

La mediazione civile e commerciale: procedimento informale e regole procedurali

Autore: Maria Aloris Pilato

In: Diritto civile e commerciale

Nonostante la **natura informale del procedimento che conduce alla conciliazione**, l'istituto della Mediazione civile e commerciale è caratterizzato dalle seguenti fasi e precisamente:

a) Fase introduttiva del procedimento

Il procedimento di mediazione trova impulso mediante il deposito di un'istanza presso un Organismo di Conciliazione che deve avere sede nel luogo del Giudice territorialmente competente per la controversia. L'istanza di mediazione delimita il perimetro della controversia su cui l'istante intende promuovere le trattative, al fine di addivenire alla stipulazione di un contratto di natura privatistica e, in caso di Mediazione obbligatoria o delegata, identifica le domande giudiziali che, in ipotesi di fallimento del tentativo conciliativo, diverranno liberamente proponibili in giudizio. Nel caso in cui venga protocollata una pluralità di istanze aventi ad oggetto la medesima controversia, la Mediazione dovrà essere effettuata presso l'Organismo territorialmente competente nel quale è stata depositata la prima domanda. Conseguentemente al deposito della domanda di mediazione, spetta al Responsabile dell'Organismo designare un Mediatore e fissare il primo incontro tra le parti non oltre 30 giorni dal ricevimento dell'istanza da parte della Camera di Conciliazione.

L'istanza deve esplicitare in maniera chiara l'oggetto delle pretese e delle contestazioni su cui s'intende attivare il procedimento conciliativo per consentire al Giudice di verificare che, questo, sia stato espletato con riguardo alla controversia dedotta in Giudizio e, dunque, che la domanda sia procedibile. Giova interrogarsi sul grado di specificità che l'istanza di mediazione deve possedere, affinché, questa, possa effettivamente essere introdotta e, nell'ipotesi in cui essa sia obbligatoria, rendere procedibile il Giudizio di cognizione. Gli elementi essenziali dell'istanza di mediazione sono individuati dall'art. 4, comma 2 del d.lgs. 28/2010 nell'indicazione dell'Organismo, delle parti, dell'oggetto e delle ragioni della pretesa. Detta norma sembra ricalcare l'art. 125, comma 1 c.p.c. che, con riguardo agli atti introduttivi del processo di cognizione nei suoi vari gradi e al precetto, prescrive di indicare "l'Ufficio giudiziario, le parti, l'oggetto, le ragioni della domanda e le conclusioni o l'istanza".

Le disposizioni normative in commento, tuttavia, non risultano perseguire le medesime finalità. L'atto introduttivo di cui all'art. 125, comma 1, c.p.c. mira, infatti, a generare quella lite che, al contrario, l'istanza di conciliazione intende prevenire o sopprimere. Problemi interpretativi sono sorti con riguardo

alla tempestività della domanda di mediazione delegata che, spedita tramite lettera raccomandata A/R, sia stata ricevuta dall'Organismo successivamente alla scadenza del termine di quindici giorni all'uopo assegnato dal Giudice per l'introduzione del procedimento. Il Tribunale di Firenze, con sentenza resa dalla III Sezione civile in data 14 settembre 2016, ha privilegiato una soluzione favorevole all'istante, asserendo che la Mediazione pur costituendo un'attività di carattere stragiudiziale, soggiace ai principi di carattere processuale e, dunque, alla regola secondo cui, in tema di notificazione di un atto, il notificante impedisce la decadenza con la richiesta di notifica, anche se essa si perfeziona successivamente alla scadenza del termine. Il suddetto Tribunale, ribadita la natura perentoria del termine in questione, ha asserito che l'invio della lettera raccomandata A/R anteriormente alla scadenza del termine di quindici giorni impedisce la decadenza, a prescindere dall'esatto momento della sua ricezione. Detto orientamento ha un impianto argomentativo che pretende di applicare alla particolare materia della Mediazione criteri processuali. In senso contrario si è, invece, espresso il Tribunale Di Busto Arsizio, sez. dist. Gallarate con sentenza del 15 giugno 2012.

