

ROBERTA TISCINI

Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali.

1. - Nel d.lgs. n. 28/2010 una apposita disposizione – l’art. 8 – è dedicata al “procedimento”. Altre norme sono poi volte (per l’intero o in parte) a regolare sul piano “processuale” l’attività destinata alla risoluzione di una controversia (*rectius*, conflitto) attraverso l’intervento (facilitativo o valutativo¹) di un terzo (il mediatore)². La disciplina del “procedimento” è poi completata dal D.M. n. 180/2010, soprattutto nella parte in cui si occupa del regolamento di procedura di ciascun organismo (art. 7 D.M. n. 180/2010).

Occorre preliminarmente intendersi sul senso da attribuire ai profili processuali della mediazione. Verso la sua struttura procedimentale conduce la terminologia utilizzata tanto nel d.lgs. n. 28/2010, quanto nel D.M. n. 180/2010, ove si distingue tra “mediazione” intesa come “attività”³ e “conciliazione” come “risultato”⁴ a cui essa deve mirare⁵. Al processo fanno poi pensare molte altre espressioni⁶, così come talune garanzie ad essa sottese⁷.

¹ Il d.lgs. n. 28/2010 contempla entrambe le forme di mediazione, ammettendo tanto l’ipotesi di un “accordo amichevole”, quanto – ove l’accordo non sia raggiunto – quella della formulazione di una proposta da parte del mediatore (art. 11 comma 1 .lgs. cit.). Nel decreto delegato vi sono poi altre distinzioni tra varie forme di mediazione (obbligatoria e facoltativa, prevista per legge e da contratto). In questa sede, il discorso sarà svolto in maniera generale ed onnicomprensiva; non ci si soffermerà quindi sui pur inevitabili distinguo che, anche sul piano procedimentale, caratterizzano ciascun modello conciliativo.

² Artt. 3 – 7 d.lgs. n. 28/2010, su cui vd. *amplius infra* §§ successivi.

³ La mediazione costituisce 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” (art. 1 d.lgs. n. 28/2010 e art. 1 D.M. n. 180/2010).

⁴ La “conciliazione” è “la composizione di una controversia s seguito dello svolgimento della mediazione” (art. 1 d.lgs. n. 28/2010 e art. 1 D.M n. 180/2010).

⁵ La distinzione tra “mediazione” e “conciliazione” ha radici antiche, dal momento che nel tempo ai due termini sono stati attribuiti significati diversi talora contrastanti. Per una ricostruzione sul tema si rinvia a Punzi, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 845 ss.; Ghirga, *Conciliazione e mediazione alla luce della proposta di direttiva europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 463 ss., spec. 473; Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, 6 ss. Sulle imprecisioni terminologiche nell’uso delle due locuzioni nel d.lgs. n. 28/2010, vd. Nela, *Il procedimento*, in *La mediazione civile e commerciale*, a cura di Besso, Torino, 2010, 263. Esprime un giudizio positivo sulla chiarezza delle scelte linguistiche del decreto delegato, Chiarloni, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge 69/2009*, in AA.VV., *Sull’arbitrato. Sudi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 195 ss., spec. 197.

⁶ Per tutte basti la costruzione della domanda di mediazione, da formulare in una apposita istanza con certi – seppure generici - contenuti. Sul tema vd. *infra* § 5.

⁷ Si pensi all’obbligo di imparzialità, garanzia costituzionale anche nel sistema giurisdizionale (art. 111 comma 2 cost.), e parimenti principio fondamentale del procedimento di mediazione (vd. *infra* § successivo).

Tuttavia, pure essendo indubbio che la mediazione si sviluppi in un “*procedimento*”⁸, sarebbe sbagliato costruirla come un “*processo*”⁹. Si deve partire dalla convinzione contraria, nel senso che una lunga distanza separa la mediazione dal processo, dal quale si discosta non solo per struttura ma anche per scopi¹⁰.

Il nuovo modello di mediazione (sotto questo profilo, non molto diverso da quelli che lo hanno preceduto) va inquadrato entro le categorie civilistiche, poiché finalizzato non tanto alla decisione di una controversia, quanto al raggiungimento di un *accordo* (da collocare tra i negozi, piuttosto che tra i provvedimenti contenziosi).

