

Ancora sull'art. 17 comma 5 ter D.Lgs. 28/2010: l'insostenibile effetto morgana della gratuità del primo incontro

Articolo di

Barbara **COCOLA** e Giuseppe **VALENTI**

Ad ormai quasi un anno dalla reintroduzione del tentativo obbligatorio di mediazione nelle materie indicate dalla legge (art. 5 comma 2 bis del D. Lgs. 28/2010), va sgombrato il campo da alcune minoritarie ed aberranti applicazioni dell'art. 17 comma 5 ter del decreto. La questione, legata all'interpretazione dell'art. 8 comma 1 del lo stesso decreto, va sempre letta come attuazione di una direttiva europea (2008/52/CE), e quindi alla luce dei "considerando" 5 e 6, i quali evidenziano chiaramente quale sia lo scopo da realizzare all'interno degli stati membri.

La norma in esame recita: "Nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione".

Una prima apodittica e sommaria lettura ha portato qualcuno alla conclusione che il primo incontro di mediazione sarebbe tout court gratuito. Ma secondo una interpretazione più attenta e accurata, confortata della ormai consolidata giurisprudenza su natura e svolgimento del primo incontro di mediazione, Il comma 5 ter va guardato in connessione al precedente 5 bis, in quanto entrambi deroghe al **principio generale di onerosità della procedura**.

Secondo l'art. 17 comma 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...". Si tratta di una disposizione la cui *ratio* va sicuramente ricercata nel **principio di solidarietà sociale**, saldamente radicato nel sistema costituzionale italiano. L'art.2 della

Costituzione italiana infatti non si limita a un generico e vago principio di solidarietà, ma afferma "La Repubblica (...) richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale". Questi doveri costituiscono epifania speculare dei diritti inviolabili dell'uomo come componente del principio personalistico su cui si fonda la nostra democrazia.

La garanzia delle forme e degli strumenti per l'effettiva qualità della soddisfazione del bisogno (che solo poi diventano pretesa giuridica o diritto) è la vera essenza del nostro sistema di solidarietà sociale, il quale non può che sfociare nel principio di sussidiarietà, incrociando così uno dei cardini del diritto comunitario. Entrambi quindi operano nell'accezione di principi regolatori della socialità umana finalizzati al perseguimento del suo equilibrio ottimale, che è il concreto bene comune.

Al lettore attento non sarà certo sfuggita la singolarità del principio di solidarietà sociale applicato, nel nome di una sussidiarietà "estrema", alla fattispecie ed avulso completamente dalla macchina "stato sociale". Discutere sull'attribuzione, in capo agli organismi di mediazione, dell'onere/ funzione di "servizio sociale" porterebbe molto lontano, certo è che la disposizione normativa di cui al comma 5 bis ha una sua *ratio* ben definita che implica la verifica ex ante della situazione di bisogno della parte che è chiamata ad avviare (o ad aderire) ad un procedimento di mediazione nei casi in cui essa sia condizione di procedibilità. A tal fine, recita sempre l'art. 17 comma 5 bis, "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". In tal caso l'indennità di mediazione (e non le spese di avvio procedura, cui la parte è comunque tenuta) non è dovuta, e il mediatore dovrà eseguire la sua prestazione senza alcun corrispettivo. Si tratta

senza dubbio di un caso eccezionale, di una deroga non solo al principio di onerosità della procedura di mediazione, ma addirittura al principio di proporzionalità del compenso (professionale) ex art. 36 cost.

Il successivo comma 5 ter, pur se con una formulazione di scarsa chiarezza, introduce una seconda ipotesi di eccezione alla onerosità della procedura di mediazione, prevedendo, in caso di mancato accordo all'esito del primo incontro di mediazione, che nessun compenso sia dovuto per l'organismo di mediazione. Qui una lettura superficiale ha erroneamente portato qualcuno all'ormai isolata opinione che la *mens legis* fosse rendere non onerosa la partecipazione alla procedura nel caso in cui questa non sfociasse in un verbale di riuscita conciliazione all'esito della trattazione nel primo incontro di

mediazione. A differenza del precedente comma 5 bis, ove l'esenzione è ancorata alla verifica ex ante delle condizioni obiettive della parte, quelle "per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato", il comma 5 ter comporterebbe dunque una esenzione ex post e meramente potestativa: se al termine del primo incontro non si raggiungesse un accordo, allora si verificherebbe l'ipotesi eccezionale della non onerosità.

