

# La riforma della mediazione e della negoziazione assistita: nuovi trabocchetti e soluzioni

*di Fabio Diozzi*

- ✓ La centralità del nuovo primo incontro di mediazione
- ✓ La mediazione e la negoziazione assistita in modalità telematica
- ✓ Il gratuito patrocinio del non abbiente

# SOMMARIO

|  |           |
|--|-----------|
| INTRODUZIONE . . . . .   | 7         |
| <b>1. MEDIAZIONE . . . . .</b>   | <b>8</b>  |
| 1. Tipi di mediazione . . . . .  | 8         |
| 1.1. Mediazione volontaria . . . . .   | 9         |
| 1.2. Mediazione obbligatoria <i>ex lege</i> . . . . .  | 9         |
| 1.3. Mediazione demandata dal giudice . . . . .  | 10        |
| 1.4. Mediazione per clausola contrattuale o statutaria . . . . .   | 11        |
| <b>2. NOVITÀ SULLA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA EX LEGE . . . . .</b>   | <b>12</b> |
| 1. Ampliamento delle materie . . . . .   | 12        |
| 2. L'eccezione di omessa mediazione e il coordinamento con i novellati artt. 171-bis, 171-ter e 183 c.p.c. . . . . | 15        |
| 3. Opposizione a decreto ingiuntivo e mediazione . . . . .   | 17        |
| 4. Mediazione condominiale . . . . .   | 19        |
| 4.1. La semplificazione della legittimazione dell'amministratore di condominio . . . . .                           | 19        |
| 4.2. La competenza territoriale dell'organismo . . . . .   | 20        |
| 4.3. La mediazione non condominiale ove è parte il condominio . . . . .  | 21        |
| <b>3. NOVITÀ SULLA MEDIAZIONE DEMANDATA DAL GIUDICE . . . . .</b>  | <b>22</b> |
| <b>4. NOVITÀ SULLA MEDIAZIONE PER CLAUSOLA CONTRATTUALE O STATUTARIA . . . . .</b>                                 | <b>24</b> |
| 1. La previgente normativa . . . . .   | 24        |
| 2. Le innovazioni della riforma "Cartabia" . . . . .   | 25        |
| <b>5. NOVITÀ SUL PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE . . . . .</b>  | <b>28</b> |
| 1. Competenza territoriale derogabile dell'organismo di mediazione . . . . .                                       | 28        |
| 2. Il nuovo problema della durata della mediazione . . . . .   | 30        |
| 3. Il chiarimento sugli effetti sostanziali della domanda di mediazione . . . . .                                  | 32        |
| 4. La centralità del primo incontro . . . . .  | 33        |
| 4.1. Il ritorno alla stesura originaria del d.lgs. n. 28/2010 . . . . .  | 34        |
| 4.2. La partecipazione personale delle parti . . . . .   | 35        |
| 4.3. La rappresentanza sostanziale . . . . .   | 35        |
| 4.4. La forma della procura sostanziale . . . . .  | 35        |
| 4.5. La procura sostanziale a favore dell'avvocato . . . . .   | 38        |
| 5. Buona fede e lealtà . . . . .   | 39        |
| 6. Superamento della condizione di procedibilità . . . . .   | 39        |

|  |           |
|--|-----------|
| 7. Conseguenze processuali della mancata partecipazione al procedimento di mediazione . . . . .          | 40        |
| 8. La consulenza tecnica in mediazione (CTM). . . . .  | 41        |
| <b>6. LA MEDIAZIONE IN MODALITÀ TELEMATICA . . . . .</b>   | <b>44</b> |
| 1. L'originaria disciplina delle ODR e della mediazione telematica . . . . .                             | 45        |
| 2. La fase dell'emergenza Covid-19 . . . . .   | 45        |
| 3. La riforma "Cartabia" . . . . .   | 48        |
| 3.1. Il rinvio al c.a.d. e ai suoi istituti . . . . .  | 49        |
| 3.2. Il documento informatico . . . . .  | 49        |
| 3.3. La firma digitale . . . . .   | 50        |
| 3.4. La PEC . . . . .  | 50        |
| 3.5. La conservazione a norma . . . . .  | 51        |
| 4. Caratteristiche minime del nuovo sistema di mediazione telematica . . . . .                           | 51        |
| 4.1. Impossibile applicazione della norma emergenziale . . . . .   | 52        |
| 4.2. Aggiornamento degli organismi . . . . .   | 52        |
| 4.3. Procura all'avvocato che assiste la parte a sottoscrivere con firma digitale . . . . .              | 53        |
| 4.4. Distinzione fra verbale di conclusione della mediazione e verbali interlocutori . . . . .           | 53        |
| 4.5. Impossibilità a sottoscrivere della parte ex art. 11 del d.lgs. n. 28/2010 . . . . .                | 53        |
| 4.6. La mediazione "mista" . . . . .   | 54        |
| 4.7. Quale tutela per l'ultimo dei non "nativi digitali"? . . . . .                                      | 55        |
| <b>7. NOVITÀ SULLA CONCLUSIONE DEL PROCEDIMENTO. . . . .</b>   | <b>57</b> |
| 1. Verbale e accordo . . . . .   | 58        |
| 2. La proposta del mediatore . . . . .   | 59        |
| <b>8. PARTECIPAZIONE ALLA MEDIAZIONE DELLE AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE. . . . .</b>                        | <b>62</b> |
| 1. Nozione di amministrazioni pubbliche . . . . .  | 62        |
| 2. Sanzione per l'omessa partecipazione delle pubbliche amministrazioni . . . . .                        | 63        |
| 3. La limitazione di responsabilità per il rappresentante della P.A. che sottoscrive l'accordo . . . . . | 63        |
| 4. Assistenza della P.A. da parte dell'Avvocatura dello Stato? . . . . .                                 | 64        |
| <b>9. L'EFFICACIA ESECUTIVA DELL'ACCORDO . . . . .</b>   | <b>67</b> |
| 1. Accordo sottoscritto e certificato dagli avvocati. . . . .  | 67        |
| 2. Accordo omologato . . . . .   | 68        |
| <b>10. REGIME TRIBUTARIO, INDENNITÀ E CREDITI DI IMPOSTA. . . . .</b>                                    | <b>72</b> |
| 1. Aspetti tributari . . . . .   | 72        |
| 2. Indennità . . . . .   | 73        |
| 3. Crediti di imposta . . . . .  | 73        |

