

GIANPAOLO IMPAGNATIELLO

La domanda di mediazione: forma, contenuto, effetti

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'informalità del procedimento di mediazione. – 3. La domanda di mediazione: forma e modi di proposizione. – 4. I requisiti di forma-contenuto. – 5. *Segue*. L'indicazione del valore della lite. – 6. Carenze e regolarizzazione della domanda. – 7. La comunicazione alle altre parti. – 8. Gli effetti sulla prescrizione e sulla decadenza. – 9. *Segue*. La determinazione del tempo della domanda. – 10. Mediazione e pubblicità immobiliare.

1. Premessa.

È opinione comune che il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 abbia disciplinato la «mediazione finalizzata alla conciliazione» per le controversie civili e commerciali alla stregua di un'attività spiccatamente procedimentalizzata¹, la quale – è stato rilevato² – si regge sopra quattro pilastri fondamentali, tutti desumibili dall'art. 3 del d.lgs.: l'autonomia negoziale, la riservatezza, la garanzia d'imparzialità e competenza del mediatore e, da ultima, l'informalità.

A ben vedere, il carattere procedimentale della mediazione è conseguenza diretta del rapporto che il legislatore delegato italiano, sulla scia di quello europeo, ha istituito con la conciliazione: a norma dell'art. 1 del d.lgs., infatti, la mediazione costituisce null'altro che il mezzo al fine di realizzare l'accordo conciliativo e questo costituisce null'altro che il risultato eventuale e auspicato di quella. La relazione strumentale che lega mediazione e conciliazione implica che la prima sia (nel senso che deve essere) adeguata allo scopo: sia, cioè, “costruita” in modo tale da agevolare il più possibile il raggiungimento dell'accordo conciliativo. Su questa base, non sorprende che l'art. 3 della direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008, che ha rappresentato il diretto antecedente del d.lgs. n. 28/2010³, definisca la mediazione come un *procedimento strutturato*; e che il d.lgs. n. 28/2010 dedichi al *procedimento di mediazione* addirittura un intero capo.

D'altra parte, l'attività svolta dal e dinanzi al mediatore è destinata a intrecciarsi sotto una molteplicità di aspetti con il processo e la giurisdizione: non solo e non tanto perché nelle materie di cui all'art. 5, 1° comma, del d.lgs. la mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, né soltanto perché il giudice, a processo già pendente (addirittura in appello), può “demandare” alle parti consenzienti l'esperimento della mediazione; ma anche e soprattutto in considerazione della rilevanza che gli esiti della mediazione assumono per la giurisdizione⁴. In particolare, il verbale di accordo può essere munito dal

¹ In tal senso, tra gli altri, 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 giur.*, 2010, p. 431 ss.; G. Scarselli, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 147; M. Fabiani, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, in *Società*, 2010, p. 1142.

² R. Tiscini, *Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in www.judicium.it, (2011), § 2.

³ Che, infatti, richiama in epigrafe la direttiva immediatamente dopo l'art. 60 della l. delega 69/2009. Sul raffronto tra il modello di mediazione introdotto dal d.lgs. n. 28/2010 e la direttiva europea del 2008, v., se vuoi, G. Impagnatiello, *La «mediazione finalizzata alla conciliazione» di cui al d.lgs. n. 28/2010 nella cornice europea*, in www.judicium.it, (2011).

⁴ G. Scarselli, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.lgs. 28/10*, in *Foro it.*, 2011, V, § 5.

presidente del tribunale della qualità di titolo esecutivo, previa verifica della sua regolarità formale e della non contrarietà dei patti all'ordine pubblico e a norme imperative (art. 12 d.lgs. n. 28/2010); allo stesso modo, il verbale di mancata conciliazione è in grado di condizionare il contenuto della decisione del giudice, sia che si tratti di desumere argomenti di prova dalla mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione, a norma dell'art. 8, ult. comma, sia che venga in rilievo, ai fini della regolamentazione delle spese processuali, il rifiuto o la mancata accettazione della proposta formulata dal mediatore ai sensi dell'art. 11, 1° comma.

Orbene, la rilevanza giurisdizionale della conciliazione e della mancata conciliazione impedisce al legislatore di disinteressarsi dei modi nei quali queste si producono: di qui la necessità di assicurare che la mediazione sia in qualche modo “regolata”⁵ e che siano preservate ad un tempo la riservatezza degli atti e delle dichiarazioni delle parti e l'imparzialità e la professionalità del mediatore.

2. L'informalità del procedimento di mediazione.

Nella cornice testé tratteggiata, la regola prevista dal 3° comma dell'art. 3 d.lgs. svolge una preziosa funzione di riequilibrio, ponendo il procedimento di mediazione al riparo dal regime formale tipico del processo. La norma in esame, infatti, non si limita a render chiaro che gli atti compiuti in sede di mediazione non sono soggetti a particolari formalità, ma assolve al compito di sottrarre l'intero procedimento all'applicazione delle regole dettate dal c.p.c. in tema di nullità degli atti processuali, a cominciare dai principî di tassatività e di strumentalità enunciati dall'art. 156, per finire al disposto dell'art. 159, 1° comma, per il quale la nullità di un atto provoca quella degli atti successivi che ne sono dipendenti.

In particolare, nel processo civile il c.d. principio di estensione fa sì che ogni nullità assoluta non sanata si riverberi sugli atti successivi e provochi, in ultima battuta, l'invalidità della sentenza definitiva, la quale per definizione “dipende” da tutti gli atti che la precedono.

