime dell'annullabilità: legittimazione, prescrizione, eccezione di annullamento, convalida, ripetizioni, risarcimento del danno.

La scelta per l'annullabilità del contratto di patrocinio dovrebbe comportare l'applicazione del regime di cui agli art. 1441 ss. c.c.

Pertanto, la relativa azione può essere promossa soltanto dalla parte nel cui interesse l'annullamento è stabilito dalla legge, vale a dire dall'assistito, il quale potrebbe agire contro l'avvocato, ad esempio, al fine di ottenere la restituzione di quanto versatogli in acconto.

Più probabile sembra, tuttavia, l'ipotesi che sia l'avvocato ad agire nei confronti dell'assistito per il pagamento del proprio compenso professionale. L'assistito, convenuto in giudizio, potrebbe opporre in via d'eccezione l'annullamento del contratto per inosservanza del dovere di informazione, ai sensi dell'art. 1442, ultimo comma, c.c., anche se fosse prescritta la relativa azione (non essendosi attivato l'assistito stesso entro cinque anni dal

²¹⁾ Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, *Foro it.*, 2008, I, 794, con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*.

²²⁾ U. PERFETTI, *Mediazione e conciliazione*, cit., 27.

²³⁾ Cfr. anche U. PERFETTI, *Mediazione e conciliazione*, cit., 37.

giorno della conclusione del contratto: cfr. l'art. 1442, 1° e 3° comma, c.c.). Peraltro, la clausola con cui si stabilisse che una delle parti non può opporre eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta, non avrebbe effetto per l'eccezione di annullabilità del contratto (cfr. l'art. 1462, 1° comma, c.c.).

Inoltre, il contratto di patrocinio potrebbe essere convalidato espressamente con la sottoscrizione del documento informativo in un momento successivo al conferimento dell'incarico, qualora l'assistito esprimesse la propria intenzione di convalidare il contratto stesso (cfr. l'art. 1444, 1° comma, c.c.).

Molto più delicata, invece, appare l'ipotesi in cui l'assistito, al quale spettava l'azione di annullamento, abbia dato esecuzione al contratto, provvedendo, ad esempio, a corrispondere all'avvocato acconti sull'onorario ²⁴). Affinché il contratto possa ritenersi tacitamente convalidato, infatti, non basterebbe la mera condotta materiale dell'assistito, ma occorrerebbe che questi fosse a conoscenza del motivo di annullabilità e ciononostante avesse voluto darvi esecuzione (cfr. art. 1444, 2° comma, c.c.) ²⁵). A ciò si aggiunga che secondo la giurisprudenza, elemento rivelatore della volontà di convalidare il contratto può essere anche il comportamento posto in essere dalla controparte di accettazione e adesione alla prestazione dell'obbligato ²⁶). In dottrina, si è anche sostenuto che può aversi convalida tacita del contratto di patrocinio laddove l'assistito, ricevuta l'informazione per ordine del giudice, dia comunque esecuzione al contratto stesso ²⁷).

Infine, l'annullamento del contratto pone il problema delle *restituzioni*.

Orbene, deve ritenersi che: a) l'assistito possa agire per la ripetizione di quanto già corrisposto, ai sensi dell'art. 2033 c.c. ²⁸) ed eventualmente per il risarcimento del danno risentito, ai sensi dell'art. 1338 c.c., per non aver ricevuto notizia dall'avvocato di una causa di invalidità del contratto e per aver confidato, senza sua colpa, nella validità di quest'ultimo;

²⁴) Cfr. L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, cit., 582, secondo cui «sotto un profilo pratico la norma pare peraltro di impatto limitato, soprattutto ove si osservi che l'esecuzione del contratto ad opera della parte, resa edotta, tipicamente in prima udienza, del motivo di annullabilità, dovrebbe condurre nella maggior parte dei casi, alla ratifica del contratto, pur nato invalido, in applicazione della regola generale di cui all'art. 1444, secondo comma c.c.».

²⁵) Cfr. U. PERFETTI, *Mediazione e conciliazione*, cit., 31, secondo cui «la corresponsione di acconti sull'onorario, comportamento che, in linea teorica, può integrare una forma di convalida tacita costituendo adempimento dell'obbligazione di pagamento del corrispettivo, non rileva come tale se l'avvocato non dimostra che l'assistito era contemporaneamente a conoscenza dell'omessa informazione».