Il tentativo di Mediazione obbligatorio richiede la **corale partecipazione alle trattative di tutti i soggetti coinvolti nel conflitto, al fine di permettere il conseguimento di traguardi che non potrebbero raggiungersi mediante negoziazioni atomistiche. Inoltre, a tutte le parti del procedimento deve essere garantito il diritto di avvalersi di uno strumento alternativo di risoluzione delle controversie.** Nel caso in cui, conseguentemente al fallimento del tentativo di Mediazione ed alla prosecuzione del processo, quest'ultimo si interrompa per effetto della morte di una delle parti del procedimento e, questo, sia successivamente riassunto nei confronti degli eredi, è condivisibile che la Mediazione debba essere nuovamente celebrata soltanto se l'introduzione nel Giudizio di nuovi soggetti sia accompagnata da nuove domande che non sono state esaminate nell'esperita parentesi conciliativa.

Risulta controverso se il Mediatore, in assenza di apposita sollecitazione delle parti, possa estendere la Mediazione al litisconsorte necessario pretermesso. Condivisibile è la tesi negativa, in quanto, corroborata dal principio dispositivo che governa il processo civile e a cui non sembra potersi derogare con riguardo ad atti che incidono sulla proponibilità della domanda giudiziale, seppur, questi, siano inseriti in un contesto informale. L'accertamento circa la ricorrenza del litisconsorte necessario è una questione, infatti, suscettibile di diversa interpretazione e sulla quale il Mediatore non ha alcun potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per le parti. In caso di Mediazione delegata o obbligatoria devono essere individuati con determinatezza il bene della vita su cui insistono le pretese dell'istante e il loro titolo giustificativo. Il Giudice deve accertare, la coincidenza soggettiva fra coloro che hanno partecipato al tentativo di conciliazione e quanti hanno assunto, nel successivo Giudizio, la qualità di parte, oltre che le domande formulate dalla parte ricorrente in via principale e da quella resistente in via riconvenzionale, corrispondano a quelle intorno alle quali il tentativo medesimo si è svolto. Quanto detto trova riscontro nella sentenza della Cassazione Civile, Sez. III, 1 agosto 2001, n. 10482. Tuttavia, il carattere informale del procedimento di mediazione impedisce di ritenere applicabile alla domanda di mediazione la disciplina dell'invalidità dell'atto di citazione, dettata dall'art. 164 c.p.c.. Nel caso in cui le indicazioni relative alle parti siano mancanti o assolutamente incerte, il Mediatore ha facoltà di segnalare all'istante la necessità

d'integrare o precisare i dati forniti fissando un termine per provvedervi e avvertendo che, in caso contrario, la Mediazione non potrà proseguire.

L'inerzia della parte istante agli avvertimenti del Mediatore implicherà la redazione di un verbale di mancata conciliazione nel quale sarà constatata l'impossibilità a procedere. Le medesime considerazioni devono essere effettuate nel caso in cui siano omessi o assolutamente incerti l'oggetto e le ragioni della domanda. La parte istante potrà colmare in un momento successivo eventuali lacune della domanda introduttiva ed il Mediatore potrà segnalare tale necessità; tuttavia, se la parte non ottempera, il procedimento si concluderà inevitabilmente con un verbale di mancato accordo, a norma dell'art. 11, 4 comma, d.lgs. Risulta essere irrilevante, invece, la mancata indicazione del valore della lite, posto che l'Organismo ha il potere di determinarlo motu proprio dandone comunicazione alle parti (art.16, comma 8, d.m. 180/2010). Conseguentemente al deposito dell'istanza di mediazione, l'Organismo provvede a darne comunicazione alla parte convocata con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione. Detta comunicazione può essere effettuata anche a cura della parte istante. Il principio di informalità proprio del procedimento di mediazione rende possibile l'utilizzabilità di qualunque modalità di comunicazione, purchè, questa, sia idonea ad assicurare la ricezione della domanda. Nel caso in cui la domanda di mediazione non giungesse a destinazione con congruo anticipo rispetto alla data del primo incontro programmatico, la mancata partecipazione della parte chiamata costituisce un giustificato motivo che esclude le conseguenze processuali di cui all'art. 8, ult. comma d.lgs.