Viceversa, la regola enunciata dall'art. 3, 3° comma, d.lgs. n. 28/2010 produce l'apprezzabile effetto di rendere l'accordo conciliativo sostanzialmente immune al mancato rispetto delle forme del procedimento di mediazione prescritte dalla legge e dal regolamento dell'organismo⁶. In altri e più chiari termini, la regola in discorso consente (anzi impone) di concludere che: *a*) la violazione delle norme legali e regolamentari relative al procedimento produce mera irregolarità e non nullità; *b*) la validità dell'accordo conciliativo è pregiudicata solo dalle cause che, sul piano sostanziale, provocano la nullità o l'annullabilità del contratto, rispettivamente a norma degli artt. 1418 ss. e 1425 ss. c.c.; *c*) le irregolarità verificatesi nel corso del procedimento, salvo che non determinino un vizio del consenso a norma dell'art. 1427 c.c., non pregiudicano la validità dell'accordo conciliativo; *d*) in caso di mancata conciliazione, l'irregolarità del procedimento può essere valutata dal giudice al fine di escludere gli effetti di cui agli artt. 8, ult. comma, e 13 d.lgs.⁷.

⁵ A norma dell'art. 3, 1° comma, d.lgs. n. 28/2010, il procedimento di mediazione è «disciplinato dal regolamento dell'organismo scelto dalle parti»: tuttavia, poiché il regolamento deve rispettare talune disposizioni imperative contenute tanto nello stesso d.lgs., quanto nel d.m. attuativo n. 180/2010 (R. Tiscini, *Il procedimento di mediazione*, cit., § 3), appare chiaro che il procedimento di mediazione è disciplinato non solo dal regolamento di procedura dell'organismo, ma anche, a un livello gerarchico più alto, dal d.lgs. n. 28/2010 e dal d.m. n. 180/2010.

⁶ Così già M. Bove, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in www.judicium.it, (2010), § 4.

⁷ Altro problema è quello della responsabilità dell'organismo di mediazione per i danni subiti dalle parti per effetto dell'irregolarità del procedimento riconducibile al mediatore.

Se così è, appare chiaro che la mediazione costituisce un procedimento *sui generis*, poiché qualsiasi deviazione degli atti compiuti dal mediatore e dalle parti rispetto allo schema legale o regolamentare non si riflette (se non eventualmente e mediatamente) sul regime di validità dell'atto conclusivo del procedimento.

Con queste premesse, possiamo finalmente concentrare l'attenzione sulla domanda di mediazione, il cui regime di forma-contenuto e i cui effetti ricevono dal d.lgs. n. 28/2010 e dal d.m. attuativo n. 180/2010 una particolare considerazione.

3. La domanda di mediazione: forma e modi di proposizione.

La forma e le modalità di proposizione della domanda di mediazione sono disciplinate dall'art. 4 d.lgs. n. 28/2010. Si tratta del medesimo articolo che, sotto la non tanto precisa rubrica «*Accesso alla mediazione*», regola profili affatto diversi: i primi due commi, come si è accennato, si riferiscono *stricto sensu* alla domanda di mediazione; invece, il 3° comma pone a carico dell'avvocato, che riceva dal proprio cliente l'incarico di agire in giudizio⁸, il c.d. dovere d'informativa in ordine alla possibilità o all'obbligo di avvalersi della mediazione e dei benefici fiscali per essa previsti.

Con formula che non brilla certamente per rigore, il 1° comma dell'art. 4 stabilisce che la domanda si propone mediante il deposito di un'«istanza presso un organismo».

L'assenza di limitazioni territoriali all'attività degli organismi di mediazione e la conseguente rinuncia a disciplinarne la “competenza” sono frutto di una ben precisa scelta del legislatore delegato, che ha lasciato la parte che propone la domanda del tutto libera di scegliere l'organismo tra tutti quelli registrati presso il Ministero della Giustizia e operanti sul territorio della Repubblica. Se è innegabile che in tal modo si favoriscano fenomeni di “*forum shopping*” e si agevolino condotte opportunistiche⁹, va dato atto che il sistema previene a monte tutte le complicazioni alle quali si sarebbe andati incontro in presenza di regole di competenza, a cominciare dalla necessità di qualificare il vizio derivante dall'inosservanza di tali regole e di prevedere un meccanismo per risolvere i conflitti tra organismi di mediazione¹⁰.

Benché la disposizione in esame discorra univocamente di deposito, nulla impedisce che i regolamenti di procedura degli organismi prevedano diverse modalità di proposizione dell'istanza: dall'invio a mezzo posta elettronica (semplice e certificata) alla raccomandata, dalla posta ordinaria al fax. L'equipollenza tra queste forme di deposito, peraltro, è resa possibile non solo dalla lettera dell'art. 8, 1° comma, che individua nella «presentazione» della domanda il primo atto della procedura di mediazione, ma anche dalla constatazione che, come si vedrà meglio più avanti, la maggior parte degli effetti della domanda di media-

⁸ Che il dovere d'informativa incomba unicamente sul difensore che riceve l'incarico di agire in giudizio, e non anche sul difensore del convenuto, lo si desume non solo dalla *ratio* di tale dovere, che è funzionale a evitare l'instaurazione del giudizio e, dunque, non ha ragion d'essere allorquando il giudizio è già stato promosso dalla controparte, ma anche dalla circostanza che l'art. 4, 3° comma, d.lgs. impone di allegare il documento che contiene l'informazione all'«atto introduttivo dell'eventuale giudizio». In argomento, v. ampiamente G. Trisorio Liuzzi, *La nuova disciplina della mediazione. Gli obblighi informativi dell'avvocato*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 979 ss., nonché S. Ziino, M. Vajana, *Sul dovere dell'avvocato di informare il cliente della possibilità di avvalersi della mediazione finalizzata alla conciliazione. Spunti sull'ambito di applicazione del nuovo istituto della mediazione*, in www.judicium.it, (2011), spec. § 3; U. Perfetti, *Mediazione e conciliazione: aspetti sostanziali e deontologici*, in *Rass. forense*, 2010, p. 23 s.