²⁶) Cfr. Cass. 27 marzo 2001, n. 4441.

²⁷) G. TRISORIO LIUZZI, *La nuova disciplina della mediazione*, cit., § 8.

²⁸) Cass. 12 dicembre 2005, n. 27334; 4 febbraio 2000, n. 1252.

b) l'avvocato possa domandare (se non il pagamento in base alle tariffe professionali, quanto meno) un indennizzo ²⁹⁾, facendo valere l'ingiustificato arricchimento a seguito della prestazione effettuata, dimostrando il proprio impoverimento (per le spese anticipate e il mancato guadagno, da determinarsi eventualmente anche *ex art.* 1226 c.c., che lo stesso avrebbe ricavato dal normale svolgimento della sua attività professionale nel relativo periodo di tempo) ³⁰⁾ e il vantaggio conseguito dall'assistito ³¹⁾.

Deve escludersi, in ogni caso, l'applicabilità dell'art. 2231 c.c., che si riferisce alla ipotesi di una «prestazione d'opera professionale di natura intellettuale effettuata da chi non sia iscritto nell'apposito albo previsto dalla legge», dalla quale discende la nullità assoluta del rapporto tra professionista e assistito, rilevabile d'ufficio, con conseguente esclusione del diritto al compenso del professionista ³²⁾.

Dubbi, invece, sussistono in ordine all'applicabilità dell'art. 2126 c.c., che riconosce il diritto alla retribuzione anche a fronte di c.d. rapporti di lavoro di fatto, poiché la giurisprudenza, sia pure in via di *obiter dictum*, tende ad applicare la norma oltre che al lavoro subordinato a quello parasubordinato, ma non anche al lavoro autonomo ³³⁾.

2.6.- Dovere di allegazione e conseguenze della sua inosservanza.

Il lungo e complesso 3° comma dell'art. 4 prevede anche che il documento che contiene l'informazione, sottoscritto dall'assistito, sia *allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio* ³⁴⁾. La norma presuppone che nelle ipotesi in cui il previo esperimento del procedimento di mediazione si pone quale condizione di procedibilità, questo si sia concluso senza successo; eventualità che può verificarsi ovviamente anche nelle ipotesi in cui la mediazione è facoltativa.

²⁹⁾ Sulla quantificazione dell'indennizzo del professionista in tal caso, v. Cass. 10 ottobre 2007, n. 21292.

³⁰⁾ Cfr. Cass. 29 marzo 2005, n. 6570.

³¹⁾ Cfr. Cass. 24 novembre 2003, n. 17860.

³²⁾ Cfr. Cass. 6 giugno 2006, n. 13214.

³³⁾ Cfr. Cass. 10 gennaio 1990, n. 14.

³⁴⁾ La norma si riferisce all'*atto introduttivo*; ne consegue che il dovere di allegazione dovrebbe riguardare soltanto l'attore. In tal senso, v. anche G. TRISORIO LIUZZI, *La nuova disciplina della mediazione*, cit., § 7, il quale, tuttavia, nel richiamare l'indicazione data dal Consiglio Nazionale Forense, ritiene che «evidenti ragioni di tranquillità, soprattutto in considerazione della sanzione dell'annullabilità del contratto di prestazione d'opera professionale, spingono a siffatta conclusione. Ne deriva che anche l'avvocato del terzo che interviene nel processo o volontariamente o perché chiamato in causa deve informare il cliente ed allegare il predetto documento». Per l'esclusione del dovere di informazione a carico del convenuto, v. P. PORRECA, *La mediazione e il processo civile: complementarietà e coordinamento*, in *Società*, 2010, 632.

A tal proposito, va osservato che altro è l'inosservanza del dovere di informazione, altro la mancata allegazione in giudizio del documento sottoscritto dalla parte. In quest'ultimo caso, non si verifica alcuna conseguenza invalidante, né del contratto di prestazione d'opera professionale, né della procura *ad litem*, né dell'atto introduttivo. Il legislatore, infatti, ha dettato una espressa disciplina, in base alla quale il giudice «*se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione*».

Pertanto, nelle ipotesi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione costituisca condizione di procedibilità, il giudice, rilevata – anche d'ufficio e presumibilmente alla prima udienza di comparizione e trattazione³⁵) – l'inosservanza del dovere di allegazione:

a) se il procedimento stesso non è iniziato, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e contestualmente fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di quattro mesi dal suo deposito presso l'Organismo di mediazione;

b) se, invece, il procedimento è già iniziato, ma non si è concluso, il giudice si limita a fissare la successiva udienza dopo la scadenza del termine di quattro mesi dal deposito della domanda.