Così non è. *"La novella ha specificato alcune attività che il mediatore deve svolgere nel primo incontro di mediazione, di cui non si faceva menzione nella versione precedente, ma che erano abitualmente praticate in quanto intrinseche e connaturate alla procedura, ossia la spiegazione alle parti della "funzione e le modalità di svolgimento della mediazione", nonché l'invito alle parti e ai loro avvocati "a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione". In altre parole, la verifica della corretta instaurazione della procedura, affinché sia possibile procedere al tentativo. Una volta terminate le verifiche necessarie, il mediatore entra nel merito della controversia e, a mente del comma terzo dello stesso articolo 8, "si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia"... Non ha quindi diritto di cittadinanza quella superficiale lettura secondo cui per soddisfare la condizione di procedibilità si debba ivi verificare la sussistenza o meno di una volontà a priori di "iniziare la procedura di mediazione... Quanto alla portata della "possibilità di iniziare la mediazione", su cui sono chiamati ad esprimersi le parti e i loro avvocati, sicuramente questa non è il diritto potestativo delle parti a rifiutare a priori di partecipare al tentativo obbligatorio di mediazione. Per quanto infatti si possa immaginare contorto e bizzarro il legislatore decretante, sarebbe perfino contrario al principio di ragionevolezza ritenere che esso abbia inteso prevedere l'obbligo di un tentativo (art. 5 comma 1, "Chi intende esercitare in giudizio un'azione....è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione") senza l'obbligo di svolgere in concreto il tentativo medesimo, ma attribuendo invece alle parti un diritto potestativo di sottrarsi a quest'ultimo con la semplice dichiarazione preliminare di rifiuto a tentare la mediazione. Di più, la semplice indagine a priori della volontà delle parti da parte del mediatore, senza lo svolgimento da parte di quest'ultimo dell'attività di cui al comma terzo dello stesso art. 8, non soddisfa la condizione di procedibilità così come prevista dal d. lgs. 28/2010, che prevede "l'esperimento del tentativo" e non una indagine della volontà delle parti. Le parti dovranno dunque necessariamente esperire il procedimento di mediazione, inteso come vera e propria sessione di mediazione, sia esso obbligatorio tanto ai sensi dell'art. 5 comma 1 bis, quanto ai sensi dell'art. 5 comma 2, quanto ai sensi dell'art. 5 comma 5" (da **"Il protocollo di gestione della procedura di mediazione"**, a cura di **Barbara Cocola e Giuseppe Valenti**).*

Quindi l'eventuale "impossibilità" che può eventualmente essere espressa durante il primo incontro "dalle parti e dai loro avvocati", non è affatto il diritto potestativo delle parti a rifiutare a priori di espletare il tentativo obbligatorio di mediazione. Al contrario, l'impossibilità riguarda solo l'eventuale sussistenza di impedimenti oggettivi all'effettivo esperimento del procedimento di mediazione, laddove questioni preliminari rendano assolutamente impossibile proseguire, impedendo addirittura la trattazione nel merito della controversia¹
2.