|  |     |
|--|-----|
| <b>11. IL GRATUITO PATROCINIO NELLA MEDIAZIONE</b> . . . . .   | 76  |
| 1. Cenni sul gratuito patrocinio nel processo. . . . .   | 76  |
| 2. La struttura originaria del d.lgs. n. 28/2010 . . . . .   | 77  |
| 3. La sentenza della Corte costituzionale n. 10/2021. . . . .  | 79  |
| 4. La riforma "Cartabia" e la nuova competenza del Consiglio dell'ordine degli avvocati . . . . .  | 79  |
| 5. Procedura per l'accesso alla gratuita mediazione . . . . .  | 81  |
| 6. Il limite di reddito risultante dall'ultima dichiarazione . . . . .   | 83  |
| 6.1. Omessa dichiarazione dei redditi per assenza dell'obbligo di presentazione . . . . .  | 83  |
| 6.2. Peggioramento della condizione economica rispetto all'ultima dichiarazione dei redditi . . . . .  | 84  |
| 6.3. Miglioramento della condizione economica rispetto all'ultima dichiarazione dei redditi . . . . .  | 84  |
| 7. Redditi esenti . . . . .  | 85  |
| 8. Cumulo dei redditi del coniuge e degli altri familiari . . . . .  | 86  |
| 9. Esenzione dal cumulo dei redditi: conflitto fra i componenti del medesimo nucleo familiare . . . . .  | 86  |
| 10. Condannati per alcuni reati di criminalità organizzata. . . . .  | 86  |
| 11. L'ammissione provvisoria e anticipata da parte del COA . . . . .   | 87  |
| 12. La conferma dell'ammissione da parte del COA. . . . .  | 87  |
| 13. Divieto per l'avvocato di percepire il compenso dal non abbiente. . . . .  | 88  |
| 14. Non debenza delle indennità di mediazione . . . . .  | 89  |
| 15. L'assenza del gratuito patrocinio per la CTM . . . . .   | 91  |
| <b>12. NEGOZIAZIONE ASSISTITA</b> . . . . .  | 92  |
| 1. Tipi di negoziazione assistita . . . . .  | 92  |
| 1.1. Negoziazione assistita volontaria . . . . .   | 93  |
| 1.2. Negoziazione assistita obbligatoria . . . . .   | 93  |
| <b>13. NOVITÀ SUL PROCEDIMENTO DI NEGOZIAZIONE ASSISTITA</b> . . . . .   | 95  |
| 1. La negoziazione assistita da almeno un avvocato per parte . . . . .   | 95  |
| 2. Modelli elaborati dal CNF. . . . .  | 95  |
| 3. La negoziazione assistita in modalità telematica. . . . .   | 96  |
| 4. La giustizia complementare nella negoziazione assistita . . . . .   | 98  |
| 4.1. Acquisizione di dichiarazioni di terzi . . . . .  | 99  |
| 4.2. Dichiarazioni confessorie . . . . .   | 101 |
| 5. L'indicazione del valore della controversia nell'accordo . . . . .  | 102 |
| <b>14. NEGOZIAZIONE ASSISTITA OBBLIGATORIA</b> . . . . .   | 103 |
| 1. L'eccezione di omessa negoziazione assistita obbligatoria e il coordinamento con i novellati artt. 171- <i>bis</i> , 171- <i>ter</i> e 183 c.p.c. . . . . | 103 |

|   |            |
|---|------------|
| <b>15. NOVITÀ NELLA NEGOZIAZIONE ASSISTITA VOLONTARIA</b> . . . . .   | <b>106</b> |
| 1. La novità delle controversie di lavoro nella negoziazione assistita . . . . .  | 106        |
| 2. La negoziazione assistita in materia di separazione, divorzio, affidamento e<br>mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio e di alimenti . . . . . | 107        |
| 2.1. Aspetti rimasti invariati . . . . .  | 107        |
| 2.2. Le novità . . . . .  | 109        |
| 2.3. Trasmissione atti per via telematica . . . . .   | 111        |
| 2.4. L'assegno divorzile <i>una tantum</i> nella negoziazione . . . . .   | 111        |
| 2.5. Efficacia obbligatoria dei patti di trasferimento di immobili . . . . .  | 111        |
| <b>16. IL GRATUITO PATROCINIO NELLA NEGOZIAZIONE ASSISTITA</b> . . . . .  | <b>113</b> |

Sezione non inclusa

# 1. MEDIAZIONE

## 1. Tipi di mediazione

La riforma “Cartabia” della mediazione inserisce varie modifiche e nuove norme all’interno del d.lgs. n. 28/2010 che, in parte, costituiscono semplici aggiustamenti e, in parte, sono invece fondamentali novità, quali il nuovo primo incontro che non è più una seduta filtro ma già effettiva mediazione, la disciplina organica della mediazione telematica, l’introduzione del gratuito patrocinio del non abbiente nella mediazione obbligatoria *ex lege*.