Occorre allora bandire qualsiasi interpretazione che attribuisca prevalenza a strutture processuali, ed intenda il procedimento in una dinamica contenziosa, seppure sotto la direzione di organi privati, piuttosto che di un giudice (se così fosse, ci troveremmo di fronte ad un omologo dell’arbitrato). Tanto meno si tratta di una fase pre-processuale che – anche quando imposta come obbligatoria (art. 5 comma 1 d.lgs. cit.) – debba necessariamente emulare lo schema del giudizio. Il d.lgs. n. 28/2010 offre, di contro, un modello contrattuale, talora (nella sua disciplina positiva) fin troppo forzatamente avvicinato alle dinamiche del processo¹¹.

Si tratta in altri termini di uno schema negoziale nel quale la fase di negoziazione è favorita ed assistita da un privato, il mediatore, il cui ruolo diverge, tanto da quello del giudice quanto da quello dell’arbitro¹². Mentre in questi ultimi primeggia l’esigenza di individuare la soluzione “giusta”

⁸ La natura procedimentale della mediazione è confermata dalla sua tradizione. Ad un vero e proprio procedimento (“strutturato”) si riferisce la stessa Direttiva 2008/52/CE. Peraltro, non è mancato chi, in uno studio complessivo del fenomeno conciliativo (giudiziale e stragiudiziale) riconduce la conciliazione (non solo giudiziale, ma anche stragiudiziale) entro la categoria della giurisdizione volontaria (Santagada, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008, 340). Osserva Picardi, *Manuale del processo civile*, Milano, 2010, 659 come “anche la conciliazione è strettamente dipendente dall’attività che l’ha preceduta, il procedimento. Si colloca, quindi, anch’essa sul piano processuale e trova la propria legittimazione nella procedura”.

⁹ In questo senso Nela, *Il procedimento*, cit., 269; Fabiani, *Profili critici del rapporto tra mediazione e processo*, in www.judicium.it, § 1, il quale, nello scartare l’idea che la mediazione (obbligatoria) costituisca un processo, ne svilisce anche la qualifica di “procedimento”. Critico sul fatto che il d.lgs. n. 28/2010 ha costruito una mediazione non libera (in quanto talora imposta come condizione di procedibilità della domanda giudiziale) e fin troppo “processualizzata” (il che è in controtendenza rispetto alle linee ispiratrici della direttiva n. 2008/52/CE), Scarselli, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in *Foro it.*, 2010, V, 148. Individua invece il procedimento di mediazione in termini di “processo” Giavarrini, *Commento all’art. 8*, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, a cura di Castagnola e Delfini, Padova, 2010, 130.

¹⁰ Il riferimento al procedimento si può intendere almeno in due sensi: a) l’attività del mediatore è scandita dalla successione di una serie di atti; b) nel rapporto tra parti e organismo, quest’ultimo deve adeguare il proprio operato a talune prescrizioni che consistono in un elenco ordinato di atti (Nela, *Il procedimento*, cit., 269).

¹¹ Scarselli, *La nuova*, cit., 148.

¹² Altro è poi il problema di offrire il giusto inquadramento del ruolo del mediatore. Sul tema cfr. per tutti Bove, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 344 ss., spec. 344. Sulla funzione del mediatore, nella prospettiva conciliativa, vd. anche Dittrich, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 574 ss., spec. 581.

(*rectius*, di decidere la controversia), il mediatore punta a favorire l'incontro tra le volontà delle parti; il che è cosa diversa dalla decisione di causa contenziosa¹³.

Né verso la soluzione contraria conduce il fatto che il d.lgs. n. 28/2010 descrive una mediazione "amministrata"; ciò esalta la ritualità del procedimento, ma senza rinunciare alla sua *informalità*¹⁴. La ritualità va intesa nel senso di assicurare talune garanzie necessarie per la tutela dei diritti, ma non al punto di rinunciare alla deformalizzazione¹⁵.

In altri termini, il procedimento di mediazione – seppure caratterizzato dalla successione di atti tra loro concatenati – è ben distante dalla logica del processo (giurisdizionale o arbitrale). E' perciò che la proposta conciliativa (e di riflesso l'accordo) potrebbero risolversi in qualcosa di molto diverso dalle richieste originarie delle parti e che non operano qui il principio della domanda o della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato¹⁶.

Questo il punto di partenza da cui ci si muoverà per esaminare la ritualità della nuova mediazione civile e commerciale.

2. - Quattro principi fondamentali (evincibili dall'art.3 d.lgs. cit.) governano il procedimento di mediazione: l'autonomia regolamentare, la riservatezza, l'imparzialità del mediatore, l'informalità degli atti del procedimento¹⁷.