E' appena il caso di osservare che, in ultima analisi, ciò che rileva non è la mancata produzione in giudizio del documento sottoscritto e neanche l'inosservanza del dovere di informazione, bensì il mancato espletamento in sé della condizione di procedibilità. Infatti, deve ritenersi che, ove il procedimento di mediazione sia stato comunque esperito e di ciò si dia dimostrazione in giudizio, l'inosservanza del dovere di informazione (e, di conseguenza, la mancata allegazione del relativo documento) sia destinata a non produrre alcuna conseguenza invalidante.

Nelle altre ipotesi (tutte, sino al 20 marzo 2011), il giudice deve limitarsi a fornire alla parte (personalmente in udienza previa convocazione ovvero per il tramite dell'avvocato) le informazioni che questa avrebbe dovuto ricevere «all'atto di conferimento dell'incarico», relative alla possibilità di esperire il procedimento di mediazione.

2.7.- Dovere di informazione e onere di effettività.

³⁵) Cfr. anche G. TRISORIO LIUZZI, *La nuova disciplina della mediazione*, cit., § 7.

Come anticipato, un'informazione limitata alla mera illustrazione delle possibilità di accedere alla via alternativa, accompagnata dalla sottoscrizione del relativo documento (cioè di un modello dal contenuto prestabilito), non sarebbe idonea a perseguire lo scopo al quale è preordinata. L'assistito, il più delle volte, legge frettolosamente o non legge il documento e lo sottoscrive, accordando piena fiducia al legale.

Orbene, la fiducia nell'avvocato costituisce una condizione necessaria per la conclusione del contratto di patrocinio, ma può rivelarsi non sufficiente. Occorre, infatti, che l'informazione vada al di là del mero dato formale e raggiunga livelli di effettività, idonei ad assicurare che la parte comprenda pienamente l'esistenza e il funzionamento di differenti strumenti di tutela dei suoi interessi.

Sotto tale profilo, l'avvocato, dopo aver appreso i termini della vicenda sottopostagli, dovrebbe:

- a) tentare di individuare le reali motivazioni dell'assistito;
- b) indicargli in astratto le possibili strategie difensive dirette ad attuare in maniera (almeno tendenzialmente) piena i suoi interessi;
- c) valutare in concreto e mettere al corrente l'assistito dei possibili vantaggi e svantaggi derivanti dalla scelta della via giurisdizionale o della via della mediazione;
- d) illustrare all'assistito la diversa prospettiva di tutela nel primo e nel secondo caso.

In sostanza, l'espletamento del dovere di informazione dovrebbe comportare un immediato ed effettivo coinvolgimento dell'assistito, il quale dovrebbe disporre di tutti gli elementi per comprendere appieno il significato e la portata della propria scelta e della conseguente strada che sarà intrapresa dall'avvocato.

L'esigenza di effettività nella comunicazione dell'informazione si atteggia inevitabilmente in maniera diversa allorquando il procedimento di mediazione costituisce condizione di procedibilità dell'azione, dal momento che, in tal caso, la scelta è obbligata.

Ciò non toglie che l'avvocato sia chiamato comunque a spiegare all'assistito la diversità dei piani di tutela della mediazione e del processo. A ciò si aggiunga che, data la varietà e disomogeneità delle ipotesi contemplate dall'art. 5, 1° comma, sarebbe quanto mai opportuno e professionale assistere la parte, da un lato, nella individuazione dell'Organismo di mediazione più congeniale, anche dal punto di vista del regolamento di procedura adottato, dall'altro, nella illustrazione delle specifiche problematiche attinenti alla singola controversia.

Quest'ultimo profilo sembra particolarmente delicato e importante.

Ai sensi del citato art. 5, 1° comma, il procedimento di mediazione va esperito obbligatoriamente, a pena di improcedibilità della domanda giudiziale, prima di esercitare in giudizio *«un'azione relativa ad una controversia 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»*³⁶).