Gli aggiustamenti e le novità si innestano, però, sul preesistente impianto normativo costituito dal d.lgs. n. 28/2010, che rimane fermo nelle sue caratteristiche principali, quali ad esempio la (tanto discussa) mediazione obbligatoria quale condizione di procedibilità per la domanda giudiziale.

Rimane ferma la **nozione di mediazione** (art. 1, comma 1 lett. *a*) intesa quale “l’attività comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un *accordo amichevole* per la composizione di una controversia, *anche* con la formulazione di una *proposta* per la risoluzione della stessa”.

La legislazione italiana continua, dunque, a fornire una duplice visione della mediazione, facilitativa e valutativa, ripercorrendo le indicazioni comunitarie e il dibattito culturale sui modelli di mediazione e i precedenti legislativi comunitari e nazionali.

Rimane fermo un modello di **mediazione amministrata** dagli organismi di mediazione (art. 1, comma 1, lett. *d*). Solo dinanzi agli organismi di mediazione iscritti nel registro ministeriale viene superata la condizione di procedibilità della domanda, la domanda di mediazione produce gli effetti sulla prescrizione e decadenza, scattano le agevolazioni fiscali, le indennità determinate *ex lege*, l’esenzione nei casi di obbligatorietà dal paga-

mento dell’indennità per la parte non abbiente, l’accordo costituisce titolo esecutivo e per l’iscrizione di ipoteca giudiziale, scattano le conseguenze della condotta delle parti nell’eventuale successivo giudizio.

Rimangono fermi i **limiti di applicazione** (art. 2, comma 1) alle controversie civili e commerciali (con esclusione di quelle di lavoro), vertenti su diritti disponibili e nel rispetto delle norme inderogabili (artt. 12, comma 1 e 14, comma 2, lett. *c*).

Rimane ferma la distinzione fra i **vari tipi di mediazione** volontaria, obbligatoria per legge, demandata dal giudice e per clausola.

Tutti i tipi di mediazione continuano a costituire strumenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie alternativi al giudizio (ADR) basati sul principio dell’autonomia delle parti, in contrapposizione a quello dell’eteronomia che caratterizza la sentenza o il lodo.

La mediazione volontaria e quella per clausola sono liberamente scelte dalle parti, per esse non è obbligatoria la presenza degli avvocati e non è previsto il gratuito patrocinio del non abbiente.

La mediazione per clausola, la mediazione obbligatoria per legge e quella demandata dal giudice costituiscono **condizione di procedibilità** della domanda giudiziale derivante, rispettivamente, dalla volontà delle parti, dalla selezione in astratto operata dal legislatore in base alle materie, dalla selezione operata dal giudice in base a parametri concreti. Rimane invariato l’*iter* procedimentale costituito dal deposito della domanda di mediazione presso un organismo competente, dall’invito alla controparte per la mediazione, dal silenzio o rifiuto dinanzi ad esso, dall’adesione ad esso con la partecipazione alla procedura, dalla fase delle trattative di mediazione, dall’accordo o dall’esito negativo.

La riforma “Cartabia” ha modificato in alcuni aspetti la mediazione per clausola, la mediazione obbligatoria per legge e quella demandata dal giudice, lasciando inalterata la disciplina della mediazione volontaria.

Da ultimo, merita di essere effettuata una piccola riflessione. La riforma “Cartabia” **non ha colto l’occasione per dare una disciplina ad alcuni istituti** quali la domanda riconvenzionale, la chiamata in causa di terzi, gli interventi, la domanda trasversale nella mediazione obbligatoria per legge.

Tali ipotesi sono frequenti nelle materie soggette alla mediazione obbligatoria.

Se la domanda aggiunta non afferisce alle materie soggette alla mediazione obbligatoria non è soggetta alla mediazione.

Se la domanda aggiunta afferisce invece ad una materia soggetta alla mediazione obbligatoria, si pone il problema se sia soggetta alla condizione di procedibilità della mediazione. Si pensi ad esempio all’ipotesi in cui la domanda aggiunta sia basata sul rapporto contrattuale assicurativo e dunque anch’essa soggetta alla mediazione obbligatoria, perché relativa a “contratti assicurativi” di cui all’art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28/2010.

Nel silenzio del d.lgs. n. 28/2010 sono state prospettate varie ed antitetiche soluzioni giurisprudenziali (per la disamina delle varie posizioni cfr. DIOZZI F., *I trabocchetti della mediazione e della negoziazione assistita*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, par. 13, 45 e ss.).

### 1.1. Mediazione volontaria

La mediazione volontaria è liberamente scelta dalle parti e non è imposta da alcuna norma di legge, di statuto o contratto, né dal giudice. L’ambito di operatività della mediazione volontaria si ritaglia ed emerge dal confronto fra l’art. 2 e gli artt. 5, 5-bis, 5-quater, 5-sexies, del d.lgs. n. 28/2010.

L’art. 2, comma 2, prevede che “il presente decreto **non preclude le negoziazioni volontarie e paritetiche relative alle controversie civili e commerciali, né le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi**”.

L’art. 5 disciplina l’ipotesi di mediazione imposta dalla legge, l’art. 5-sexies quella imposta dal contratto, l’art. 5-quater quella disposta dal giudice, che costituiscono ipotesi di condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Le norme individuano i confini della mediazione volontaria extraprocessuale e preventiva al giudizio, scelta liberamente dalle parti, con domanda congiunta, ovvero su domanda di una parte, seguita dall’adesione dell’altra. Tale forma di mediazione gode di tutti i benefici della mediazione di cui al d.lgs. n. 28/2010, se svolta dinanzi agli organismi accreditati presso il Ministero della Giustizia.