⁹ G. Canale, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 621.

¹⁰ Cfr. L. Dittrich, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 580 s.; R. Tiscini, *Il procedimento di mediazione*, cit., § 8.

zione si produce non già nel momento in cui questa è presentata all'organismo, ma piuttosto in quello in cui essa è comunicata alla controparte (art. 5, 6° comma) o, addirittura, in quello in cui la controparte ne riceve la comunicazione (art. 4, 1° comma).

4. I requisiti di forma-contenuto.

A norma dell'art. 4, 2° comma, del d.lgs., l'istanza deve contenere alcune indicazioni funzionali al corretto svolgimento della procedura: l'organismo prescelto, le parti, l'oggetto e le ragioni della «pretesa».

A) Ben poco vi è da dire con riguardo all'indicazione dell'organismo, se non che, dovendo la domanda essere «depositata» (nel senso precisato nel paragrafo precedente) presso un organismo, tale condotta, a ben vedere, appare più che sufficiente a rivelare in modo univoco la volontà della parte di scegliere quell'organismo con esclusione di tutti gli altri. Occorre piuttosto osservare che, siccome l'organismo deve essere in grado di svolgere l'attività di mediazione «in almeno due regioni italiane o in almeno due province della medesima regione», anche attraverso accordi con altri organismi di mediazione (art. 4, 2° comma, lett. a, d.m. n. 180/2010), è ben possibile che la maggior parte degli organismi disponga di due o più sedi operative. Ne consegue che non è per nulla scontato che la sede della mediazione coincida con la sede (centrale o legale) dell'organismo, ben potendo accadere che la parte che propone la domanda manifesti la volontà che il procedimento si svolga presso un'altra sede. Tale possibilità è anzi implicitamente presupposta dall'art. 8, 2° comma, del d.lgs., a norma del quale il procedimento si svolge presso la sede dell'organismo oppure «nel luogo indicato dal regolamento di procedura». Se ne può dedurre che, se l'organismo dispone di una pluralità di sedi e la parte istante desidera che il procedimento si svolga in una di esse, la domanda di mediazione deve farne indicazione; in caso contrario, è da ritenere che la mediazione debba svolgersi nella sede centrale, salvo che vi sia il consenso delle parti o che specifiche esigenze organizzative suggeriscano una diversa soluzione¹¹.

B) Per quel che concerne le parti, l'art. 4, 2° comma, si limita a prevedere come necessaria la loro indicazione. Sennonché, sia pure all'interno di un procedimento ispirato al principio di libertà delle forme, non è possibile rinunciare a ritenere che ciascun atto debba presentare per lo meno i requisiti di forma-contenuto che sono strettamente funzionali al raggiungimento del suo scopo. Orbene, la domanda di mediazione, mettendo capo a un procedimento che si svolge dinanzi a un organo che deve essere (e deve rimanere) imparziale e che, pertanto, non può non garantire il contraddittorio¹², presenta indubbi elementi

¹¹ L'eventualità che il procedimento si svolga in un «luogo» diverso dalla sede dell'organismo impone peraltro di domandarsi come, in tali eventualità, vada applicato l'art. 12 del d.lgs., che attribuisce la competenza a dichiarare esecutivo il verbale di accordo al presidente del tribunale «nel cui circondario ha sede l'organismo». La lettera della norma (in una con la disposizione contenuta nell'art. 13 del d.m. n. 180/2010, per la quale il giudice che nega l'omologazione trasmette al responsabile e all'organismo copia del provvedimento di diniego) indurrebbe a concentrare le domande di *exequatur* nel foro nel quale l'organismo ha la sede legale o, comunque, centrale, ma tale interpretazione produce l'inconveniente di costringere le parti che hanno conciliato in una sede «decentrata» a rivolgersi al tribunale di un'altra provincia o, addirittura, di un'altra regione. È perciò auspicabile che prevalga la lettura più elastica del citato art. 12, quella cioè che privilegia la «sede» nella quale si è svolta la mediazione ed è stato raggiunto l'accordo, piuttosto che la sede legale dell'organismo.

¹² La garanzia del contraddittorio non è espressamente prevista dal d.lgs. n. 28/2010, ma lo è dalla raccomandazione della Commissione europea 98/257/CE del 30 marzo 1998, riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo: l'art. 3, infatti, prevede che «la procedura da seguire comporta la possibilità, per tutte le parti interessate, di far conosce-

di analogia con l'atto di citazione: in particolare, la domanda di mediazione assolve, *mutatis mutandis*, a quegli stessi scopi obiettivi che sono propri della citazione, ossia l'*editio actionis* e la *vocatio* della controparte. Se ne può ragionevolmente dedurre che, sia per la tutela della parte "convenuta", sia per la funzionalità del procedimento (si pensi, per esempio, alla necessità della segreteria dell'organismo di conoscere i recapiti della parte resistente per comunicarle la domanda di mediazione), sia, infine, per la corretta individuazione del diritto fatto valere, non è di regola sufficiente la mera indicazione delle parti, ma occorre una puntuale specificazione delle loro generalità. Le quali, nel silenzio della legge, possono essere ricavate dall'art. 163 c.p.c.: nome, cognome, luogo e data di nascita, residenza e/o domicilio, codice fiscale; e, se si tratta di enti, società o altre persone giuridiche, la denominazione o la ditta con l'indicazione dell'organo o dell'ufficio che ne ha la rappresentanza in giudizio¹³.