La domanda di mediazione deve essere presentata presso un Organismo avente sede operativa nel luogo del Giudice territorialmente competente per la controversia. La violazione di tale norma potrebbe legittimare l'assenza della parte invitata. Il Giudice, in caso di rilevata incompetenza della Camera di Conciliazione adita, si asterrà da qualsivoglia trattamento sanzionatorio in capo alla parte assente durante la procedura di Mediazione. Qualora l'attore presenti all'Organismo un'istanza riportando solo talune delle domande spiegate in corso di causa, il Giudice dichiarerà l'improcedibilità di tutte le domande non riprodotte nell'istanza di Mediazione coerentemente con la sent. del 7 luglio 2016 del Tribunale di Verona, la quale si è pronunciata sulla questione, optando per la diretta ed immediata deliberazione di improcedibilità delle domande giudiziali non ritualmente introdotte e analizzate nel procedimento di mediazione.

Di contro, gli artt. 5 e 8 del d.lgs. n. 28/2010, pur nella loro incompletezza, sembrano riferire la sanzione dell'improcedibilità ai soli casi in cui il procedimento di mediazione sia stato completamente pretermesso, con conseguente obbligo del Giudice di rimettere le parti innanzi al mediatore, affinché il procedimento sia completato con la trattazione delle domande originariamente pretermesse. D'altro canto, appare difficilmente armonizzabile con i principi di proporzionalità e di ragionevolezza, di cui all'**art. 3 Cost.**, la pretesa di applicare una sanzione tanto grave come l'improcedibilità dell'azione quale reazione ad inottemperanze estremamente lievi, come, per l'appunto, la lacunosa configurazione dell'istanza di mediazione. In caso di instaurazione di un procedimento di mediazione innanzi ad un Organismo di incompetente si evidenziano molteplici problematiche. Le parti del procedimento possono congiuntamente derogare alla competenza per territorio. In tale ipotesi, anche in ragione della congiunta iniziativa assunta

dalle parti, non vi sono ragioni per poter ritenere non validamente esperito il procedimento. Qualora, invece, la scelta di demandare la Mediazione ad un Organismo incompetente non sia congiunta, ma unilateralmente imposta, rilevano diversi aspetti che differiscono tra loro a seconda che, questa, sia attivata prima della proposizione della domanda giudiziale o meno.

Nel primo caso, infatti, se all'investitura di un Organismo incompetente faccia seguito l'accettazione dell'invito ed il regolare svolgimento del procedimento, si può ritenere che vi sia stata una tacita accettazione per fatti concludenti della designazione dello stesso, con la conseguenza che il procedimento di mediazione potrà ritenersi validamente espletato. Diversamente dicasi nel caso in cui, invece, il convenuto non prenda parte al procedimento nulla deducendo in merito alle ragioni della propria assenza. Il Giudice, in caso di successiva rappresentazione del convenuto, in sede giudiziale, delle ragioni che avevano indotto lo stesso a non prendere parte alla procedura e di rilevazione dell'incompetenza per territorio dell'Organismo di Mediazione, dovrà ritenere non soddisfatta la condizione di procedibilità, con conseguente rimessione delle parti in Mediazione per l'esperimento del relativo procedimento. La prospettazione dell'incompetenza dell'Organismo, quale ragione giustificativa della mancata adesione al procedimento, costituirà ai sensi dell'art. 8, comma 4 - bis giustificato motivo di mancata partecipazione, con la conseguenza, che il Giudice, non potrà desumere argomenti di prova ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c. e non troverà applicazione, per quanto detto, la sanzione del versamento del contributo unificato dovuto per la controversia. Particolarmente problematica è, invece, l'ipotesi in cui la Mediazione sia stata attivata successivamente alla proposizione della domanda giudiziale. In tale ultimo caso, infatti, rilevano le sorti del Giudizio se la domanda di Mediazione, depositata in ottemperanza all'Ordinanza del Giudice, dovesse essere presentata innanzi ad un Organismo incompetente. Nulla quaestio in ipotesi di partecipazione di tutte le parti al procedimento attivato innanzi ad un Organismo incompetente; in tal caso, infatti, la procedura dovrà ritenersi validamente espletata, in considerazione del fatto che la relativa eccezione è rimessa all'impulso di parte.