### 1.2. Mediazione obbligatoria ex lege

Con la riforma “Cartabia” il d.lgs. n. 28/2010 prevede, all’art. 5, comma 1, la mediazione obbligatoria *ex lege*, come **condizione di procedibilità** della domanda giudiziale in alcune materie. Le materie soggette all’obbligatorietà del tentativo di mediazione sono:

- a) quelle già previste in passato: condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, responsabilità medica e sanitaria, responsabilità da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari;
- b) quelle nuove inserite dalla riforma: **associazione in partecipazione, consorzio, franchising, opera, rete, somministrazione, società di persone e subfornitura**.

Nel proseguo saranno meglio esaminate le novità introdotte dalla riforma.

Rimane ferma l’inapplicabilità della mediazione obbligatoria all’azione inibitoria di cui al codice del consumo.

Rimane ferma l’esenzione della tutela cautelare dalla mediazione obbligatoria.

Tale esenzione è imposta dai principi costituzionali. Sarebbe infatti costituzionalmente illegittimo obbligare la parte al tentativo di mediazione, subendo un pregiudizio delle proprie ragioni durante il tempo necessario al suo svolgimento.



Il legislatore, consapevole degli interventi della Corte costituzionale, ha espressamente esentato la tutela cautelare dalla mediazione obbligatoria.

L'art. 5, comma 5, del d.lgs. n. 28/2010, prevede infatti che “Lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale”. Rimane ferma la possibilità della **trascrizione della domanda giudiziale**.

L'art. 5, comma 5, del d.lgs. n. 28/2010, prevede che lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni la trascrizione della domanda giudiziale. Al pari dei provvedimenti cautelari, anche la trascrizione della domanda giudiziale, è esentata dalla mediazione.

Chi intende esercitare un'azione giudiziaria in una delle materie soggette alla mediazione obbligatoria, avendo l'esigenza di trascrivere la domanda presso la Agenzia del territorio, ufficio di pubblicità immobiliare competente, non subisce alcun nocumento derivante dalla mediazione obbligatoria stessa.

Se invece la domanda giudiziaria da trascrivere, fosse obbligatoriamente preceduta dalla domanda di mediazione, verrebbe meno (come per la tutela cautelare) l'effetto sorpresa della domanda giudiziale, con il rischio del compimento di atti di disposizione trascritti prima della trascrizione della domanda giudiziale.

L'atto introduttivo notificato viene trascritto nelle ordinarie forme, la causa viene iscritta a ruolo e parallelamente, ma dopo, viene introdotta la mediazione obbligatoria, con eventuale rinvio della prima udienza, se la mediazione non fosse nel frattempo terminata.

Rimangono ferme le **ipotesi di esclusione dalla mediazione obbligatoria** che possono essere raggruppate in due categorie (art. 5, comma 6):

a) esclusioni parziali: (opposizione a decreto ingiuntivo, procedimento di merito possessorio giudizio di opposizione alla convalida di licenza o di sfratto a seguito dell'ordinanza di mutamento di rito), ove l'obbligo della me-

diatazione non scatta inizialmente, ma in un successivo momento;

b) esclusioni totali: (opposizioni esecutive, procedimenti in camera di consiglio, azione civile esercitata in sede penale, procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, di cui all'art. 696-bis c.p.c.), che non sono mai soggetti alla mediazione obbligatoria per legge (o demandata dal giudice), anche se rientranti nelle materie soggette alla mediazione obbligatoria.

Rimane ferma l'alternatività fra la mediazione obbligatoria *ex lege* e gli arbitrati settoriali (art. 5, comma 3) (ABF, ACF, Arbitrato assicurativo), con l'aggiunta della alternatività dei sistemi di soluzione delle controversie fra utenti e gestori presso le Camere di commercio.

### 1.3. Mediazione demandata dal giudice

La mediazione demandata dal giudice viene disciplinata dalla riforma “Cartabia” in un apposito **autonomo articolo** (art. 5-*quater*) del d.lgs. n. 28/2010, mentre in precedenza era collocata nell'art. 5, comma 2, dello stesso decreto.

Anche la nuova formulazione della norma prevede che il giudice, anche in sede di giudizio di appello, può disporre l'espletamento del procedimento di mediazione.

La possibilità del giudice di disporre la mediazione non passa solamente attraverso la valutazione dei tre requisiti della natura della causa, dello stato dell'istruzione e del comportamento delle parti, essendo stato aggiunto anche quello della valutazione di “ogni altra circostanza” che allarga le maglie dell'istituto, sia pur nella nuova previsione che l'ordinanza del giudice debba essere “motivata”.

La mediazione demandata dal giudice costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Nel proseguo saranno meglio esaminate le novità introdotte dalla riforma.

#### 1.4. Mediazione per clausola contrattuale o statutaria

La mediazione obbligatoria per clausola è stata **fortemente rivoluzionata** e viene disciplinata dalla riforma “Cartabia” in un apposito articolo (art. 5-*sexies*) del d.lgs. n. 28/2010.

Con la clausola, le parti, prima del sorgere della lite, si obbligano a ricorrere alla mediazione se la controversia dovesse in concreto insorgere.