Allo stesso modo, è obbligatorio, per le materie ivi regolate, il previo esperimento del procedimento di conciliazione innanzi alla Commissione di conciliazione e arbitrato istituita presso la Consob, per la risoluzione delle controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari, in relazione alla violazione da parte di questi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori (cfr. d.leg. 179/2007), nonché di quello istituito in attuazione dell'art. 128 *bis* d.leg. 385/1993, e successive modificazioni, in materia bancaria e creditizia.

La relazione di accompagnamento al decreto legislativo ci informa che le materie elencate nell'art. 5, 1° comma, vanno divise in tre gruppi (controversie relative a “rapporti permanenti””, controversie con una “alta conflittualità, controversie caratterizzata da diffusione di massa). Nonostante il tentativo di razionalizzazione, è inevitabile constatare che anche nell'ambito di ciascun gruppo esiste una profonda differenza tra una tipologia e l'altra di controversie.

Infatti, una causa in materia successoria presenta problematiche non assimilabili non soltanto a quelle di una causa in materia di contratti assicurativi, bancari o finanziari, ma anche a quelle in materia di condominio. Di queste specificità l'avvocato deve informare l'assistito.

Peraltro, l'informazione deve avere ad oggetto le eventuali ulteriori peculiarità anche di tipo strutturale e procedimentale che caratterizzano la singola ipotesi.

Si pensi alle controversie in materia di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, dove è anche necessario il previo invio della raccomandata

³⁶) La disciplina relativa al previo tentativo di conciliazione non si applica alle azioni previste dagli art. 37, 140 e 140 *bis* cod. cons. e neanche ai procedimenti indicati nel 4° comma dell'art. 5.

alla compagnia di assicurazione e il rispetto dello *spatium deliberandi* prima dell'avvio del giudizio.

Si pensi, inoltre, ai casi in cui il procedimento di conciliazione obbligatorio è disciplinato secondo diverse regole, come quello istituito in attuazione dell'art. 128 *bis* d.leg. 385/1993, e successive modificazioni, in materia bancaria e creditizia, e che si svolge innanzi all'Arbitro Bancario e Finanziario (v. delibera C.I.C.R. del 29/07/2008 e il comunicato del 18 giugno 2009 della Banca d'Italia). In relazione a questo tipo di controversie, infatti, può essere rilevante informare l'assistito della gratuità e dell'esistenza di criteri di competenza.

Ancora, in materia di telecomunicazioni, è bene far conoscere, ad esempio, rispetto a quale sede di conciliazione l'adesione delle imprese telefoniche sia maggiore, quale sia la durata media della procedura e quale sia la percentuale di esito positivo del tentativo di conciliazione nelle varie sedi ³⁷⁾).

3.- La proposta del mediatore: funzione e contenuto.

L'altro aspetto sul quale va posta particolare attenzione riguarda la proposta conciliativa che il mediatore può formulare, la cui accettazione ad opera di tutte le parti conduce alla formazione del processo verbale contenente l'accordo e il cui rifiuto comporta conseguenze in ordine al regime delle spese dell'eventuale processo instaurato a seguito dell'insuccesso del procedimento di mediazione.

Occorre tenere presente che, ai sensi dell'art. 1, lett. a) d.leg. 28/2010 e dell'art. 1, lett. c), d.m. 180/2010, la mediazione costituisce «*l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa*». Inoltre, ai sensi dell'art. 1, lett. b) d.leg. cit. e art. 1, lett. d) d.m. cit., il mediatore è «*la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo*» ³⁸⁾).

³⁷⁾ Cfr. V. BONSIGNORE, *La diffusione della giustizia alternativa in Italia nel 2008: i risultati di una ricerca* in *Terzo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, Milano, 2010, 66 ss.

³⁸⁾ Cfr. le definizioni di «mediatore» e «mediazione» contenute nell'art. 3 direttiva 21 maggio 2008/52/CE, secondo cui: «a) per “mediazione” si intende un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore. Tale procedimento

Da questi dati emerge che:

1. il metodo prescelto è quello «consensuale», «facilitativo» ovvero «valutativo» (non «aggiudicativo»);
2. il mediatore non giudica né decide, ma al limite propone;
3. la proposta non ha valore vincolante.

Pertanto, il terzo imparziale non applica la norma alla fattispecie concreta e non ha il potere di imporre la propria volontà alle parti. Egli è chiamato, invece, ad aiutare le parti a far emergere e a valorizzare gli interessi sottostanti, in una logica di tipo «conversazionale»³⁹⁾. Aspetto questo che vale a tenere ben distinto lo strumento in parola da altre ADR, quali l'arbitrato⁴⁰⁾.