Nel caso in cui, invece, il procedimento di mediazione non si sia celebrato per avere la parte invitata eccepito l'incompetenza territoriale innanzi all'Organismo adito, ovvero in sede giudiziale, differenti saranno, invece, le conclusioni. Il Giudice alla prima udienza successiva, potrebbe, infatti, essere chiamato a pronunciarsi sulla questione preliminare di improcedibilità della domanda attorea per mancata corretta instaurazione del procedimento conciliativo. Sul punto, non mancano posizioni giurisprudenziali assai rigorose secondo le quali l'instaurazione della Mediazione innanzi ad un Organismo incompetente possa essere assimilata all'ipotesi di mancata attivazione della procedura entro il **termine perentorio di quindici giorni concesso dal Giudice** e che, quindi, in entrambi i casi debba potersi parlare di improcedibilità della domanda giudiziale. Conforme a tale orientamento è il Tribunale di Mantova Sez. II, che con sentenza del 3 novembre 2015, n. 1049, considera come non espletato il procedimento di mediazione in detta eventualità. All'esito delle considerazioni effettuate è opportuno precisare le modalità attraverso le quali può essere esercitata l'autonomia privata in ordine alla competenza territoriale della Camera di Conciliazione. Detta autonomia può, infatti, estrinsecarsi mediante la presentazione di una domanda congiunta delle parti dinanzi ad un Organismo, prescindendo dalla sua competenza territoriale, ovvero, mediante la predisposizione di una clausola contrattuale di mediazione che disciplini la

competenza della Camera di Conciliazione oltre che nell'ipotesi di mancata contestazione dell'incompetenza della parte invitata, quale implicito accordo di deroga. L'Organismo di Mediazione ed il Mediatore non sono tenuti a rilevare l'incompetenza territoriale. È, infatti, onere della parte rilevarlo e responsabilità dell'Avvocato la scelta dell'Organismo da adire.

Volume consigliato

b) Primo incontro programmato

In questa fase procedurale la **Legge stabilisce il dovere del Mediatore di chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della Mediazione**. Sotto il profilo logico, detto dovere è difficilmente spiegabile, in quanto prima dell'instaurarsi del procedimento conciliativo gli Avvocati hanno l'obbligo di precisare ai propri assistiti le caratteristiche fondamentali dell'istituto di cui trattasi, ai sensi delle norme del codice civile e deontologiche oltre che dell'art. 4 del d.lgs. n. 28/2010.

Esaurita l'attività informativa, il Mediatore invita le parti ad esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura. Solo successivamente alla dichiarazione resa dalle parti di voler espletare effettivamente la procedura di mediazione potrà essere esaminato il merito della controversia. Durante la fase meramente informativa, infatti, il dialogo tra Mediatore, parti e difensore deve riguardare solo la ritualità delle modalità di instaurazione del procedimento, la funzione del Mediatore, nonché eventuali altre problematiche emerse nel corso del confronto. Le parti e i difensori, nel pronunciarsi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione, devono verificare se sussistono elementi che in termini assoluti, impediscano o rendano assolutamente improbabile il raggiungimento di un accordo amichevole. Fattispecie ostativa all'apertura delle trattative potrebbe riscontrarsi, ad esempio, in caso di Mediazione delegata, qualora le parti o i difensori ritengano che il Giudice, nel disporre l'avvio di detta procedura, abbia erroneamente considerato come disponibile l'oggetto della contesa.

Le parti non possono subordinare il loro ingresso in Mediazione alla ricorrenza di determinate condizioni, in quanto, dette condizioni sono espressione di esigenze o di aspirazioni dal tenore squisitamente soggettivo non incidenti sulla sussistenza dei presupposti obiettivi per il raggiungimento dell'accordo amichevole. L'operato del Mediatore, inoltre, non può essere vincolato dalle parti del procedimento. La Mediazione, stante anche la pronuncia del Trib. Roma, Sez. III, ord. 29 settembre 2014, non può considerarsi effettivamente esperita, laddove i difensori si siano limitati a trasmettere al Mediatore delle missive contenenti le rispettive disponibilità transattive ovvero le ragioni per cui l'accordo si ritenga impossibile. In tale caso, invero, verrebbe meno il confronto tra le parti, confronto che costituisce elemento essenziale della procedura conciliativa. Le maggiori incertezze interpretative riguardano

l'obbligatoria presenza delle parti all'incontro di Mediazione.