Punto di partenza da cui muovere è il primo, secondo cui "al procedimento di mediazione di applica il regolamento dell'organismo scelto dalle parti" (art. 3 comma 1 cit.)¹⁸. La disciplina regolamentare costituisce punto centrale nell'esame dei profili procedurali della mediazione,

¹³ Bove, *La riforma in materia di conciliazione*, cit., 344; Dalfino, *Dalla conciliazione societaria alla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali"*, in [ww.judicium.it](http://www.judicium.it), § 2.

¹⁴ La quale ne costituisce uno dei principi fondamentali esplicitato nell'art. 3 d.lgs. cit., secondo cui "gli atti del procedimento di mediazione non sono soggetti a formalità" (vd. *infra* § 2).

¹⁵ Che la mediazione debba assicurare alcune delle garanzie minime comuni al processo è una esigenza correttamente avvertita in dottrina (per tutti, Ghirga, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto?*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 357 ss., spec. 371; *Conciliazione*, cit., 463 ss.). La necessità di corredare anche il procedimento di mediazione di garanzie utili alla migliore tutela dei diritti non deve però condurre alle conseguenze (patologiche) dell'eccessivo ingessamento di una procedura pur sempre fondata su un prioritario e determinante elemento volontaristico. Favorevole all'abbandono di eccessivi formalisti nella disciplina in esame, Fanelli, *La struttura del procedimento tra flessibilità e garanzia*, in *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, a cura di Sassani e Santagada, Roma, 2011, 34.

¹⁶ Pagni, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Società*, 2010, 620 ss., spec. 622.

¹⁷ Cuomo Ulloa, *Commento all'art. 3*, in *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali*, a cura di Bandini e Soldati, Milano, 2010, 51 ss.

¹⁸ La scelta legislativa è quindi disciplinare "a maglie larghe" il procedimento, evitando eccessivi formalismi che ne avrebbero frustato il funzionamento (così Santagada, *Disciplina applicabile*, cit. 23; Fanelli, *La struttura del procedimento*, cit., 34).

non meno che la libera determinazione delle parti, sia l'una che l'altra costituendo espressione dell'autonomia privata che dovrebbe governare il raggiungimento del consenso¹⁹.

All'atto di presentazione della domanda di iscrizione al Registro tenuto presso il Ministero della Giustizia²⁰, ciascun organismo deve depositare il proprio regolamento di procedura ed il codice etico, comunicandone ogni successiva variazione (art. 16 comma 3 d.lgs. n. 28/2010)²¹. Il contenuto del regolamento è desumibile dal combinato disposto di diverse norme (artt. 3, 8, 16 d.lgs. n. 28/2010, nonché art. 7 D.M. 180/2010).

Esso deve in ogni caso “*garantire la riservatezza del procedimento ai sensi dell'art. 9*” (art. 3 comma 2 d.lgs. cit.). Trattandosi di principio fondamentale, si può anzi ritenere che, seppure il regolamento non²² lo preveda espressamente²³, il dovere di riservatezza vada comunque osservato²⁴. Parimenti necessaria è la previsione nel regolamento delle “*modalità di nomina del mediatore che ne assicurano l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico*” (art. 3 comma 2 d.lgs. cit.). Ciò consiste nel disciplinare, non solo i criteri di nomina dei mediatori, ma anche le modalità di contestazione dell'eventuale parzialità. Quanto ai primi, vari possono essere i meccanismi, da quello basato sulla rotazione, a quello volontario rimesso alla libera scelta delle parti, ovvero quello causale o personalizzato. Quanto alle seconde, diversi possono essere i metodi di contestazione del mediatore (parziale), nonché la possibilità della sua sostituzione²⁵.

Minimo comune denominatore di tutte le regole di procedura – conseguenza della scarsa processualizzazione della mediazione²⁶ – è l'*informalità*²⁷. Deve trattarsi di procedimento *flessibile*, e perciò incompatibile con preclusioni o scadenze predefinite delle relative attività²⁸.

Piena *flessibilità* si impone anche nello svolgimento degli incontri (art. 8 d.lgs. cit.), spettando al mediatore regolarne le dinamiche, sia quanto alla loro fissazione, sia quanto all'alternanza tra sessioni congiunte o separate, sia ancora quanto ai rinvii, o ai tempi del procedimento.

¹⁹ Sulla centralità dei regolamenti di procedura, Fabiani-Leo, *Prime riflessioni sulla “mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali” di cui a.lgs. n. 28/2010*, in www.judicium.it, § 6.