In quest'ottica, nonostante la lettera della legge e taluni incentivi previsti dal d.m. 180/2010⁴¹⁾, la formulazione della proposta da parte del mediatore dovrebbe rappresentare

può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro. // Esso include la mediazione condotta da un giudice che non è responsabile di alcun procedimento giudiziario concernente la controversia in questione. Esso esclude i tentativi messi in atto dall'organo giurisdizionale o dal giudice aditi al fine di giungere ad una composizione della controversia in questione nell'ambito del procedimento giudiziario oggetto della medesima; b) per "mediatore" si intende qualunque terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato membro interessato e dalle modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione».

La direttiva riguarda i casi in cui «un organo giurisdizionale deferisce le parti a una mediazione o in cui il diritto nazionale prescrive la mediazione», nonché, «per quanto un giudice possa agire come Mediatore ai sensi della legislazione nazionale», la mediazione «condotta da un giudice che non sia responsabile di un procedimento giudiziario relativo alla questione o alle questioni oggetto della controversia», ma non si estende «ai tentativi dell'organo giurisdizionale o del giudice chiamato a risolvere la controversia nel contesto del procedimento giudiziario concernente tale controversia, ovvero ai casi in cui l'organo giurisdizionale o il giudice adito richiedano l'assistenza o la consulenza di una persona competente» (cfr. il 'considerando' 12).

Peraltro, la mediazione di cui alla direttiva: - «dovrebbe essere un procedimento di volontaria giurisdizione nel senso che le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento». Tuttavia, «in virtù del diritto nazionale, l'organo giurisdizionale dovrebbe avere la possibilità di fissare un termine al processo di mediazione. Inoltre, l'organo giurisdizionale dovrebbe, se del caso, poter richiamare l'attenzione delle parti sulla possibilità di mediazione» (cfr. il 'considerando' 13); - «dovrebbe inoltre fare salva la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto ad incentivi o sanzioni, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario» (cfr. il 'considerando' 14; v. anche l'art. 5, 2° comma).

³⁹⁾ M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2008/52/Ce)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 374.

⁴⁰⁾ Cfr., se vuoi, D. DALFINO, *La "nuova" mediazione nel sistema delle ADR*, cit.

⁴¹⁾ L'art. 16, 4° comma, lett. c), d.m. 180/2010, prevede che «l'importo massimo delle spese di mediazione per ciascun scaglione di riferimento, come determinato a norma della medesima tabella A: [...] c) deve essere aumentato di un quinto nel caso di formulazione della proposta ai sensi dell'articolo 11 del decreto legislativo». Tale previsione è criticabile, poiché rischia di favorire oltremodo l'atteggiamento "propositivo" del

un'ipotesi residuale, soprattutto in considerazione delle conseguenze del suo rifiuto (v. *infra* § 3.2.1).

Quanto al contenuto, la proposta, salvo diverso accordo delle parti, non può riferirsi alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento (art. 11, 2° comma, d.leg. cit.). La norma mira a favorire il raggiungimento della conciliazione lasciando le parti libere di prendere posizione senza temere di “scoprirsi” troppo ⁴²); allo stesso tempo, è coerente con il generale dovere di riservatezza che governa il procedimento di mediazione e del quale è anche espressione la disposizione dell'art. 10 d.leg. cit. (a sua volta, analoga a quanto già previsto dall'art. 40, 3° comma, d.leg. 5/2003, abrogato dalla l. 69/2009), secondo cui le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni.

Se tutte le parti aderiscono alla proposta, 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; peraltro, se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'art. 2643 c.c., per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato (art. 11, 3° comma, d.leg. cit.). Se la conciliazione non riesce, il mediatore forma processo verbale con l'indicazione della proposta, che ugualmente viene sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere (art. 11, 4° comma, d.leg. cit.). La proposta viene poi trasmessa dal responsabile dell'Organismo si richiama del giudice, «*che provvede ai sensi dell'articolo 13 dello stesso decreto legislativo*» (art. 8, 3° comma, d.m. cit.).

L'accordo raggiunto, anche a seguito della proposta, il cui contenuto non sia contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, è omologato, su istanza di parte e previo accertamento anche della regolarità formale, con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo. A queste condizioni, costituisce titolo esecutivo per

mediatore, anche verso soluzioni (“proposte”) le più bizzarre, spinto dall'idea di conseguire un maggior vantaggio economico.