Sul punto l'orientamento maggioritario prevede che nel procedimento di mediazione la parte è tenuta ad affiancare il difensore, non essendo sufficiente la presenza di quest'ultimo. Detto indirizzo interpretativo maggioritario si fonda, innanzitutto, su talune disposizioni legislative, contenute nel d.lgs. 28/2010, le quali, nel loro tenore testuale sembrerebbero presupporre che, nelle varie fasi della procedura, parti e difensore compaiano personalmente. L'art. 8, comma 1, stabilisce, infatti, che al primo incontro e agli incontri successivi le parti debbano partecipare con l'assistenza dell'avvocato e che "il Mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita le parti e i loro rispettivi Avvocati ad esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento". L'obbligatorietà della presenza personale della parte viene motivata alla stregua della peculiare **funzione chiarificatrice e facilitativa perseguita dall'incontro preliminare**. In detto incontro, infatti, il Mediatore è chiamato ad erudire le parti in merito alle opportunità proprie del procedimento. Il buon esito della Mediazione è riconducibile al contatto diretto tra le parti ed il Mediatore professionista.

Quest'ultimo, infatti, può aiutare le parti del procedimento a ricostruire i loro rapporti pregressi e ad addivenire ad una soluzione che, al di là delle ragioni di diritto, consenta loro di evitare l'acuirsi della conflittualità, definendo amichevolmente una vicenda potenzialmente oppositiva con reciproca soddisfazione, mediante un'interlocuzione diretta ed informale. L'obbligatorietà della presenza personale della parte, tuttavia, non preclude la delegabilità a terzi della partecipazione in Mediazione. Sul punto la Cassazione, sez. III, con sentenza del 7 marzo 2019 n. 8473, ritiene che la parte impossibilitata a partecipare personalmente alla procedura di mediazione possa delegare un terzo ed anche il suo avvocato a prendere parte alle attività di mediazione mediante procura speciale notarile sostanziale. Irrilevante è la procura alle liti, benchè avente la forma della procura notarile, in quanto, questa, è una procura meramente processuale e non anche attributiva del potere di rappresentanza sostanziale della parte. Non esistono regole dalle quali far derivare l'invalidità e l'inefficacia di un accordo dalla irritualità del procedimento di mediazione, con la conseguenza che in assenza di vizi del consenso e laddove il rappresentante abbia negoziato nei limiti dei poteri conferitigli, l'accordo sarà pienamente valido ed efficace. In caso di accordo raggiunto attraverso il rappresentante, sia pure all'interno di una mediazione irrituale per la mancata partecipazione personale della parte, non vi potranno essere conseguenze negative sull'accordo raggiunto. Non altrettanto potrà dirsi nel caso inverso. Nel qual caso, infatti, le conseguenze dell'irritualità della procedura di mediazione sono quelle ordinarie e note, in quanto usualmente espresse dalla Giurisprudenza, in primis l'improcedibilità della domanda.

La Sentenza del 15.01.2018 del Tribunale di Palermo, stabilisce relativamente all'assenza della parte del procedimento senza giustificato motivo, che il **Giudice condanna la parte costituita** che non ha partecipato al procedimento di mediazione al versamento a favore dell'Erario di una somma corrispondente al contributo unificato previsto per legge.

La citata disposizione normativa, ad avviso del Giudice palermitano, non lascia margini di discrezionalità al Giudice, che è tenuto, ravvisata la mancanza di un motivo che giustifichi l'assenza di una parte del

procedimento, ad applicare la sanzione di cui all'art. 4 bis del d.lgs. 28/2010. Laddove una delle parti invitate alla Mediazione obbligatoria ex lege o delegata non compaia all'incontro preliminare, il Mediatore non può limitarsi a constatare l'insussistenza dei presupposti per l'introduzione delle trattative, ma deve adottare ogni opportuno provvedimento per sollecitarne la partecipazione. In difetto, la parte interessata a provocare il perfezionamento della condizione di procedibilità della domanda giudiziale è tenuta ad invitare il Mediatore ad attivarsi in tal senso, pretendendo che tale richiesta sia annotata nel verbale, (Tribunale di Vasto, Ord. 29 gennaio 2018).