C) La necessità che nella domanda siano indicati l'oggetto e le ragioni della pretesa è funzionale a obiettivi sin troppo intuitivi. I quali non consistono solamente nel definire il *thema* del procedimento di mediazione, nel determinare la prevenzione (art. 4, 1° comma, d.lgs.) e nel consentire la produzione degli effetti della domanda di cui all'art. 5, 6° comma, del medesimo d.lgs., ma anche nel permettere al giudice del futuro giudizio di merito di verificare la procedibilità della domanda, acclarando che il diritto per il quale si procede è lo stesso azionato dinanzi al mediatore¹⁴.

Naturalmente vale anche qui, se possibile ad ancor più forte ragione, l'esigenza che la domanda di mediazione sia redatta con sufficiente chiarezza. L'informalità del procedimento rende invero senz'altro possibili precisazioni e modificazioni successive dell'oggetto e delle ragioni della pretesa, ma non par dubbio che, fino a quando il diritto fatto valere non è stato specificato con sufficiente precisione, non possano prodursi gli effetti sostanziali e procedurali della domanda di mediazione¹⁵: dall'interruzione della prescrizione all'impedimento della decadenza, per finire alla prevenzione rispetto ad altri procedimenti di mediazione.

5. *Segue. L'indicazione del valore della lite.*

re il proprio punto di vista all'organo competente e di prendere conoscenza di tutte le posizioni e di tutti i fatti avanzati dall'altra parte, nonché eventualmente delle dichiarazioni degli esperti».

¹³ Non richiedendosi nel procedimento di mediazione la difesa tecnica, la domanda può fare a meno dell'indicazione del difensore (salvo che regolamenti di procedura più restrittivi, come per esempio quello uniforme approvato dal Consiglio nazionale forense il 21 dicembre 2010, impongano espressamente l'onere di patrocinio). Va detto, piuttosto, che il conferimento al difensore dell'eventuale incarico di assistenza nel procedimento di mediazione – il quale, giova ribadirlo, non è un processo – non deve necessariamente risultare da atto scritto e tanto meno da una procura formale, ma può considerarsi implicito nella sottoscrizione da parte dell'assistito della domanda che contiene la designazione del difensore e finanche nella comparizione del difensore nelle sessioni di mediazione. Come d'ordinario, invece, i poteri del *procurator* sono assoggettati a un particolare regime formale quando questi non si limita ad assistere, ma *rappresenta* la parte nel procedimento e il negozio cui tende la domanda di mediazione è tra quelli per i quali è previsto l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata. In ogni caso, è da escludere che nel procedimento di mediazione possa trovare spazio l'art. 83 c.p.c., il quale è dettato con specifico riguardo al processo civile ed è di applicazione quanto meno ardua al di fuori del contesto giurisdizionale.

¹⁴ M. Fabiani, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, cit., p. 1145 s.; R. Tiscini, *Il procedimento di mediazione*, cit., § 5.

¹⁵ G. Canale, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, cit., p. 623; E. Zucconi Galli Fonseca, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 664.

Ai requisiti di forma-contenuto previsti dall'art. 4, 2° comma, d.lgs. n. 28/2010, il d.m. n. 180/2010 ne ha aggiunto un altro, prevedendo che «il valore della lite è indicato nella domanda a norma del codice di procedura civile» (art. 16, 7° comma). L'indicazione è funzionale all'individuazione dello scaglione di valore della lite e, per conseguenza, al calcolo dell'indennità dovuta dall'organismo di mediazione, tant'è vero che nel successivo 8° comma è scritto che quando il valore è indeterminato o indeterminabile oppure vi è una notevole divergenza tra le parti sulla stima, il valore di riferimento è stabilito *ex officio* dall'organismo e comunicato alle parti. Stranamente, la norma non prende in considerazione l'eventualità – tutt'altro che teorica – che la «notevole divergenza» sulla stima non contrapponga una parte all'altra, ma le parti (o la parte, nel caso di mancata partecipazione del *defendant* al procedimento di mediazione) all'organismo. Ciò nonostante, nulla sembra poter impedire all'organismo, che è portatore di un autonomo interesse, di rettificare anche in tale ultimo caso l'indicazione del valore fatta dall'istante.

A parte quanto si è testé osservato, desta qualche perplessità il fatto che un adempimento talora non scevro da tecnicismo sia posto a carico della parte che propone la domanda, la quale non ha l'onere di avvalersi di un difensore e potrebbe perciò non essere in grado di fare applicazione dei criteri previsti dal c.p.c. per la determinazione del valore della lite.

6. Carenze e regolarizzazione della domanda.

Il carattere informale del procedimento di mediazione impedisce di ritenere applicabile alla domanda la disciplina dell'invalidità dell'atto di citazione, dettata dall'art. 164 c.p.c. Non di meno, da tale disposizione è possibile trarre alcune indicazioni di principio, idonee a regolare, con gli opportuni adattamenti, le conseguenze della mancata o dell'incerta indicazione di uno degli elementi essenziali della domanda di mediazione. Infatti, non potendo revocarsi in dubbio che la domanda di mediazione assolve alle medesime funzioni obiettive che nel processo civile sono proprie dell'atto di citazione, l'art. 164 è in grado di aiutare l'interprete a porre nella giusta luce i riflessi che le sue carenze producono sull'attività delle parti e del mediatore; pur non potendosi dimenticare che il rapporto tra parti e mediatore è profondamente diverso da quello tra parti e giudice, vuoi perché il mediatore non dispone di poteri autoritativi nei confronti delle parti, neppure in funzione sanante di eventuali carenze formali degli atti, vuoi perché l'intero procedimento di mediazione è rimesso alla disponibilità delle parti, le quali, con la loro volontà comune, possono condizionarne in ogni momento lo sviluppo¹⁶.