-
- 1 Vedasi in proposito, a sostegno della interpretazione appena esposta, [l'ordinanza del Tribunale di Firenze del 19.03.2014, II sez. civ. N.R.G. 2010/5210](#), nella quale il giudice dott.ssa Luciana Breggia, disponendo il tentativo di mediazione ex officio, precisa che il tentativo di mediazione deve essere "effettivamente avviato e che le parti - anziché limitarsi ad incontrarsi e informarsi, non aderendo poi alla proposta del mediatore di procedere - adempiano effettivamente all'ordine del giudice partecipando alla vera e propria procedura di mediazione, salva l'esistenza di questioni pregiudiziali che **ne impediscano la procedibilità**"; vedasi pure [Tribunale di Firenze, sezione III Civile, N.R.G. 2013/15408, Giudice Leonardo Scionti](#) "...**le procedure di mediazione ex art. 5, comma 1-bis (ex lege) e comma 2** (su disposizione del giudice) del d.lgs. 28/10 (e succ. mod.), **sono da ritenersi ambedue di esperimento obbligatorio**, essendo addirittura previsti a pena di improcedibilità dell'azione; che difatti, per espressa volontà del legislatore, il mediatore nel primo incontro chiede alle parti di esprimersi sulla "possibilità" di iniziare la procedura di mediazione, vale a dire sulla eventuale sussistenza di impedimenti all'effettivo esperimento della medesima e **non sulla volontà delle parti**, dal momento che in tale ultimo caso si tratterebbe, nella sostanza, non di mediazione obbligatoria bensì facoltativa e rimessa alla mera volontà delle parti medesime con evidente, conseguente e sostanziale interpretatio abrogans del complessivo dettato normativo e assoluta dispersione della sua finalità esplicitamente deflativa...". Sempre nella recentissima ordinanza del Tribunale di Firenze del 19 marzo 2014, il giudice dott.ssa Luciana Breggia precisa un importante principio in tema di primo incontro di mediazione, su cui tanto si è dibattuto complice l'ambiguità della formulazione dell'art. 8 del d. lgs. 28/2010, che enuncia le regole del procedimento di mediazione, nonché dell'art. 5 comma 2 bis che prevede che "Quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo". Rileva saggiamente il giudice che "Come si vede le due norme sono formulate in modo ambiguo: nell'art. 8 sembra che il primo incontro sia destinato solo alle informazioni date dal mediatore e a verificare la volontà di iniziare la mediazione. Tuttavia, nell'art. 5, comma 5 bis, si parla di "primo incontro concluso senza l'accordo". Sembra dunque che il primo incontro non sia una fase estranea alla mediazione vera e propria: non avrebbe molto senso parlare di 'mancato accordo' se il primo incontro fosse destinato non a ricercare l'accordo tra le parti rispetto alla lite, ma solo la volontà di iniziare la mediazione vera e propria. A parte le difficoltà di individuare con precisione scientifica il confine tra la fase cd preliminare e la mediazione vera e propria (difficoltà ben nota a chi ha pratica della mediazione), data la non felice formulazione della norma, appare necessario ricostruire la regola avendo presente lo scopo della disciplina, anche alla luce del contesto europeo in cui si inserisce (direttiva 2008/52/CE). In tale prospettiva, 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) [e di cui gli avvocati, mediatori di diritto, ben dovrebbero essere edotti, n.d.r.], possano dichiarare il rifiuto di procedere oltre, appare una conclusione irrazionale e inaccettabile"....." ritenere che la condizione di procedibilità sia assolta dopo un primo incontro, in cui il mediatore si limiti a chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, vuol dire in realtà ridurre ad un' inaccettabile dimensione notarile il ruolo del giudice, quello del mediatore e quello dei difensori. Non avrebbe ragion d'essere una dilazione del processo civile per un adempimento burocratico del genere. La dilazione si giustifica solo quando una mediazione sia effettivamente svolta e vi sia stata data

Ed è proprio in questo caso che trova applicazione la disposizione di cui all'art. 17 comma 5 ter: nessun compenso sarà dovuto all'organismo di mediazione qualora durante il primo incontro venga appurata la improcedibilità della mediazione, ossia vengano rilevati elementi ostativi alla prosecuzione della stessa, cosicché sia impossibile giungere alla definizione della controversia con la sottoscrizione di un accordo.

E' fatale dunque che il compenso sia dovuto ogni qualvolta la controversia venga trattata compiutamente nel merito, anche durante il primo incontro, tenuto conto che l'analisi delle eventuali questioni ostative riguarda solo la prima fase del primo incontro o addirittura una fase antecedente il primo incontro di mediazione (in ogni caso sarà necessario, per questi aspetti, fare riferimento ai regolamenti di procedura di cui si devono dotare gli organismi e che disciplinano appunto le varie fasi del procedimento).

Particolare attenzione, sempre ai fini di una interpretazione logica e della *ratio* in assoluto, merita il concetto di "compenso": giacché tale espressione non appare mai altrove né nel d. lgs. 28/2010 con riferimento alle spese di mediazione, né tampoco nei DM attuativi successivamente emanati, ma compare solo nell'art. 14 del Decreto con riferimento agli "obblighi del

un'effettiva chance di raggiungimento dell'accordo alle parti. Pertanto occorre che sia svolta una vera e propria sessione di mediazione. Altrimenti, si porrebbe un ostacolo non giustificabile all'accesso alla giurisdizione"... L'informazione sulle finalità della mediazione e le modalità di svolgimento ben possono in realtà essere rapidamente assicurate in altro modo: 1. dall'informativa che i difensori hanno l'obbligo di fornire ex art. 4 cit., come si è detto; 2. dalla possibilità di sessioni informative presso luoghi adeguati (v. direttiva europea)"... il giudice ritiene che le ambiguità interpretative evidenziate vadano risolte considerando quale criterio fondamentale la ragion d'essere della mediazione, dovendosi dunque affermare la necessità che le parti compaiano personalmente (assistite dai propri difensori come previsto dall'art. 8 d.lgs. n. 28/2010) e che la mediazione sia effettivamente avviata".