Se la clausola contiene l’indicazione dell’organismo, ad esso deve essere presentata la domanda di mediazione se iscritto nel registro ministeriale. In mancanza la domanda si indirizza all’organismo competente individuato ai sensi dell’art. 4, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

La mediazione per clausola costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Nel proseguo saranno meglio esaminate le novità introdotte dalla riforma.

## 2.

## NOVITÀ SULLA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA *EX LEGE*

Le novità della riforma “Cartabia” sulla mediazione obbligatoria per legge sono varie e significative.

### 1. Ampliamento delle materie



#### RIFERIMENTI NORMATIVI

##### Art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010 – CONDIZIONE DI PROCEDIBILITÀ E RAPPORTI CON IL PROCESSO

1. Chi intende esercitare in giudizio un’azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, associazione in partecipazione, consorzio, franchising, opera, rete, somministrazione, società di persone e subfornitura, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente capo.

La riforma ha ampliato le controversie soggette alla mediazione obbligatoria *ex lege*, aggiungendo a quelle già previste (condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, responsabilità medica e sanitaria, responsabilità da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari), le seguenti nuove materie: associazione in partecipazione, consorzio, *franchising*, opera, rete, somministrazione, società di persone e subfornitura.

Analizziamo le varie nuove fattispecie.

Per l'**associazione in partecipazione** la nozione è fornita dall'art. 2549, comma 1, c.c. (“Con il contratto di associazione in partecipazione l’associante attribuisce all’associato una partecipazione agli utili della sua impresa o di uno o più affari verso il corrispettivo di un determinato apporto”) e la disciplina è dettata dai successivi articoli del codice civile.

Per il **consorzio** la nozione è fornita dall'art. 2602, comma 1, c.c. (“Con il contratto di consorzio più imprenditori istituiscono un’organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese”) e la disciplina è dettata dai successivi articoli del codice civile, salve le diverse disposizioni delle leggi speciali.

Per il **contratto d’opera** la nozione è fornita dall'art. 2222 c.c. (“Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un’opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicano le norme di questo capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV”), che indica anche i riferimenti per la relativa disciplina.

Per il **contratto di rete** la nozione è fornita dall'art. 3, comma 4-ter, del d.l. n. 5/2009, convertito con l. n. 33/2009 (“Con il contratto di rete più imprenditori perseguono lo

scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa") e la citata fonte fornisce la relativa disciplina. Per la **somministrazione** la nozione è fornita dall'art. 1559 c.c. ("La somministrazione è il contratto con il quale una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, a eseguire, a favore dell'altra, prestazioni periodiche o continuative di cose") e la disciplina è dettata dai successivi articoli del codice civile. Per le **società di persone** il riferimento va alla società semplice (artt. 2251-2290 c.c.), alla

società in nome collettivo (artt. 2291-2312 c.c.), alla società in accomandita semplice (artt. 2313-2324 c.c.) che trovano nel codice civile la loro compiuta disciplina.

Per il **franchising** la nozione è fornita dall'art. 1, comma 1, della legge n. 129/2004 ("L'affiliazione commerciale (*franchising*) è il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte concede la disponibilità all'altra, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, *know-how*, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale, inserendo l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi") e la disciplina è dettata dalla medesima legge.



## IN EVIDENZA...

L'art. 7, della l. n. 129/2004 in materia di affiliazione commerciale, prevedeva un tentativo obbligatorio di conciliazione su base contrattuale, che rinviava, per la procedura, alla disciplina della conciliazione societaria.

L'organismo competente per la conciliazione nella l. n. 129/2004 era la Camera di commercio e non anche uno degli altri organismi, pubblici o privati di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 5/2003 per la conciliazione societaria.

L'istituto costituiva una forma di conciliazione assistita dinanzi alle Camere di commercio, con la previsione di una competenza per territorio riferita alla sede dell'affiliato, quale soggetto debole nel contratto di affiliazione commerciale.

Ai sensi dell'art. 23 del d.lgs. n. 28/2010 erano già stati abrogati gli articoli da 38 a 40 del d.lgs. n. 5/2003 e pertanto il rinvio operato a tali articoli si intendeva effettuato alle corrispondenti disposizioni del d.lgs. n. 28/2010, che diventava, dunque, la normativa di riferimento ai fini della procedura della mediazione.

Non vi era però un esatto coordinamento fra le norme ai fini dell'individuazione degli organismi competenti, che nella l. n. 129/2004 erano quelli camerati, mentre nella corrispondente previsione del d.lgs. n. 28/2010, erano gli organismi pubblici o privati iscritti nel registro ministeriale.

Rimaneva il dubbio se la competenza fosse generalizzata a tutti gli organismi di mediazione civile e commerciale iscritti o restasse, invece, riservata ai soli organismi camerati.

La soluzione non appariva agevole, stante il mancato coordinamento fra le norme.

Tuttavia, dopo il d.lgs. n. 28/2010, sembrava corretto individuare nella Camera di commercio l'organismo competente, considerando che la l. n. 129/2004, prima individuava la competenza della Camera di commercio e poi rinviava, per la sola procedura, alla conciliazione societaria.

Dopo l'abrogazione della ADR societaria, il riferimento alle norme di procedura che rimandava alla conciliazione societaria obbligatoria per contratto era inteso alla disciplina della mediazione obbli-

gatoria per clausola (e non per legge) di cui all'art. 5, comma 5, del d.lgs. n. 28/2010 (Diozzi F., *I trabocchetti della mediazione e della negoziazione assistita*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, 53 ss.). La riforma "Cartabia" ha eliminato le incertezze evidenziate, da un lato, abrogando espressamente l'art. 7 della l. n. 129/2004 e, dall'altro, assoggettando la materia della affiliazione commerciale alla mediazione civile e commerciale obbligatoria per legge e, dunque, rimettendola dinanzi ai relativi organismi di mediazione camerali e non camerali, pubblici e privati.