Tanto premesso, a nessuna conseguenza può dar luogo la mancata indicazione dell'organismo prescelto, dal momento che, come si è detto, la presentazione della domanda presso un organismo costituisce un comportamento più che idoneo a rivelare univocamente la volontà dell'istante di avvalersi di quell'organismo con esclusione di tutti gli altri.

Quanto alle indicazioni relative alle parti, la loro mancanza o assoluta incertezza impedisce che il procedimento di mediazione possa svolgersi proficuamente. In tali casi, il

¹⁶ Non a caso, nel “considerando” 13 della direttiva 2008/52/CE si legge che la mediazione dovrebbe costituire «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». Il senso della previsione è chiaro, per quanto non possa non notarsi l'uso per noi profondamente innovativo che la direttiva fa della nozione di volontaria giurisdizione. Va però precisato che tale utilizzo è essenzialmente frutto della traduzione in lingua italiana del testo della direttiva, posto il testo francese discorre di *processus volontaire* e non di *jurisdiction volontarie*.

mediatore (e prima ancora lo stesso organismo) ha facoltà di segnalare all'istante la necessità d'integrare o precisare i dati forniti con la domanda, magari fissando un termine per provvedervi e avvertendo che, in caso contrario, la mediazione non potrà proseguire¹⁷. Nella perdurante inerzia della parte istante, al mediatore non rimarrà altro da fare che redigere verbale di mancata conciliazione, facendo constare l'impossibilità di procedere¹⁸.

Lo stesso dicasi per il caso in cui siano omessi o assolutamente incerti l'oggetto e le ragioni della domanda. Come si è già accennato, nulla impedisce alla parte istante di colmare in un momento successivo eventuali lacune della domanda introduttiva e al mediatore di segnalare una tale necessità; ma, se la parte non ottempera, lo sbocco inevitabile del procedimento è il verbale di mancata conciliazione, a norma dell'art. 11, 4° comma, d.lgs.

Infine, nessun problema sussiste in caso di mancata indicazione del valore della lite, posto che, come si è visto, l'organismo ha il potere di determinarlo *motu proprio* dandone comunicazione alle parti (art. 16, 8° comma, d.m. n. 180/2010).

7. La comunicazione alle altre parti.

Una volta "presentata" all'organismo, la domanda va comunicata all'altra o alle altre parti. L'art. 8, 1° comma, d.lgs. n. 28/2010 si limita a prevedere che (a) la domanda è comunicata «con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione» e che (b) alla comunicazione si provvede «anche a cura della parte istante» (c) dopo che il responsabile dell'organismo ha nominato il mediatore e fissato la data del primo incontro davanti a lui.

Quanto al primo punto, il principio d'informalità che connota il procedimento di mediazione rende possibile qualunque modalità di comunicazione, purché, come dice la norma, idonea ad assicurare la ricezione della domanda. Saranno i regolamenti degli organismi a fornire indicazioni più precise. Tuttavia, poiché né il fax, né la posta elettronica semplice danno sufficienti garanzie legali di ricezione, le uniche forme di comunicazione delle quali pare possibile avvalersi sono, oltre alla notificazione a norma degli artt. 137 ss. c.p.c., la posta elettronica certificata (purché, ovviamente, il destinatario della comunicazione ne sia dotato) e la raccomandata con avviso di ricevimento (possibilmente "alla francese", ossia mediante invio dell'istanza senza busta). Va da sé che, qualora, per le modalità di comunicazione prescelte, la domanda non giungesse a destinazione con congruo anticipo rispetto alla data del primo incontro col mediatore, la mancata partecipazione della parte chiamata sarebbe senz'altro imputabile a un «giustificato motivo», in grado di escludere le conseguenze processuali di cui all'art. 8, ult. comma, d.lgs.¹⁹.

Per quel che concerne il secondo profilo, la lettera dell'art. 8, 1° comma, lascia intendere che il compito di provvedere alla comunicazione spetta *in primis* all'organismo, fermo restando che può averne cura «anche» la parte istante. La previsione appare sicuramente opportuna, per poco che si consideri che la comunicazione alle altre parti (e non il deposito presso l'organismo) segna il momento di produzione degli effetti sostanziali e procedurali della domanda di mediazione. In questa prospettiva, la disposizione produce l'effetto di responsabilizzare l'istante, ponendo a suo carico l'onere di farsi parte diligente ogni qual volta tema d'incorrere in prescrizioni o decadenze (si pensi, per esempio, all'impugnazione della delibera dell'assemblea condominiale, che a norma dell'art. 1109, 2° comma, c.c. va

¹⁷ Cfr. L. Dittrich, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, cit., p. 581.

¹⁸ Il decreto legislativo non prevede modalità di definizione del procedimento diverse dalla conciliazione e dalla mancata conciliazione, sicché è per lo meno dubbio che il mediatore possa porre fine alla procedura con un *non liquet* o una dichiarazione d'improseguibilità.

¹⁹ Conf. M. Bove, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, cit., § 3.

proposta entro trenta giorni dalla delibera o dalla sua comunicazione). È perciò da ritenere che la responsabilità per prescrizioni o decadenze subite dall'istante possa essere imputata all'organismo solo qualora ne sia dimostrata una specifica (e grave) negligenza.