c) La fase delle trattative

Il nucleo essenziale di ogni **tentativo di conciliazione** è costituito dalla fase delle trattative. Detta fase è caratterizzata dalla presenza di un soggetto professionalmente qualificato dotato di specifiche conoscenze e di esperienza nella ricerca di una soluzione alternativa della controversia. Il Mediatore, ai sensi dell'art. 9, comma 2, d.lgs. n. 28/2010, è tenuto a tenere riservate le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite dalle parti nel corso delle sessioni separate. Da quanto detto, si desume che, nell'ambito della procedura di mediazione, al fine di addivenire ad una risoluzione della controversia insorta tra le parti, ci si possa avvalere dell'audizione separata delle parti, non essendo indispensabile il contraddittorio tra le stesse.

In tali sessioni emergono, infatti, gli interessi concreti alla luce dei quali il Mediatore può individuare la soluzione più opportuna per la composizione bonaria della conflittualità in essere. L'esito del procedimento di mediazione può essere positivo o negativo. Nel primo caso, questo, si conclude con la redazione di un verbale di accordo, che, benchè redatto dal Mediatore, è direttamente imputabile alle parti, quale atto dalle stesse voluto, contenente il nuovo regolamento dei reciproci interessi, con contestuale eliminazione della controversia. La Conciliazione può essere, pertanto, qualificata come un atto contrattuale anche nelle ipotesi in cui il Mediatore mediante la formulazione di una proposta, abbia svolto un ruolo attivo nella formazione dell'accordo conciliativo.

In caso di esito negativo della **procedura di mediazione** sarà, invece, redatto un verbale di mancato raggiungimento dell'accordo conciliativo e si proseguirà con il Giudizio. Il perfezionamento dell'accordo conciliativo richiede la manifestazione del libero consenso di entrambe le parti e, in caso di proposta del Mediatore, è richiesto il rispetto di particolari formalità. Questa, infatti, deve essere comunicata alle parti per iscritto, affinché, nel termine di sette giorni, le stesse, facciano pervenire al Mediatore, nella medesima forma, il proprio consenso o dissenso. Preclusivo del perfezionamento dell'accordo conciliativo è la ricezione del rifiuto delle parti, oltre che la mancanza di risposta di queste nel suddetto termine. La Legge prevede, infatti, che la mancata comunicazione di una risposta implica il rifiuto della proposta formulata. Le sottoscrizioni del verbale di Mediazione effettuate dalle parti devono per Legge essere autenticate dal Mediatore.

Nel caso in cui l'accordo, per il suo contenuto, sia soggetto a trascrizione e, quindi, le parti con l'accordo

concludano un contratto, ovvero compiano uno degli atti di cui all'art. 2643 c.c., le sottoscrizioni devono essere autenticate da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato. La Conciliazione, ovvero, l'accordo raggiunto dalle parti all'esito del procedimento di mediazione, produce, come tale, gli effetti propri di qualunque contratto, ai sensi e per gli effetti dell'**art. 1372 c.c.** Qualora il contenuto dell'accordo non sia contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, e previo accertamento della regolarità formale, lo stesso, può essere omologato con decreto del Tribunale nel cui circondario ha sede l'Organismo, nel caso in cui il verbale sia esclusivamente sottoscritto dalle parti e non anche dai rispettivi Avvocati. Conseguentemente all'avvenuta omologazione, l'accordo conciliativo consegue effetti ulteriori rispetto a quelli propri di un atto di autonomia privata.