Per la **subfornitura** la nozione è fornita dall'art. 1, comma 1, della l. n. 192/1998 ("Con il contratto di subfornitura un imprenditore si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad es-

sere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente") e la disciplina è dettata dalla medesima legge.



## IN EVIDENZA...

L'art. 10 l. n. 192/1998 prevedeva, nella stesura originaria, che le controversie relative ai contratti di subfornitura di cui alla stessa legge fossero sottoposte al tentativo obbligatorio di conciliazione presso la Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui territorio aveva sede il subfornitore, ai sensi dell'articolo 2, comma 4, lettera a), della legge n. 580/1993, sul riordinamento delle Camere di commercio.

Tale previsione era stata abrogata dall'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 219/2016.

La riforma "Cartabia" segna, da un lato, un ritorno al passato, assoggettando di nuovo la materia a ad una condizione di procedibilità (la mediazione obbligatoria) ma, dall'altro, allarga il novero degli organismi dinanzi ai quali svolgere la procedura, che non sono solo quelli camerali, ma sono tutti quelli (camerali e non camerali, pubblici e privati) di cui al d.lgs. n. 28/2010).

Le nuove materie dell'associazione in partecipazione, consorzio, *franchising*, opera, rete, somministrazione, introducono generalmente rapporti di natura contrattuale fra imprenditori.

Non sono, infatti, state inserite altre materie, quali la compravendita, che avrebbero coinvolto maggiormente gli interessi dei consumatori che, secondo i principi comunitari,

partecipano alle ADR senza l'assistenza obbligatoria degli avvocati.

Le società di persone introducono nel mondo della mediazione le controversie delle società generalmente di più ridotte dimensioni, caratterizzate da rapporti personali (spesso parentali) fra i soci, che costituiscono una diffusissima forma societaria del tessuto economico italiano.

## 2. L'eccezione di omessa mediazione e il coordinamento con i novellati artt. 171-bis, 171-ter e 183 c.p.c.



### RIFERIMENTI NORMATIVI

#### Art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010 – CONDIZIONE DI PROCEDIBILITÀ E RAPPORTI CON IL PROCESSO

2. Nelle controversie di cui al comma 1 l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità è eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza. Il giudice, quando rileva che la mediazione non è stata esperita o è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. A tale udienza, il giudice accerta se la condizione di procedibilità è stata soddisfatta e, in mancanza, dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziale.

Nell'ipotesi di mediazione obbligatoria *ex lege*, l'improcedibilità della domanda giudiziale deve essere eccepita dal convenuto a pena di decadenza o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza, altrimenti il processo prosegue con sanatoria del vizio.

La domanda giudiziale è dunque proponibile, tuttavia, se non preceduta dal tentativo di mediazione, il giudice deve rinviare il processo, permettendo alle parti di proporre il tentativo medesimo e successivamente verificando l'adempimento.

citazione debba contenere l'indicazione della prima udienza e l'invito al convenuto a costituirsi nel termine di settanta giorni prima dell'udienza indicata, con l'avvertimento che la costituzione tardiva comporta le decadenze di cui agli artt. 38 e 167 c.p.c.

L'art. 167, comma 2, c.p.c., invariato sul punto, prevede per il convenuto la decadenza delle eccezioni processuali che non siano rilevabili di ufficio. *Nulla quaestio* essendo l'eccezione di improcedibilità della mediazione obbligatoria per legge sollevabile anche di ufficio.

Occorre esaminare il novellato art. 171-bis, comma 1, c.p.c. che prevede che il giudice, scaduto il termine di costituzione del convenuto, esegue le verifiche preliminari entro i successivi 15 giorni e indica alle parti le questioni rilevabili di ufficio di cui ritiene opportuna la trattazione, anche con riguardo alle **condizioni di procedibilità** della domanda, ponendolo in relazione al novellato art. 171-ter c.p.c. sulle memorie integrative.

Alcun riferimento al vecchio art. 183



### IL Quesito

L'eccezione di improcedibilità della domanda per omessa mediazione per legge deve essere sollevata dal giudice nelle verifiche preliminari di cui all'art. 171-bis c.p.c. e deve essere trattata dalle parti nella prima memoria ex art. 171-ter c.p.c. o può essere col-

legata d'ufficio e in termini di

Termine estratto capitolo

Sezione non inclusa

## 4. NOVITÀ SULLA MEDIAZIONE PER CLAUSOLA CONTRATTUALE O STATUTARIA



### RIFERIMENTI NORMATIVI

#### Art. 5-sexies d.lgs. n. 28/2010 – MEDIAZIONE SU CLAUSOLA CONTRATTUALE O STATUTARIA

1. Quando il contratto, lo statuto o l'atto costitutivo dell'ente pubblico o privato prevedono una clausola di mediazione, l'esperimento della mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Se il tentativo di conciliazione non risulta esperito, il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte entro la prima udienza, provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 2. Si applica l'articolo 5, commi 4, 5 e 6.

2. La domanda di mediazione è presentata all'organismo indicato dalla clausola se iscritto nel registro ovvero, in mancanza, all'organismo individuato ai sensi dell'articolo 4, comma 1.

La mediazione obbligatoria per clausola è stata fortemente rivoluzionata e viene disciplinata dalla riforma "Cartabia" in un apposito articolo (art. 5-sexies) del d.lgs. n. 28/2010.