2 In tal senso anche **Lucarelli: "La mediazione obbligatoria fra ordine del giudice e principio di effettività: verso una riduzione certa e significativa dei processi pendenti" (Judicium, Saggi, 05.05.2014)**, "...Si comprende che l'obbligo in quanto tale non ammette una volontà contraria, ma solo limiti derivanti da questioni che attengono alla impossibilità del suo rispetto. La portata della norma, anziché sovvertire il significato dell'obbligatorietà, concede all'interprete un ragionamento coerente e rispettoso dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico. Se la valutazione sulla mediabilità della controversia è già compiuta astrattamente dal legislatore con riferimento alle materie previste dal primo comma dell'art. 5 d.lgs. 28/2010, e dal giudice ai sensi del secondo comma dello stesso articolo, è solo dinanzi al mediatore che possono sorgere questioni che limitano oggettivamente la procedibilità, cioè la possibilità di procedere al tentativo di mediazione. Basti pensare alla questioni della competenza, della carenza di rappresentanza, della mancanza di una parte necessaria, al sopraggiungere di fatti che possono limitare la neutralità del mediatore, e a quanto altro richieda ulteriori approfondimenti o attività o attesa e che renda impossibile il procedimento. Nulla a che vedere con la mera volontà delle parti e degli avvocati. Questa è vincolata al tentativo e ciò non può che rispondere ad un principio di effettività del diritto che sancisce l'obbligo o dell'ordine giudiziale: solo l'avvio del procedimento di mediazione è configurabile come adempimento. Eventuali questioni sulla procedibilità risulteranno ostativi e dovranno di conseguenza essere previamente affrontate e superate. Anche, eventualmente, dedicando un secondo o successivo incontro al superamento delle stesse...."

mediatore”, per analisi sistematica esso andrà inteso come “indennità di mediazione”. Nel caso di cui all’art. 17 comma 5 ter quindi non sarebbe dovuta solo quest’ultima, cioè il corrispettivo del mediatore per l’opera prestata, così come del resto accade per effetto del comma precedente. Una interpretazione diversa sarebbe incongrua, illogica, e contraria ai principi legali di ermeneutica, inclusa quella comunitaria. Una volta chiarito che il compenso altro non sarebbe che l’indennità di mediazione, non vi sono dubbi che le “altre spese” saranno comunque dovute, proprio all’organismo di mediazione, tanto più che ai sensi dell’art. 14 del d.lgs. 28/2010 è fatto esplicito divieto ai mediatori “di percepire compensi direttamente dalle parti”.

La questione delle spese di mediazione, inizialmente assai dibattuta per la confusione tra spese di avvio procedura ed indennità di mediazione, ha trovato un suo ordine nel principio della cumulabilità delle spese di segreteria con quelle della mediazione. Le due voci di spesa assumono quindi valenza diversa ed autonoma. La circolare ministeriale del 20 dicembre 2011 infatti chiarisce: “Le spese di avvio, stabilite in misura fissa ed unitaria, hanno riguardo, più specificamente, alle spese dell’organismo per potere avviare il procedimento di mediazione: ricezione della istanza, visione da parte della segreteria, fascicolazione e registrazione, comunicazione alla altra parte dell’inizio della procedura e così via. Si tratta, dunque, delle spese relative all’attività di segreteria prodromica a quella di mediazione vera e propria svolta dal mediatore. Quest’ultima, dunque, assume valenza diversa, in quanto riguarda le spese di concreto svolgimento dell’attività di mediazione (...l’onorario del mediatore)”. Si tratta, quindi, di due voci di spesa autonome, entrambe dovute. Sempre nella medesima circolare si legge: “Resta fermo, peraltro, che oltre alle spese di avvio e spese di mediazione saranno dovute anche le spese vive, così come conteggiate e documentate dall’organismo di mediazione”. E sebbene le circolari non siano stricto jure atti normativi vincolanti, in mancanza di altre fonti o indirizzi giurisprudenziali contrari possono essere assunte ad elementi ermeneutici ausiliari.

Quindi, nel caso in esame, in forza dell’art. 17 comma 5 ter (ossia nel caso di “improcedibilità” della mediazione per fatto oggettivo), le parti saranno esonerate dal versamento dell’indennità di mediazione, ma dovranno versare tutte le altre spese sostenute dall’organismo per la gestione del procedimento.