In particolare, detto accordo conciliativo, acquista efficacia di titolo esecutivo, sia ai fini dell'espropriazione del debitore, sia per l'esecuzione in forma specifica. Le parti che abbiano conciliato la lite, pertanto, conseguono immediatamente un titolo idoneo a soddisfare coattivamente i propri diritti. L'istanza di omologazione deve essere rivolta al Presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l'Organismo prescelto per la Mediazione. L'art. 12, comma 1, del d.lgs. n. 28/2010 stabilisce che l'omologazione può essere concessa solo quando il contenuto dello stesso non sia contrario all'ordine pubblico e a norme imperative e previo accertamento della sua regolarità formale. Il controllo dell'Autorità Giudiziaria non è, quindi, limitato agli aspetti formali, ma esteso al merito dell'accordo, sia pure solo sul piano della legalità degli accordi convenuti. Si tratta, quindi, di un controllo di regolarità formale e di legalità sostanziale. In caso di rigetto dell'omologazione il Giudice trasmette al Responsabile dell'Organismo di Mediazione e all'Organismo stesso copia del provvedimento di diniego.

d) La fase dell'accordo

L'**istituto della Mediazione** è permeato dalla logica privatistica e liberale, la quale suggerisce di attribuire rilevanza primaria al confronto tra le parti e i difensori in ordine alle problematiche fattuali e giuridiche controverse, al fine di addivenire ad una risoluzione della controversia in essere. Il Mediatore ha un ruolo di coordinamento e di indirizzo delle negoziazioni ed ha facoltà di formulare proposte solo in caso di fallimento delle interlocuzioni spontanee. Il Conciliatore durante questa fase procedurale deve canalizzare le discussioni in modo da raggiungere intese, dissuadendo le parti da questioni che si configurano essere quali gratuite occasioni di conflitto. L'attività svolta dal professionista incaricato alla risoluzione del conflitto è quella di abilmente gestire le informazioni derivanti dalle sessioni separate e congiunte, oltre che di comprendere gli equilibri sussistenti tra le parti, adoperandosi affinché il confronto tra queste, non degeneri nella sterile riaffermazione di personalissime posizioni di contrasto.

Compito del Mediatore è, pertanto, creare le condizioni affinché le parti possano esporre soluzioni conciliative e non inasprire le conflittualità. Il Legislatore non definisce chiare e perentorie indicazioni comportamentali in capo al Mediatore, poichè sussiste un'oggettiva difficoltà ad individuare una tecnica persuasiva valida ed efficace per la risoluzione delle controversie e verrebbe, altresì, irrimediabilmente

frustrata la professionalità dello stesso con contestuale sua riduzione ad un mero esecutore di direttive normative privo di autonomia organizzativa.

Il Mediatore deve operare con professionalità, serietà e dedizione nello svolgimento dell'incarico conferitogli, come agevolmente deducibile in modo sistematico dalle diverse disposizioni normative di cui al d.lgs. 28/2018. Le proposte che, successivamente al fallimento delle trattative spontanee, possono provenire dal Mediatore sono di due tipologie e precisamente: **a) proposta facilitativa: formulata anche senza il consenso delle parti e il cui rifiuto non determina alcuna conseguenza giuridica;** **b) proposta aggiudicativa (o attributiva):** formulata ad istanza concorde dei litiganti e che se declinata, può incidere sulla distribuzione delle spese processuali nell'eventuale processo celebrato sul medesimo oggetto. A parere della Dottrina, il Mediatore, nel definire la proposta aggiudicativa, deve effettuare una valutazione prognostica sui verosimili esiti di un eventuale processo civile, attenendosi il più possibile agli stessi. Secondo detta interpretazione, pertanto, il Mediatore si trasforma in un ausiliario atipico del Giudice.

Nel caso in cui detta **valutazione prognostica non sia possibile**, stante l'assenza di elementi istruttori, la proposta aggiudicativa dovrebbe attenersi a criteri equitativi. Tali orientamenti, tuttavia, non appaiono condivisibili, in quanto non sussiste alcuna norma che imponga la conformità della proposta aggiudicativa a criteri giuridici e, inoltre, il Mediatore, non dovendo necessariamente appartenere alla categoria degli operatori giuridici, può incontrare degli impedimenti nell'individuazione della soluzione della controversia secondo il diritto. Lo stesso art. 14 del d.lgs. 28/2010 dispone, inoltre, che il Mediatore debba formulare le proposte di conciliazione nel rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico. L'elasticità del procedimento di mediazione trova la sua massima espressione nella facoltà del Mediatore di disporre, anche d'ufficio, la consulenza tecnica per l'assunzione di quelle informazioni tecniche e/o scientifiche necessarie per favorire la conciliazione delle parti.

