
Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) – Silvio BOLOGNINI (Professore straordinario di Filosofia del diritto) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) – Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) – Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) – Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) – Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) – Francesca PROIETTI (Magistrato) – Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) – Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

SPESE DI AVVIO PROCEDURA E INDENNITA' DI MEDIAZIONE DOPO LA SENTENZA DEL TAR

Articolo di

Barbara COCOLA e Giovanna Elisabetta ZACCHEO

L'art.17 comma 5 ter del d.lgs. 28/2010, inserito in sede di conversione del "decreto del fare" , prevede che nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso sia dovuto per l'organismo di mediazione. Una interpretazione piuttosto superficiale ha portato alla conclusione, piuttosto sommaria, che il primo incontro di mediazione, sia gratuito. La disposizione merita un approfondimento, e sicuramente una interpretazione più attenta e accurata. Il comma in questione va considerato ed analizzato insieme al comma immediatamente precedente. L'art. 17 comma 5 bis prevede, infatti, l'unica vera ipotesi di "gratuità" della procedura di mediazione, disponendo che

“quando la mediazione è condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell’articolo 5, comma 1-bis, ovvero è disposta dal giudice ai sensi dell’articolo 5, comma 2, del presente decreto all’organismo non è dovuta alcuna indennità dalla parte che si trova nelle condizioni per l’ammissione al patrocinio a spese dello Stato...”. Si tratta di una disposizione la cui ratio va sicuramente ricercata nel principio di solidarietà sociale saldamente radicato al centro del sistema costituzionale italiano. L’art. 2 della Costituzione Italiana non pone un generale e generico principio di solidarietà ma afferma che nel riconoscere i diritti inviolabili (dell’uomo), “La Repubblica (...) richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”. Questi doveri costituiscono il versante deontologico dei diritti inviolabili e una componente del principio personalistico su cui si fonda la nostra democrazia. La garanzia delle forme e degli strumenti per il controllo della qualità e della soddisfazione del bisogno (pretesa, diritto) è la vera essenza del sistema di solidarietà, che non può che sfociare nel principio di sussidiarietà, entrambi nell’accezione di principi regolatori della socialità umana nel perseguimento ottimale del bene comune. Al lettore attento non sarà certo sfuggita l’anomalia: il principio di solidarietà sociale, nel nome di una sussidiarietà “estrema”, applicato alla fattispecie *de qua*, è avulso completamente dalla macchina “Stato Sociale”. Molto si potrebbe discutere sull’attribuzione, in capo agli organismi di mediazione, della funzione di “servizio sociale”, certo è che la norma ha una sua ratio ben definita che prevede un’analisi *ex ante* della situazione di bisogno della parte che è chiamata ad avviare (o ad aderire) ad una procedura di mediazione nei casi in cui essa sia condizione di procedibilità. A tal fine, recita sempre l’art. 17 comma 5 bis, *“ la parte è tenuta a depositare presso l’organismo apposita dichiarazione sostitutiva dell’atto di notorietà, la cui sottoscrizione può essere autenticata dal medesimo mediatore, nonché a produrre, a pena di inammissibilità, se l’organismo lo richiede, la documentazione necessaria a comprovare la veridicità di quanto dichiarato”*. In tal caso l’indennità di mediazione (non le spese vive, quelle a norma del comma in questione, che fa riferimento solo all’indennità, sono sempre dovute) non è dovuta. Si tratta senza dubbio di un caso eccezionale, di una deroga al principio di onerosità della procedura di mediazione.

Il comma immediatamente successivo, 5 ter, pur se caratterizzato dall’uso di una terminologia di scarsa chiarezza, prevede che in caso di mancato accordo all’esito del primo incontro di mediazione, nessun compenso sia dovuto per l’organismo di mediazione.

Per procedere ad una corretta interpretazione del comma in esame, appare opportuno ricollegarsi all’art. 1 del d. lgs. 28/2010, rubricato “definizioni”, e parimenti all’art. 1 del M 180/2010, anch’esso rubricato “definizioni”, che identificano sia l’attività che i soggetti coinvolti nella prestazione del servizio di mediazione.

A norma dell'art. 1 del d. lgs. 28/2010 e del DM 180/2010, la mediazione è "l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale, e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole, per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa"; il mediatore è "la persona o le persone fisiche che individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo; l'organismo è "l'ente pubblico o privato, ovvero la sua articolazione, presso cui può svolgersi il procedimento di mediazione ai sensi del decreto legislativo"; l'indennità è "l'importo posto a carico degli utenti per la fruizione del servizio di mediazione fornito dagli organismi".

Occorre prima di tutto sottolineare che, dal tenore delle definizioni di cui all'art. 1, organismo di mediazione e mediatore sono due soggetti ben distinti e con funzioni diverse: il mediatore è persona fisica, l'organismo di mediazione è un ente pubblico o privato; il mediatore svolge la mediazione, l'organismo è il luogo presso cui il mediatore svolge la mediazione. L'indennità è "l'importo posto a carico degli utenti per fruizione del servizio di mediazione". Nell'articolo in esame, che definisce puntualmente sia l'attività che i soggetti coinvolti nella prestazione del servizio di mediazione, non appare mai l'accezione "compenso per l'organismo di mediazione", che appare dunque per la prima volta solo nel comma 5 ter.