⁴²) Cfr. le considerazioni di F. DELFINI, *La mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali ed il ruolo dell'Avvocatura*, in *Riv. dir. privato*, 2010, 136 ss.

l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale (art. 12 d.leg. cit.).

Infine, 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*», clausola che, indipendentemente dalla natura di misura coercitiva ⁴³⁾ o di clausola penale ⁴⁴⁾, contribuisce a dare maggiori garanzie di osservanza delle determinazioni contenute nell'accordo stesso (art. 11, 3° comma, d.leg. cit.).

In conclusione, la proposta rileva sotto più profili, sia nel caso di adesione delle parti, sia nel caso di rifiuto (come tra breve si vedrà più nel dettaglio). Per questa ragione, si rivela assolutamente cruciale insistere sulla professionalità e qualificazione sia del mediatore, che propone, sia dell'avvocato, che è chiamato a valutare la proposta.

3.1.- La proposta su iniziativa del mediatore e su richiesta delle parti.

A quanto appena detto va aggiunto che, ai sensi dell'art. 11, 1° comma, d.leg. 28/2010, il mediatore «*può*» formulare una proposta di conciliazione quando l'accordo non è raggiunto.

Tale previsione, da un lato, conferma che l'esercizio di tale facoltà è meramente residuale, dall'altro, che il mediatore non deve ingerirsi nel rapporto dialettico tra le parti, invadere il campo e lasciarsi prendere dalla tentazione di propinare soluzioni. Deve, invece, ascoltare le parti, congiuntamente e separatamente, facendo in modo che le stesse manifestino sino in fondo i reali bisogni e gli interessi perseguiti, favorendo il più possibile il confronto e l'incontro genuino e soltanto in ultima analisi (cioè, appunto, ad accordo non raggiunto), formulando una proposta.

Le cose non stanno in maniera molto diversa allorché siano le parti a fare concorde richiesta, in qualunque momento del procedimento, della proposta. In tal caso, il mediatore dovrebbe conservare il potere di valutare se formulare la proposta, in base agli elementi a disposizione ⁴⁵⁾.

⁴³⁾ Cfr. D. DALFINO, *Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali»*, cit., § 7, nonché I. PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Società*, 2010, p. 623 ss.

⁴⁴⁾ Cfr. M. FABIANI, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, in www.judicium.it, § 2.2.

⁴⁵⁾ Cfr., peraltro, l'art. 7, 2° comma, lett. b), d.m. 180/2010, secondo cui «*l'organismo può prevedere nel regolamento [...] b) che, in caso di formulazione della proposta ai sensi dell'articolo 11, la stessa può provenire da un mediatore diverso da quello che ha condotto sino ad allora la mediazione e sulla base delle sole informazioni che le parti intendono offrire al mediatore proponente [...]*».

In tutti i casi menzionati, questa è comunicata per iscritto alle parti, le quali fanno pervenire al mediatore, per iscritto ed entro sette giorni, la propria risposta, contenente l'accettazione o il rifiuto. Il termine è soltanto apparentemente breve, se si considera che la complessiva durata massima del procedimento di mediazione non può superare i quattro mesi. D'altra parte, la sua inosservanza non è senza conseguenze, poiché, infatti, comporta che la proposta si abbia per rifiutata, con applicazione, quindi, dell'art. 13 d.leg. cit. (cfr. art. 11, 2° comma, d.leg. cit.).

3.2.- La valutazione della proposta.

La valutazione della proposta rappresenta, come si accennava, un momento cruciale.

A tal fine, oltre alle conseguenze del rifiuto, devono essere considerati almeno i seguenti elementi:

1. contenuto e tenore della domanda di mediazione e tipologia della controversia;
2. atteggiamento tenuto dalle parti nel corso del procedimento di mediazione;
3. riscontri e/o pareri resi da esperti eventualmente nominati;
4. esistenza di orientamenti giurisprudenziali consolidati.

3.2.1.- Rifiuto della proposta, conseguenze sul regime delle spese giudiziali e possibile corrispondenza al contenuto della sentenza.

Ai sensi dell'art. 11, 1° comma, d.leg. cit., la proposta può essere formulata dopo che il mediatore ha informato le parti stesse delle possibili conseguenze del loro rifiuto in ordine al pagamento delle spese di giudizio.