L'esperto designato dal Mediatore non può essere assimilato al C.T.U. incaricato dal Giudice, in quanto l'attività dell'esperto è utile al professionista incaricato per agevolare la conciliazione fra le parti, mentre l'opera del C.T.U. permette al Giudice di valutare le prove già ritualmente acquisite nel contraddittorio fra le parti. La relazione dell'esperto, inoltre, non è inclusa dall'Ordinamento tra i mezzi per la formazione o la valutazione delle prove e non è sottoposta al controllo ed al governo del Giudice, a differenza della C.T.U..

Discordanza c'è in Giurisprudenza relativamente alla possibilità di utilizzare in Giudizio la relazione dell'esperto, in caso di esito negativo del procedimento di mediazione. Taluni propendono per la tesi negativa, visto il vincolo di riservatezza tipizzante il procedimento di mediazione, oltre la tendenziale inidoneità della relazione peritale realizzata dall'**esperto a costruire una prova o un indizio**, secondo le norme del codice di rito. La tesi più possibilista, invece, considera insufficienti le predette argomentazioni per giungere ad escludere il potere/dovere del Giudice di attribuire una qualche rilevanza istruttoria alla relazione peritale dell'esperto e obietta, in merito alla doverosa segretezza del procedimento di mediazione, che, questa, sia disciplinata in modo frammentario, non potendosi, pertanto,

ritenere che detto dovere di segretezza costituisca una clausola normativa di portata generale. La dialettica in questione ha trovato un approdo giurisprudenziale nell'ordinanza, resa in data 17 marzo 2014, dalla XIII Sezione del Tribunale di Roma che, pur negando qualunque rilievo istruttorio alla relazione peritale dell'esperto, in quanto affetta da "evidenti salti logici e vistose omissioni ricostruttive", ha reputato ammissibile la sua produzione giudiziale e la sua libera valutazione da parte del Giudice ai fini probatori, purchè essa abbia costituito oggetto di dibattito tra le parti e sia stata realizzata sulla base di metodologie dotate di validità scientifica.

e) L'accordo amichevole: il traguardo della mediazione

La stipulazione di un'intesa idonea a definire la controversia insorta tra le parti costituisce l'esito del procedimento di mediazione. L'accordo amichevole è uno strumento con il quale i contraenti definiscono autonomamente il conflitto senza ricorrere a precetti eteronomi. La disciplina della Mediazione si avvale di strumenti che si preoccupano di non sopprimere l'autonomia negoziale, ma di prevenire comportamenti contrari a buona fede e correttezza. Questi, se perpetrati, infatti, oltre a ledere le legittime aspettative della controparte in una trattativa seria e costruttiva, privano del diritto alla ragionevole durata del processo i consociati. L'accordo amichevole, al pari del contratto, ha forza di legge fra le parti, **ex art. 1372, comma 1, c.c.** e resiste alle modificazioni del diritto positivo che dovessero verificarsi in pendenza del rapporto contrattuale, anche se espressamente dotate dal legislatore di efficacia retroattiva. L'accordo conciliativo cristallizza e conferisce certezza ai rapporti giuridici, infatti, lo *ius superveniens* non può in alcun modo destabilizzare la regola di condotta assunta liberamente dai contraenti, analogamente alla sentenza passata in giudicato. Plurime sono le soluzioni interpretative relative alla natura giuridica dell'accordo Conciliativo. Taluni, sostengono che, questo, debba identificarsi, volta per volta, con la transazione *ex art. 1965 c.c.* o con altro contratto nominato. Di orientamento opposto sono coloro i quali sostengono, che l'accordo di Mediazione rappresenti una fattispecie autonoma tipizzata dal d.lgs. 28/2010. Altri ancora, ritengono che il verbale di esito positivo della Mediazione sia riconducibile alla categoria dei contratti atipici ove, questo, sia volto a perseguire interessi meritevoli di tutela, secondo l'Ordinamento giuridico dello Stato.

<https://www.diritto.it/la-mediazione-civile-e-commerciale-procedimento-informale-e-regole-procedurali/>