In tal senso saranno dovute, in quanto riconducibili nel novero delle spese vive, tutte quelle spese di cui all’art. 15 comma 1 n. 3 del d.p.r. 633/72 e cioè, come specificato dall’Amministrazione Finanziaria in Circolare 1/R T/50550 del 15/12/1973, “le spese anticipate per conto del cliente, a condizione che non costituiscano spese inerenti alla produzione del reddito di lavoro autonomo e a condizione che siano debitamente ed analiticamente documentate”. Nel caso dell’organismo di mediazione, si tratta di tutte le spese compiute per le attività

a favore di terzi (le parti) legate alla prestazione del servizio di mediazione svolto (dal mediatore e dalla segreteria).

La deroga alla onerosità della procedura dell'art. 17 comma 5 ter, coinvolge solo ed esclusivamente l'indennità dovuta al mediatore e trova la sua ragione logica nel fatto che non potrà essere svolta alcuna trattazione della mediazione, ma non anche l'attività dell'organismo di mediazione. Come peraltro anche nell'ipotesi di cui al precedente comma 5 bis.

Vi è stato taluno che, partendo da una errata interpretazione dell'art. 8 comma 1 ha inteso qualificare il primo incontro di mediazione come fase "informativa preliminare", in cui non verrebbe svolta alcuna attività di mediazione in senso stretto, allargando così l'ambito di applicabilità dell'art. 17 comma 5 ter a tutti i casi in cui il procedimento si concluda senza accordo al primo incontro, e quindi anche quando il professionista, chiamato a svolgere la funzione di mediatore, entri con le parti nel merito della controversia e la questione venga compiutamente trattata.

Questa interpretazione non è assolutamente accettabile né sostenibile.

Se nell'ipotesi in cui le parti si trovano nelle condizioni oggettive per poter accedere al gratuito patrocinio, la *ratio* della deroga all'onerosità può essere trovata ed ancorata ai principi di solidarietà sociale e sussidiarietà, nel caso di cui all'art. 17 comma 5 ter, la deroga mancherebbe di ogni ragione logica o sistematica, se non considerando il mancato accordo all'esito del primo incontro di mediazione conseguenza diretta della improcedibilità della stessa (per impedimento oggettivo non che rende esperibile il procedimento di mediazione. Una diversa interpretazione ne renderebbe la *ratio* oscura: soprattutto non si comprenderebbe in nome di quale altro principio costituzionale sarebbe sacrificato il diritto costituzionale del professionista al corrispettivo proporzionato all'opera prestata, di cui l'art. 2233 c.c. è pacificamente considerato epifania. E' noto infatti che i diritti di rango costituzionale possono essere compressi o attenuati solo per contemperarli con altri principi di pari rango.

Né d'altronde si può negare che quello del mediatore sia un contratto d'opera intellettuale, quand'anche realizzato attraverso il tramite organizzativo e gestorio dell'organismo di mediazione.

Secondo l'art. 2233 il compenso dovuto al professionista deve essere adeguato nella misura all'importanza dell'opera e al decoro della professione. La prestazione d'opera intellettuale, di norma svolta a titolo oneroso, è eccezionalmente possibile a titolo gratuito in ragione di ragioni etiche ed umanitarie, Di conseguenza al professionista è sicuramente consentito di svolgere la sua attività a titolo gratuito per *affectio* o *benevolentia* o per considerazioni di ordine sociale, come avviene anche nel caso dell'art. 17

comma 5 bis, ma certo ciò non può giungere sino a un obbligo di gratuità imposto per legge senza alcun ancoraggio costituzionale.

Nel caso di cui all'art. 5 ter infatti, la disposizione non trova alcun fondamento né in ragioni etiche ed umanitarie, né nell'*affectio* o *benevolentia* né sono esplicitate o individuabili considerazioni di ordine sociale di rango costituzionale per il sacrificio del diritto al compenso. Ma allora, essendo il contratto d'opera intellettuale oneroso e commutativo, perché il mediatore che svolga effettivamente attività di mediazione durante il primo incontro dovrebbe essere l'unico professionista al quale sia precluso il diritto al giusto compenso di cui all'art. 2233 c.c. e 36 cost.?

Al contrario, se si adotta la tesi secondo la quale nulla è dovuto nel solo caso di improcedibilità per la presenza di elementi ostativi alla procedibilità della mediazione, giacché nel merito la controversia non viene trattata con la spendita della professionalità precipua del mediatore, ma vi è solo una verifica "notarile" delle condizioni per procedervi, allora troviamo una qualche ragionevole argomentazione per superare l'ostacolo dell'art. 36 cost.