A tal proposito, l'art. 13 d.leg. cit. stabilisce che qualora il provvedimento che definisce il giudizio corrisponda «*interamente*» al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che l'ha rifiutata, riferibili al periodo successivo alla sua formulazione (vale a dire tutte le spese di giudizio, dal suo avvio sino alla conclusione), 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 (quindi, la parte vincitrice paga il contributo unificato due volte). La condanna alle spese, inoltre, non esclude l'eventuale condanna al risarcimento per responsabilità aggravata, né la condanna al pagamento della somma equitativamente determinata ai sensi dell'art. 96, 3° comma, c.p.c.

(introdotto dalla l. 69/2009), ferma restando la possibilità di compensazione ai sensi dell'art. 92 c.p.c.

Invece, quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può escludere, con provvedimento motivato, la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto eventualmente nominato ai sensi dell'articolo 8, 4° comma.

La possibile rilevanza del rifiuto della proposta ai fini del pagamento delle spese giudiziali non rappresenta una vera e propria novità. Basti pensare, infatti, a quanto disposto dall'art. 40 d.leg. 5/2003, abrogato dall'art. 23, 1° comma, d.leg. 28/2010, in base al quale le posizioni assunte dalle parti nel corso del procedimento di conciliazione societaria, indicate dal conciliatore in apposito verbale di fallita conciliazione erano valutate dal giudice in comparazione con il contenuto della sentenza. Tuttavia, l'esclusione, in tutto o in parte, della ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che avesse rifiutato la conciliazione e la condanna, in tutto o in parte, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente, non erano affatto automatiche, «potendo» il giudice anche stabilire diversamente ⁴⁶). Sta di fatto che la proposta, secondo questa disciplina, poteva essere formulata soltanto «su richiesta di entrambe le parti», mai su iniziativa del mediatore.

Un'analoga disciplina è prevista dall'art. 91, 1° comma, c.p.c., come modificato dalla l. 69/09 ⁴⁷), in base al quale il giudice, «*se accoglie la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa, condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta, salvo quanto disposto dal secondo comma dell'articolo 92*». La norma – che lascia molto perplessi, non comprendendosi la ragione per la quale chi ha insistito, del tutto legittimamente, nella propria richiesta, debba essere condannato, soltanto per questo motivo, al pagamento delle spese processuali – non è comunque richiamata dall'art. 13 d.leg. Il che significa che in sede giudiziale, ove sussista corrispondenza tra il contenuto della proposta

⁴⁶) Da notare che anche la lett. p) del 3° comma dell'art. 60 l. 69/09 prevede che il giudice «possa» escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice.

⁴⁷) V. già l'abrogato art. 16, d.leg. 5/2003, nonché l'art. 31, 3° comma, l. 183/2010, che modifica l'art. 411 c.p.c., stabilendo che «*delle risultanze della proposta formulata dalla commissione e non accettata senza adeguata motivazione il giudice tiene conto in sede di giudizio*».

rifiutata e quello della sentenza, non è possibile sfuggire alle gravi conseguenze in tema di spese adducendo un «giustificato motivo».

In relazione al procedimento di mediazione, le perplessità aumentano (soprattutto laddove non vi sia l'accordo delle parti), poiché un conto è rifiutare la proposta formulata dal soggetto che poi deciderà la controversia, un altro è rifiutare la proposta formulata da un soggetto che soltanto ha il compito di adoperarsi «*affinché le parti raggiungano un accordo amichevole*» (cfr. art. 8, 3° comma, d.leg. cit.). Infatti, fermo restando che in entrambi i casi le parti dovrebbero sentirsi libere di aderire o no senza effettuare altra valutazione se non quella relativa alla propria convenienza, sarebbe irragionevole nel secondo caso limitare ulteriormente la libertà di scelta attraverso l'imposizione di una previsione, di assoluta difficoltà, in ordine alla corrispondenza della proposta alla futura sentenza.