E infatti né nel comma 1 dell'art. 16 del DM180/2010, rubricato "Criteri di determinazione dell'indennità", che specifica che "l'indennità comprende le spese di avvio del procedimento e le spese di mediazione, né nel comma 10 dello stesso articolo, che stabilisce che "le spese di mediazione comprendono anche l'onorario del mediatore per l'intero procedimento di mediazione, indipendentemente dal numero di incontri svolti...", appare mai l'indicazione di un compenso per l'organismo di mediazione!

La lettura in combinato disposto degli art. 1, 16 comma 1 e 16 comma 10, del dm 180/2010, evidenzia come le spese di avvio procedura siano l'unica voce riferibile all'organismo di mediazione, che altro non è se non l'ente pubblico o privato presso il quale il mediatore svolge il procedimento di mediazione. Trattasi di struttura complessa, dotata di personale, che gestisce il procedimento di mediazione, attraverso una attività che va dal ricevimento dell'istanza di mediazione fino al rilascio del verbale conclusivo. Il legislatore, al fine di contenere i costi del procedimento a carico delle parti, nei casi in cui la mediazione è condizione di procedibilità, aveva previsto una somma determinata "a forfait" da versare all'organismo di mediazione a copertura delle spese di avvio del procedimento.

Pertanto, l'art. 17 comma 5 ter quando parla di compenso per l'organismo di mediazione si dee ricollegare necessariamente all'unica voce riferibile

all'organismo per le spese di avvio di procedimento. Se invece avesse voluto prevedere un incontro di mediazione totalmente gratuito (con gravissimi dubbi di legittimità costituzionale!), avrebbe dovuto parlare di "indennità " così come ha invece fatto nell'art. 17 comma 5 bis.

La recente sentenza del [TAR n. 1351 del 23.01.2015](#), che ha dichiarato l'illegittimità dei commi 2 e 9 dell'art. 16 del DM 18/2010, ha di fatto eliminato le spese di avvio procedura che erano state previste dal Ministero per un importo di € 40, per le controversie di valore inferiore a € 250 mila, e di € 80 per quelle di valore superiore. Tuttavia tutte le spese vive documentate, possono sempre essere richieste dagli organismi di mediazione, nelle modalità ritenute più opportune, nel rispetto delle norme contabili di base.

Paradossalmente [la sentenza del TAR](#) ha avuto, come conseguenza immediata, l'indeterminatezza dell'ammontare delle spese vive dovute dalle parti all'organismo per l'avvio della procedura, mentre prima erano certe e fisse a prescindere dal valore, dalla natura della controversia e dal numero delle parti coinvolte.

In particolare, l'illegittimità dell'art. 16 comma 9 del DM 18/2010, comporta che l'organismo di mediazione possa autonomamente, ai sensi dell'art. 3 del d. lgs. 28/2010 (autonomia regolamentare), prevedere una somma determinata a forfait a titolo di copertura delle spese vive e delle spese di gestione del procedimento, e che in quanto tale non costituisca un compenso.

Questa lettura trova conforto nella circolare del 20 dicembre 2011 che chiarisce la dicotomia tra spese di avvio procedura e indennità di mediazione in maniera definitiva (sebbene le circolari non siano atti normativi ,né tanto meno siano a essi assimilabili, e pertanto siano prive del potere di innovare l'ordinamento giuridico). Recita la circolare, "Le spese di avvio, stabilite in misura fissa ed unitaria, hanno riguardo, più specificamente, alle spese dell'organismo per potere avviare il procedimento di mediazione: ricezione della istanza, visione da parte della segreteria, fascicolazione e registrazione, comunicazione alla altra parte dell'inizio della procedura e così via. Si tratta, dunque, delle spese relative all'attività di segreteria prodromica a quella di mediazione vera e propria svolta dal mediatore. Quest'ultima, dunque, assume valenza diversa, in quanto riguarda le spese di concreto svolgimento dell'attività di mediazione (...l'onorario del mediatore)". Si tratta, quindi, di due voci di spesa autonome, entrambe dovute. La circolare poi, introduce, per la prima volta, una voce di spesa che non appare nel d.lgs 28/210 e nemmeno nei DM attuativi: le c.d. "spese vive". Sempre nella circolare si legge: "Resta fermo, peraltro, che oltre alle spese di avvio e spese di mediazione saranno dovute anche le spese vive, così come conteggiate e documentate dall'organismo di mediazione". Ecco che allora, nel caso in cui all'art. 17 comma 5 ter, le parti saranno esonerate dal versamento delle spese di avvio

procedura, ma dovranno versare tutte le altre spese sostenute dall'organismo per la gestione del procedimento di mediazione. In tal senso saranno dovute, in quanto riconducibili nel novero delle spese vive, tutte quelle spese di cui all'art. 15 comma 1 n. 3 del d.p.r. 633/72 e cioè, come specificato dall'Amministrazione Finanziaria in Circolare 1/R T/50550 del 15/12/1973, *"le spese anticipate per conto del cliente, a condizione che non costituiscano spese inerenti alla produzione del reddito di lavoro autonomo e a condizione che siano debitamente ed analiticamente documentate"*. Nel caso dell'organismo di mediazione, si tratta di tutte le spese compiute per le attività a favore di terzi (le parti) legate alla prestazione del servizio di mediazione svolto (dal mediatore).