Quest'ultima osservazione s'intreccia con il terzo e ultimo dei profili posti dall'art. 8, 1° comma. Tale disposizione, infatti, disegna una sequenza procedimentale ordinata, postergando la comunicazione della domanda alla designazione del mediatore e alla fissazione del primo incontro dinanzi a lui. Sennonché, potendo queste ultime attività richiedere alcuni giorni, subordinare la comunicazione al loro espletamento potrebbe costituire per l'istante fonte di grave pregiudizio²⁰. Per ovviare all'inconveniente, è sufficiente ritenere che la comunicazione della domanda possa avvenire immediatamente, rinviandosi a un momento successivo la designazione del mediatore. Si tratta, in fin dei conti, di una piccola deroga alla serie di atti di cui all'art. 8, 1° comma, resa possibile dal carattere informale del procedimento e giustificata dall'obiettivo di assicurare la piena tutela delle ragioni dell'istante.

A questo proposito, si deve aggiungere che il d.lgs. n. 28/2010 non fissa un termine "a difesa" minimo. Il citato art. 8, infatti, si limita a prevedere che il primo incontro col mediatore deve tenersi entro quindici giorni dalla presentazione della domanda, ma, considerata la necessità di designare preliminarmente il mediatore, il termine a disposizione del chiamato per organizzare la propria difesa si restringe in concreto a non più di sette-otto giorni. Si tratta, probabilmente, di un termine troppo ristretto, soprattutto in considerazione dell'eventualità che nel termine cadano festività o periodi feriali. È perciò auspicabile che, in caso di mancata partecipazione della parte chiamata alla prima sessione, il mediatore fissi in ogni caso un secondo incontro, comunicandone la data alla parte non comparsa; e, come si è già accennato, è altresì auspicabile che nella valutazione del giustificato motivo di mancata partecipazione al procedimento di mediazione, a norma dell'art. 8, ult. comma, d.lgs., la giurisprudenza mostri sufficiente cautela, tenendo conto di tutte le circostanze del caso²¹.

8. Gli effetti sulla prescrizione e sulla decadenza.

Già l'art. 8 della direttiva 2008/52/CE, sotto la rubrica «*Effetto della mediazione sui termini di prescrizione e decadenza*», aveva previsto che «gli Stati membri provvedono affinché alle parti che scelgono la mediazione nel tentativo di dirimere una controversia non sia successivamente impedito di avviare un procedimento giudiziario o di arbitrato in relazione a tale controversia per il fatto che durante il procedimento di mediazione siano scaduti i termini di prescrizione o decadenza». La previsione costituiva il necessario completamento delle misure, contemplate dal quarto principio della raccomandazione 98/257/CE della Commissione del 30 marzo 1998 e dirette ad assicurare l'efficacia delle procedure di conciliazione²². È infatti evidente che la parte è tanto più indotta ad avvalersi di una procedura conciliativa quanto più possa esser certa che la domanda di mediazione produce effetti analoghi a quelli della domanda giudiziale.

²⁰ G. Canale, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, cit., p. 622; R. Tiscini, *Il procedimento di mediazione*, cit., § 10.

²¹ M. Bove, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, cit., §§ 3 e 5.

²² Le misure previste dalla raccomandazione erano: l'accesso del consumatore alla procedura, senza essere obbligato a ricorrere ad un rappresentante legale; la gratuità della procedura o la determinazione di costi moderati; la fissazione di termini brevi tra la presentazione del reclamo all'organo e l'adozione della decisione; l'attribuzione di un ruolo attivo all'organo competente che gli consenta di prendere in considerazione tutti gli elementi utili alla risoluzione della controversia. Sul punto, v. G. Impagnatiello, *La «mediazione finalizzata alla conciliazione» di cui al d.lgs. n. 28/2010 nella cornice europea*, cit., §. 2.

Su questa base, l'art. 5, 6° comma, del d.lgs. n. 28/2010 stabilisce che la domanda di mediazione incide sia sulla prescrizione, sia sulla decadenza. Più precisamente, vi si prevede che «dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data, la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'articolo 11 presso la segreteria dell'organismo».

La norma necessita di alcuni chiarimenti.

In primo luogo, la collocazione all'interno dell'art. 5 del d.lgs., che prevede i casi di mediazione “obbligatoria” e quelli nei quali il giudice può invitare le parti a rivolgersi a un mediatore (c.d. mediazione demandata), potrebbe far credere che la norma sugli effetti operi solo in queste tipologie di mediazione e non anche nella mediazione meramente facoltativa. In realtà, posto che gli effetti su prescrizione e decadenza si producono in modo oggettivo, non v'è motivo di differenziare il trattamento della mediazione facoltativa rispetto a quella obbligatoria o demandata²³.

In secondo luogo, il momento nel quale la domanda produce i propri effetti su prescrizione e decadenza è rappresentato dalla «comunicazione alle altre parti». Tale momento, che come ormai sappiamo è successivo al deposito della domanda presso l'organismo, coincide esattamente con l'invio della comunicazione. La conclusione è avvalorata sia dalla lettera della legge, posto che il d.lgs. n. 28/2010, quando ha voluto far riferimento ad altri momenti, lo ha detto espressamente (per es., nell'art. 4, 1° comma), sia dalla nota giurisprudenza costituzionale secondo cui il tempo necessario al perfezionamento della comunicazione (e della notificazione²⁴) non può andare a danno della parte che vi provvede²⁵.

Gli effetti che la domanda di mediazione produce sulla prescrizione sono, come si è detto, i medesimi della domanda giudiziale. Non par dubbio che vi rientri l'interruzione della prescrizione, a norma dell'art. 2943, 1° comma, c.p.c. Meno chiaro è, invece, il prodursi dell'effetto sospensivo, che, com'è noto, nel processo civile dura fino al passaggio in giudicato della sentenza definitiva (art. 2945, 2° comma) e nell'arbitrato fino al momento in cui il lodo che definisce il giudizio non è più impugnabile o passa in giudicato la sentenza resa sull'impugnazione (art. 2945, 4° comma)²⁶. A ben vedere, infatti, la sospensione va posta in relazione non tanto con la notificazione della domanda giudiziale o arbitrale, quanto piuttosto

²³ Nello stesso senso, v. L. Boggio, in AA.VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, Milano, 2010, p. 235.