Con la clausola le parti, prima del sorgere della lite, si obbligano a ricorrere alla mediazione se la controversia dovesse in concreto insorgere. Se la clausola contiene l'indicazione dell'organismo, ad esso deve essere presentata la domanda di mediazione se iscritto nel registro ministeriale. In mancanza la domanda si indirizza all'organismo competente individuato ai sensi dell'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

### 1. La previgente normativa

Nella stesura originaria la disciplina della mediazione per clausola era collocata, come una appendice secondaria, nell'art. 5, comma 5, del d.lgs. n. 28/2010.

Costituivano precedenti della fattispecie, le previsioni contenute nell'art. 40, comma 6, del d.lgs. n. 5/2003 (conciliazione societaria) e nella l. n. 129/2004 (*franchising*).

Nella previgente stesura, se il contratto, lo statuto, l'atto costitutivo dell'ente, prevedevano una clausola di mediazione o conciliazione (anche *multistep* con mediazione preventiva all'arbitrato) e il tentativo non risultava esperito, il giudice o l'arbitro, su **eccezione di parte, proposta nella prima difesa**, assegnava alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissava la successiva udienza dopo la scadenza del termine di tre mesi. Allo stesso modo il giudice o l'arbitro fissava la successiva udienza quando la mediazione o il tentativo di conciliazione erano iniziati, ma non erano conclusi.

Nella previgente stesura, la mediazione obbligatoria per clausola non operava come improcedibilità della domanda, ma come **temporaneo impedimento al corso del processo**.

Dopo l'assegnazione del termine da parte del giudice per proporre la mediazione, se le parti proponevano la mediazione e raggiungevano l'accordo, "il processo non serviva più" (LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, V, *La risoluzione*



non giudiziale delle controversie, Giuffrè Francis Lefebvre, 2017, 65), se le parti non proponevano la mediazione, ovvero non raggiungevano l'accordo, il processo proseguiva. Il vecchio art. 5, comma 5, del d.lgs. n. 28/2010 non menziona mai l'improcedibilità della domanda (FERRARIS F., in CARPI F. - TARUFFO M., (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, Cedam, 2012, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, art. 5; DIOZZI F., *Mediazione e negoziazione assistita. Tecniche di gestione delle controversie*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2017, 136 ss.) e pertanto il giudice non poteva definire nel rito il processo, ma lo proseguiva.

L'indirizzo prevalente in dottrina sanzionava l'inosservanza della clausola con l'obbligo del risarcimento del danno ("In mancanza di una esplicita previsione normativa che dia loro rilevanza il venir meno agli impegni presi mediante una clausola conciliativa non può ostacolare la proposizione della domanda giudiziale, in quanto le parti non possono, neppure consensualmente, sottoporre le decisioni in merito a condizioni ulteriori, rispetto a quelle previste dal legislatore. Nella disciplina di diritto comune, l'inadempimento agli obblighi scaturenti da una clausola conciliativa fa sorgere, a carico della parte inadempiente, l'obbligo di risarcire i danni che tale suo comportamento ha cagionato alla controparte", LUISO F.P., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1210) e tale indirizzo trovava riscontri nella giurisprudenza (Cass. civ. 27 gennaio 2001 n. 1191, Cass. civ. 3 dicembre 1987, n. 8983).

## 2. Le innovazioni della riforma "Cartabia"

La riforma "Cartabia" della mediazione per clausola introduce la grande innovazione di considerare la medesima come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, prevedendo che "l'esperimento della mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale" e che "Se il tentativo di conciliazione non risulta esperito, il giudice o l'arbi-

tro, su eccezione di parte entro la prima udienza, provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 2. Si applica l'articolo 5, commi 4, 5 e 6".

Dunque, ai sensi dell'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 28/2010, "Il giudice, quando rileva che la mediazione non è stata esperita o è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. A tale udienza, il giudice accerta se la condizione di procedibilità è stata soddisfatta e, in mancanza, dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziale".

La condizione di procedibilità si considera avverata se il primo incontro si conclude senza accordo. La mediazione non preclude la concessione dei procedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale e restano fermi i casi di esclusione dalla mediazione nei procedimenti elencati nell'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 28/2010.

Occorre, però, subito evidenziare che l'eccezione di improcedibilità, diversamente da quella prevista per il caso di mediazione obbligatoria per legge o demandata dal giudice, **non è sollevabile d'ufficio dal giudice**, ma solo ad istanza del convenuto.

L'art. 167, comma 2, c.p.c. prevede la decadenza per il convenuto dalle eccezioni processuali che non siano rilevabili di ufficio nella comparsa di costituzione e risposta, mentre l'art. 5-sexies del d.lgs. n. 28/2020 prevede tale decadenza entro la prima udienza.



### IL Quesito

**L'eccezione di improcedibilità della domanda per omessa mediazione per clausola deve essere sollevata dal convenuto nella prima difesa o entro la prima udienza?**

Non è stato riproposto dalla riforma il precedente testo che prevedeva la decadenza dall'eccezione nella prima difesa e dunque nella comparsa di costituzione e risposta del con-

venuto, ma è stata inserita la decadenza **entro la prima udienza**.

Si tratta di un'eccezione processuale in senso stretto, dal regime particolare.

L'art. 163, comma 3, n. 7), c.p.c. novellato dalla riforma "Cartabia" richiede che l'atto di citazione debba contenere l'indicazione della prima udienza e l'invito al convenuto a costituirsi nel termine di settanta giorni prima dell'udienza indicata, con l'avvertimento che la costituzione tardiva comporta le decadenze di cui agli artt. 38 e 167 c.p.c.