Nell'ottica della determinazione delle spese dovute all'organismo di mediazione, una volta dichiarate illegittime quelle di avvio procedura, è bene non dimenticare che ai fini dell'accreditamento degli organismi presso il Ministero di Giustizia sono stati espressamente indicati tutti i requisiti di cui l'ente deve essere in possesso al fine di potere adeguatamente svolgere il servizio, in osservanza al necessario rispetto del requisito della capacità finanziaria e organizzativa dell'ente previsto dall'art.4, comma secondo, lett.a) del DM 180/2010 (disponibilità del luogo ove è la sede legale, con specifica indicazione del titolo da cui deriva il godimento; possesso del capitale sociale; stipula della polizza assicurativa). In particolare la consistenza dell'organizzazione di persone e mezzi (le risorse umane devono essere sufficienti a garantire lo svolgimento del lavoro nei modi e tempi previsti dalla legge nel rispetto della qualità del servizio) e il grado di adeguatezza, anche sotto il profilo patrimoniale (si richiede un capitale sociale che garantisca l'effettivo svolgimento dell'attività lavorativa nei modi e tempi previsti dalla legge), sono requisiti imprescindibili che devono permanere in capo agli organismi e che mal si conciliano con la previsione della non onerosità dell'avvio procedura.

Giova analizzare la questione del rapporto tra organismo di mediazione e mediatore accreditato, alla luce del fatto che il rapporto giuridico economico che li lega è un contratto d'opera ai sensi dell'art. 2222 c.c. e ss., al fine di chiarire definitivamente che il "compenso" di cui all'art. 17 comma 5 ter è voce riferibile all'organismo e mai al mediatore.

Secondo l'art. 2233 la misura del compenso dovuto al professionista deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione. Se generalmente la prestazione d'opera intellettuale è svolta a titolo oneroso, appare comunque possibile l'esecuzione a titolo gratuito. Se fondata su specifici presupposti come ragioni etiche ed umanitarie, e perciò non attuata per violare le norme sui minimi tariffari, la gratuità delle prestazioni professionali e la rinuncia al compenso non trova alcun ostacolo nemmeno nei divieti o nelle limitazioni dovute a disposizioni deontologiche di categorie di

appartenenza. Di conseguenza al professionista è sicuramente consentito di svolgere la sua attività a titolo gratuito per *affectio* o *benevolentia* e per considerazioni di ordine sociale, come avviene nel caso dell'art. 17 comma 5 bis.

Nel caso di cui all'art. 17 comma 5 ter invece, una lettura interpretativa orientata alla gratuità del procedimento di mediazione, non troverebbe fondamento né in ragioni etiche ed umanitarie, né nell'*affectio* o *benevolentia*, né in considerazioni di ordine sociale. Il compenso per il professionista, pur se espresso in denaro, non viene commisurato al "valore economico" dell'opera prestata ma in base all'"importanza dell'opera", ossia alla considerazione sociale che riveste il tipo di prestazione intellettuale. Il decoro della professione null'altro è se non il prestigio sociale legato al quella particolare tipo di professione intellettuale, sicché la misura del compenso dovuto al professionista intellettuale (l'art. 2233 c.c. parla di compenso, non di "corrispettivo", che riconduce invece immediatamente ad una valutazione di tipo strettamente economico dell'opera prestata) è rapportata al prestigio della categoria professionale di appartenenza. Ma allora, essendo il contratto d'opera intellettuale necessariamente oneroso e commutativo, ci si chiede se il mediatore, nello svolgere il suo ruolo nell'ambito del primo incontro di mediazione, momento cardine nella instaurazione della procedura, sia l'unico professionista al quale dovrebbe essere precluso il diritto a quel giusto compenso di cui all'art. 2233 c.c., che scaturisce direttamente dalla carta costituzionale e dai principi generali dell'ordinamento giuridico, o se sia la mediazione una prestazione intellettuale senza prestigio né importanza sociale sicché per il suo svolgimento nulla è dovuto.

Tanto è vero questo principio, che i ricorrenti non hanno sollevato la questione di legittimità nei confronti dell'art. 16 comma 10 del DM 180/2010 che dispone che "le spese di mediazione comprendono anche l'onorario del mediatore per l'intero procedimento di mediazione, indipendentemente dal numero di incontri svolti", sancendo dunque che l'onorario del mediatore è sempre dovuto.

La Nuova **Procedura Civile**
Direttore Scientifico: Luigi Viola

ADMAIORA
Editrice