Ad ogni modo, in concreto la disposizione dovrebbe trovare scarsa applicazione in quanto, data la diversità dei piani di tutela della mediazione e del processo, appare improbabile che il giudice decida la causa negli stessi esatti termini (*intera corrispondenza*) della proposta. Tuttavia, sebbene, a stretto rigore, anche la più piccola differenza di contenuto dovrebbe impedire che la parte vittoriosa sia condannata alle conseguenze innanzi menzionate, sembra doversi affermare l'operatività dell'art. 13 anche se la sentenza attribuisce una utilità inferiore rispetto a quella della proposta ⁴⁸). Diversamente, qualora la proposta riconosca una certa utilità (ad esempio, una *datio in solutum*) e la sentenza invece una somma corrispondente, la parte che rifiuta e poi vince la causa dovrebbe poter contare sull'applicazione del principio della soccombenza ⁴⁹).

Infine, va considerato che la *punizione* della parte non incline a conciliare *premia* troppo l'altra, anche quando manchi un'offerta reale, ma vi sia soltanto un "impegno" a corrispondere l'utilità sostanziale ⁵⁰).

3.2.2. Ulteriori parametri valutativi della proposta.

⁴⁸) Cfr. anche M. FABIANI, *Profili critici*, cit., § 5.

⁴⁹) Cfr. anche M. FABIANI, *Profili critici*, cit., § 5.

⁵⁰) Cfr., in riferimento alla proposta conciliativa disciplinata dall'art. 40 d.leg. 5/2003, G. MICCOLIS, *la conciliazione e la disciplina del nuovo processo introdotto con il d.legisl. n. 5 del 2003*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 124.

Per valutare adeguatamente la proposta conciliativa, inoltre, occorre considerare, in primo luogo, il contenuto e tenore della domanda di mediazione, nonché la tipologia della controversia insorta tra le parti.

Sotto il primo profilo, vengono in rilievo le medesime considerazioni appena svolte in relazione alla possibile corrispondenza di contenuto tra proposta e sentenza. Giova ribadire che quel che si richiede in sede di mediazione non coincide per definizione con quello che si richiede in sede giudiziale. Se non è possibile e neanche corretto pensare di instaurare una perfetta linea di continuità tra proposta e sentenza, lo stesso è a dirsi per la domanda di mediazione e la domanda giudiziale. Ad ogni modo, quel che la parte chiede in mediazione può essere anche molto diverso da quello che il mediatore propone, stante la inapplicabilità del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, di cui all'art. 112 c.p.c. Sicché, in definitiva, a fronte della proposta del mediatore, occorre confrontare ad un tempo quel che in origine si mirava ad ottenere, quel che il mediatore prospetta per la soluzione della controversia, quello che si presume che il giudice riconosca in sentenza.

Sotto il secondo profilo, la singola tipologia di controversia può giocare un ruolo determinante. Tanto vale sia nelle ipotesi in cui la mediazione è facoltativa sia in quelle in cui si pone come condizione di procedibilità. A tal proposito, la valutazione della proposta dovrebbe presupporre un buon livello di informazione da parte dell'avvocato all'assistito all'atto del conferimento dell'incarico (v. *supra* § 2.7.).

In secondo luogo, l'atteggiamento tenuto dalle parti nel corso del procedimento di mediazione può incidere sul contenuto della proposta, ma anche sulla valutazione della stessa una volta formulata e comunicata alle parti stesse. Così, ad esempio, il singolo regolamento di procedura potrebbe prevedere, perché consentito dall'art. 7, 2° comma, lett. b), che la proposta sia formulata dal mediatore anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione. La parte "contumace" dovrebbe vagliare se accettare o no la proposta anche in considerazione della sussistenza di un giustificato motivo della sua mancata partecipazione, potendo il giudice in caso contrario valutare tale comportamento quale argomento di prova, ai sensi dell'art. 116, 2° comma, c.p.c. (v. art. 8, 5° comma, d.leg. cit.).

In terzo luogo, nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche (ad esempio, in materia di responsabilità medica) la valutazione della proposta dovrebbe tener conto dell'eventuale relazione tecnica presentata dall'esperto del quale il mediatore abbia

deciso di avvalersi. Infatti, se la proposta, come è presumibile, si basa su tale relazione e se quest'ultima risponde a precisi criteri di tipo oggettivo, è probabile che in sede giudiziale la perizia effettuata dal c.t.u. dia luogo a risultati non distanti e che, pertanto, la sentenza abbia un contenuto corrispondente alla proposta.

Infine, una prudente valutazione della proposta dovrebbe portare ad appurare l'esistenza di eventuali orientamenti giurisprudenziali consolidati che suggeriscano di non opporre un irragionevole rifiuto.

Domenico Dalfino