²⁴ V. oggi l'art. 149, 3° comma, c.p.c., aggiunto dalla l. 28 dicembre 2005, n. 263, sul quale v. R. Caponi, *La nuova disciplina del perfezionamento della notificazione nel processo civile (art. 149, 3° comma, c.p.c.)*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 165 ss.

²⁵ Corte cost. 23 gennaio 2004, n. 28, in *Foro it.*, 2004, I, c. 646, con nota di R. Caponi, *Sul perfezionamento della notificazione nel processo civile (e su qualche disattenzione della Corte costituzionale)*; Corte cost. 26 novembre 2002, n. 477, ivi, 2003, I, c. 13, con nota di R. Caponi, *La notificazione a mezzo posta si perfeziona per il notificante alla data di consegna all'ufficiale giudiziario: la parte non risponde delle negligenze di terzi*; Corte cost. 27 luglio 2001, n. 322, ivi, 2001, I, c. 3021, con nota di R. Caponi, *Interpretazione conforme a Costituzione e diritto vivente nelle notificazioni postali*.

²⁶ Ammettono la produzione anche dell'effetto sospensivo R. Caponi, *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d.leg. 4 marzo 2010, n. 28)*, I, *Quadro generale*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 93; E. Zucconi Galli Fonseca, *La nuova mediazione nella prospettiva europea*, cit., p. 663.

sto con la pendenza del processo²⁷, come, se non altro, è dimostrato dal fatto che essa viene meno se il processo si estingue (art. 2945, 3° comma).

Si aggiunga che, anche a voler ritenere che tra gli «effetti» della domanda di mediazione, cui si riferisce l'art. 5, 6° comma, d.lgs., vi sia anche quello sospensivo, manca una disposizione che, alla stessa stregua dei citati 2° e 4° comma dell'art. 2945 c.c., specifichi fino a quale momento la sospensione perdura. Dire che si può applicare in via analogica quanto lo stesso art. 5, 6° comma, prescrive con riguardo alla decadenza non pare sufficiente, poiché il riferimento al deposito del verbale di mancata conciliazione ha una logica in relazione alla decadenza, ma non alla prescrizione. Infatti, posto che all'accordo conciliativo è del tutto estranea la previsione dell'art. 2953 c.c., a norma del quale la sentenza di condanna passata in giudicato sostituisce all'eventuale prescrizione più breve quella decennale, si dovrebbe concludere, in via “doppiamente” analogica, che l'effetto sospensivo dura fino al deposito del verbale di mancata conciliazione o del verbale che recepisce l'accordo conciliativo, a norma dell'art. 11, 3° comma, d.lgs. n. 28/2010.

Quanto all'effetto impeditivo che la domanda di mediazione produce sulla decadenza, va anzitutto osservato che si tratta di un impedimento *sui generis*, dal momento che, in caso di fallimento della procedura di mediazione, il medesimo termine decadenziale prende a decorrere dal deposito del verbale di mancata conciliazione, a norma dell'art. 11, 5° comma, del d.lgs. n. 28/2010. Si tratta, poi, per espressa previsione di legge, di un impedimento in grado di operare *una sola volta*: la *ratio* della norma è con tutta evidenza d'impedire la reiterazione strumentale della domanda di mediazione²⁸, anche se in verità, considerato il carattere oneroso del procedimento, simili condotte opportunistiche dovrebbero essere piuttosto improbabili.

È poi il caso di precisare che la disposizione dell'art. 5, 6° comma, d.lgs. è riferibile alle sole decadenze sostanziali di cui all'art. 2964 c.c. e non anche alle decadenze processuali, le quali possono essere impediti solo attraverso la proposizione dell'atto tipico prescritto dalla legge.

A parte quanto si è testé detto a proposito di prescrizione e decadenza, la domanda di mediazione non produce alcun altro degli effetti sostanziali che la legge collega in via esclusiva alla proposizione della domanda giudiziale²⁹: si pensi alla restituzione dei frutti da parte del possessore di buona fede (artt. 1148 c.c.), del donatario (art. 807 c.c.) o del successibile che abbia subito l'azione di riduzione (art. 561, 2° comma, c.c.); alla corresponsione degli interessi sugli interessi (art. 1283 c.c.); all'obbligo del convenuto in rivendica di custodire il bene (art. 948 c.c.); all'effetto preclusivo della domanda di esecuzione del contratto conseguente alla proposizione della domanda di risoluzione (art. 1453, 2° comma, c.c.).

9. *Segue. La determinazione del tempo della domanda.*

²⁷ Cfr. G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Bari, 2010, p. 23 s. Invece, nel senso che la sospensione dell'interruzione costituisca propriamente un effetto conservativo della domanda, v. A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*⁵, Napoli, 2006, p. 227.

²⁸ Sulla scia dell'avvertimento di F.P. Luiso, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1260. Sul punto, v. G. Canale, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, cit., p. 622; R. Tiscini, *Il procedimento di mediazione*, cit., § 7.

²⁹ Conf. R. Tiscini, *Il procedimento di mediazione*, cit., § 7.

A norma dell'art. 4, 1° comma, del d.lgs. n. 28/2010, la «data di ricezione della comunicazione» segna il *dies a quo* la procedura di mediazione deve considerarsi pendente al fine di dirimere il conflitto con altre procedure sulla stessa domanda³⁰.