L'art. 167, comma 2, c.p.c. (invariato sul punto) prevede la decadenza delle eccezioni processuali che non siano rilevabili d'ufficio. **In questo caso l'eccezione di improcedibilità della mediazione obbligatoria per clausola non è sollevabile anche d'ufficio, tuttavia, la norma è chiara nel consentirla entro la prima udienza.**

Si tratta dunque di un'eccezione in senso stretto che non segue l'ordinaria decadenza di cui all'art. 167, comma 2, c.p.c. (con il quale non è previsto un coordinamento), ma che sposta la preclusione alla prima udienza, stante la norma speciale e prevalente contenuta nel d.lgs. n. 28/2010.

Non essendo eccezione rilevabile d'ufficio, il giudice non la indica alle parti nelle verifiche preliminari di cui al novellato art. 171-bis, comma 1, c.p.c.

Il convenuto può sollevare l'eccezione nelle memorie del novellato art. 171-ter c.p.c. o al più tardi entro la prima udienza.

Se il convenuto non solleva l'eccezione neppure entro la prima udienza, il vizio è sanato e il processo prosegue regolarmente.

Ove l'eccezione venga formulata dal convenuto nel termine, si distinguono l'ipotesi della mediazione già iniziata, ma non esaurita, da quella della mediazione non iniziata.

Se la mediazione è già iniziata ma non si è conclusa, il giudice rinvia l'udienza a data successiva alla scadenza del termine di tre mesi di durata della mediazione, ora prorogabile di ulteriori tre mesi prima della sua scadenza con accordo scritto delle parti e con obbligo per le medesime di comunicare al

giudice la proroga del termine (art. 6 novellato d.lgs. n. 28/2010).

Se la mediazione non è iniziata, il giudice assegna alle parti un termine (non più indicato in 15 giorni) per la presentazione della domanda di mediazione (la durata della mediazione decorre dalla scadenza del termine fissato dal giudice per il deposito della stessa) e rinvia l'udienza a data successiva alla scadenza del termine di tre mesi di durata della mediazione (ora prorogabile nei modi indicati).

La riforma ha eliminato l'assegnazione da parte del giudice di un termine fisso di 15 giorni per proporre la mediazione, che tanto aveva diviso la dottrina o la giurisprudenza sulla sua natura perentoria, non perentoria, acceleratoria (Diozzi F., *I trabocchetti della mediazione e della negoziazione assistita*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, Milano, 12 ss.).

La parte onerata deve proporre la mediazione nel termine assegnato dal giudice e presentarsi all'udienza di rinvio dimostrando lo svolgimento del procedimento.

Se la mediazione sfocia in una conciliazione, il processo verrà dichiarato estinto con il meccanismo di cui all'art. 181 c.p.c., ovvero di cui all'art. 309 c.p.c., salva la formale estinzione per rinuncia agli atti e la sua eventuale accettazione ex art. 306 c.p.c., ovvero per cessazione della materia del contendere. Se la conciliazione non riesce, il processo prosegue.

Se, nonostante il rinvio del processo, le parti non provvedano ad iniziare il procedimento di mediazione e si arrivi pertanto alla successiva udienza rimanendo non svolta la mediazione, la riforma ha specificato che il giudice dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziaria.

In tal caso il giudice ex art. 187 c.p.c. definisce con sentenza nel rito il processo per improcedibilità della domanda ai sensi dell'art. 279, comma 2, n. 2), c.p.c.

Un'ulteriore novità della riforma "Cartabia" è costituita dal fatto che il contratto, lo statuto e l'atto costitutivo che possono prevedere una clausola di mediazione sono non solo quelli di un ente privato, ma anche quelli di un **ente pubblico**.

Si osserva, infine, che la domanda di mediazione deve essere presentata all'organismo indicato dalla clausola se iscritto nel registro ovvero, in mancanza, all'organismo territorialmente individuato ai sensi dell'art. 4, comma 1.

Non è stata riproposta la previsione di cui al previgente testo in base alla quale le parti possono concordare, successivamente alla clausola, l'individuazione di un diverso organismo iscritto.

Pur in assenza di precedenti giurisprudenziali sul punto, si potrebbe considerare tale facoltà sempre presente, stante la derogabilità pattizia della competenza degli organismi di mediazione.

La mediazione per clausola è obbligatoria, sia che si proceda a giudizio ordinario, che ad arbitrato.

L'obbligatorietà per clausola è una libera scelta negoziale delle parti, non imposta dalla legge o dal giudice. Come nella procedura di arbitrato (scaturente da una clausola arbitrale

o da un compromesso), anche la mediazione per clausola, quindi, non concede i benefici al non abbiente che ha contrattualmente pattuito di assoggettare la controversia alla mediazione.

Nella mediazione per clausola non è obbligatoria l'assistenza dell'avvocato.

La Circolare del Ministero della Giustizia del 27 novembre 2013, prot. 168322, afferma che "Deve essere altresì chiarito che l'assistenza dell'avvocato è obbligatoria esclusivamente nella ipotesi di c.d. mediazione obbligatoria (ivi compresa quella disposta dal giudice ex art. 5, comma 2), ma non anche nelle ipotesi di mediazione facoltativa". Di differente avviso, invece, il Consiglio Nazionale Forense che, nella *circolare n. 25-C del 06/12/2013*, ritiene obbligatoria l'assistenza dell'avvocato anche nella mediazione obbligatoria per clausola. Afferma il CNF "Tale obbligo, tuttavia, sembra riguardare **ogni "modello"** di mediazione, atteso che il testo normativo non fa distinzioni al riguardo". Non è condivisibile tale interpretazione.