Il riferimento alla ricezione della comunicazione solleva qualche perplessità. Esso, infatti, è assunto dal d.lgs. n. 28/2010 a elemento di discriminazione per stabilire quale, tra due o più organismi chiamati a mediare la stessa controversia, debba procedere e quali invece debbano segnare il passo³¹. La finalità della disposizione è del tutto analoga a quella dell'art. 39 c.p.c., che però, nel testo novellato dalla l. 69/2009, àncora la prevenzione al deposito del ricorso³². Qui, invece, contro ogni logica, viene svalutato il momento nel quale la domanda è presentata all'organismo e si dà rilievo al momento in cui la comunicazione è ricevuta dalla controparte (neppure a quello non essa è spedita dall'organismo o dall'istante)³³.

In dottrina non è mancato chi ha tentato di superare l'incongruenza riferendo la prevenzione al momento di ricezione della domanda da parte dell'organismo³⁴. La proposta, per quanto innegabilmente ragionevole, non appare però accettabile. La formulazione dell'art. 4, 1° comma, è *in parte qua* chiarissima, visto che pochi righe più su la norma discorre di «deposito» dell'istanza e di «presentazione» della domanda, sicché nulla autorizza a ritenere che il legislatore, proprio quando ha specificato il momento al quale occorre far riferimento per stabilire il tempo della domanda, sia incorso in un clamoroso *lapsus calami*. È auspicabile che i regolamenti degli organismi mettano rimedio all'irragionevolezza della previsione normativa, adottando regole di *self-restraint* più rigorose e lineari.

10. Mediazione e pubblicità immobiliare.

La domanda di mediazione non è soggetta a trascrizione. Dal punto di vista teorico, nulla avrebbe impedito al legislatore di prevederlo, ma ne sarebbero scaturiti non pochi e non semplici problemi. Intanto, la trascrizione avrebbe imposto un più elevato rigore tecnico nella predisposizione della domanda, il che sarebbe stato *ictu oculi* poco coerente con un procedimento contraddistinto dall'informalità e dall'assenza dell'onere di patrocinio. In secondo luogo, non può non tenersi conto che la trascrizione della domanda, mettendo sostanzialmente fuori mercato il bene, produce per la parte contro cui è diretta un grave pregiudizio³⁵.

Per tutte tali ragioni, bene ha fatto il legislatore a escludere la trascrivibilità della domanda di mediazione, ancorché rientrante tra quelle di cui agli artt. 2652 e 2690 c.c. Viceversa, a norma dell'art. 11, 3° comma, d.lgs. n. 28/2010, è trascrivibile l'accordo conciliativo, se con esso sia stato concluso uno degli atti di cui all'art. 2643 c.c. (e, aggiungerei, 2684

³⁰ Cfr. F. Cuomo Ulloa, *sub art. 4*, in *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali*, a cura di A. Bandini e N. Soldati, Milano, 2010, p. 63 s.

³¹ Per quanto sia da osservare che, considerati l'informalità del procedimento (*v. retro*, § 2) e il contenuto aggiudicativo dei poteri spettanti al mediatore, nulla impedisce di pensare che l'organismo successivamente adito possa comunque svolgere la mediazione: cfr. M. Bove, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, cit., § 4.

³² Sul punto, sia consentito rinviare a G. Impagnatiello, *sub art. 39 c.p.c.*, in *La riforma del c.p.c.*, a cura di F. Cipriani, S. Menchini e M. De Cristofaro, in *Nuove leggi civili comm.*, 2010, p. 753 ss.

³³ L. Dittrich, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, cit., p. 580.

³⁴ R. Tiscini, *Il procedimento di mediazione*, cit., § 6; L. Boggio, in AA.VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, cit., p. 232 s.

³⁵ Pregiudizio che nel processo civile è reso vieppiù evidente dalla circostanza che la trascrizione non può essere cancellata se non con sentenza passata in giudicato (art. 2668 c.c.).

c.c.), previa autentica della sottoscrizione del processo verbale ad opera di un pubblico ufficiale a ciò autorizzato³⁶.

Va peraltro ricordato che, al fine di assicurare che il ricorso alla mediazione non sia di ostacolo all'«accesso alla giustizia», in ossequio alle prescrizioni della legge delega 69/2009, l'art. 5, 3° comma, d.lgs. ha espressamente previsto che lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la trascrizione della domanda giudiziale. Naturalmente, ciò implica che la domanda giudiziale sia notificata (arg. *ex* art. 2658, 2° comma, c.c.) e che la causa sia tempestivamente iscritta a ruolo. In tal caso, però, l'effetto “prenotativo” della trascrizione della domanda resta riferibile solo alla sentenza di accoglimento e, nel silenzio della legge, non ha alcun rilievo allorché si trascriva l'accordo di conciliazione, che non ha con la domanda giudiziale alcun rapporto strutturale³⁷. Il che, se non altro, induce a concludere che per la parte che abbia trascritto la domanda giudiziale il procedimento di mediazione non ha alcuna utilità, tanto più qualora nelle more sia intervenuta l'iscrizione o la trascrizione di un atto pregiudizievole.

Se ne può agevolmente dedurre che l'art. 5 del d.lgs. è *in parte qua* irragionevole – e perciò stesso incostituzionale, per violazione dell'art. 3 Cost. –, poiché onera la parte a un'attività paragiurisdizionale (onerosa ma) del tutto inutile, in quanto inidonea a far venir meno l'interesse a promuovere e a coltivare il giudizio.

³⁶ Cfr. E. Fabiani, M. Leo, *Prime riflessioni sulla “mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali” di cui al d.lgs. n. 28/2010*, in *Riv. not.*, 2010, p. 893 ss., § 8.

³⁷ Nello stesso senso, R. Tiscini, *Il procedimento di mediazione*, cit., § 7.