²⁰ La disciplina del Registro degli organismi è contenuta nel capo II del D.M. n. 180/2010.

²¹ Al regolamento vanno poi allegate le tabelle delle indennità spettanti agli organismi costituiti da enti privati proposte per l'approvazione ai fini della possibilità di usufruire delle agevolazioni fiscali e tributarie (art. 17 d. lgs. cit.).

²² Sta di fatto che, anche prima del d.lgs. n. 28/2010 molti regolamenti di procedura prevedevano già il dovere di riservatezza (vd. ad esempio il Regolamento di conciliazione delle camere di commercio redatto da Unioncamere). Tale dovere per, fintanto che non esisteva una esplicita norma di legge, non produceva effetti involanti quali quelli derivanti dalla normativa in esame (Borghesi, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, in www.judicium.it, § 1).

²³ Cuomo Ulloa, *Commento all'art. 3, cit.*, 53; Id, *Decreto Legislativo 4 marzo 2010, n. 28*, in *Il processo civile riformato*, diretto da Taruffo, Bologna, 2010, 613 ss., spec. 645.

²⁴ La disciplina del dovere di riservatezza è contenuta nell'art. 9 d.lgs. cit. e ad essa è strettamente legato quello di inutilizzabilità e segreto professionale dell'art. 10 d.lgs. cit.

²⁵ Su altre ipotesi di sostituzione del mediatore vd. *infra* §§ 8 e 10.

²⁶ Vd. *supra* § precedente.

²⁷ “*Gli atti del procedimento di mediazione non sono soggetti a formalità*” (art. 3 comma 3 d.lgs. cit.).

²⁸ Parla di disciplina “leggera”, Cuomo Ulloa, *Decreto*, cit., 645.

3. - Del contenuto del regolamento di procedura si occupa poi l'art. 7 D.M. n. 180/2010. La norma distingue:

- a) ciò che il regolamento può (facoltativamente) contenere;
- b) ciò che il regolamento non deve sicuramente contenere;
- c) ciò che il regolamento deve (obbligatoriamente) contenere.

Gli elementi *facoltativi* sono quelli la cui disciplina può essere inserita nel regolamento, ma che l'organismo ha la facoltà di tralasciare (art. 7 comma 2 cit.).

E' ad esempio rimessa alla discrezionalità dell'organismo la previsione secondo cui il mediatore debba in ogni caso convocare le parti (art. 7 comma 2 lett. a) cit.). La disposizione non va letta nel senso che il mediatore possa astenersi dal sentire le parti (la loro audizione necessaria – se entrambi presenti nel procedimento²⁹ - è regola implicita imposta al mediatore per la migliore gestione del conflitto, *id est*, la conciliazione); significa piuttosto che il regolamento può discrezionalmente prevedere l'obbligo per il mediatore di convocare *personalmente* le parti, ovvero lasciargli la libertà di procedere alla audizione nel modo che ritiene più opportuno (senza convocazione personale).

Discrezionalmente, il regolamento può prevedere: a) che la proposta dell'art. 11 d.lgs. n. 28/2010 provenga da un mediatore diverso da quello che ha condotto la mediazione e sulla base delle sole informazioni che le parti intendono offrire al mediatore proponente, nonché, b) che la proposta possa essere formulata dal mediatore anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento (art. 7 comma 2 lett. b. D.M. cit.). In assenza di tali previsioni regolamentari, da un lato, si impone l'identità tra il mediatore che dirige la procedura e colui che formula la proposta (la quale quindi può provenire solo dal mediatore nominato *ab origine* dall'organismo), da un altro, la proposta può essere formulata solo in presenza di tutte le parti (regola quest'ultima comprensibile e condivisibile, tenuto conto delle conseguenze della proposta sulle spese di lite nel successivo processo *ex art. 13 comma 1 d.lgs. cit.*, nonché di quelle in cui incorre la parte che non abbia partecipato al procedimento senza giustificato motivo *ex art. 8 d.lgs. cit.*³⁰).

L'ipotesi *sub a)* ha un senso se si considera il diverso ruolo della mediazione valutativa rispetto a quella facilitativa. Seppure in entrambi i casi il mediatore non ha mai il potere di imporre la decisione (“giusta”), la formulazione della proposta arricchisce la sua indagine di profili tecnico-giuridici, per i quali può essere necessaria una più specifica formazione professionale. Sicché, fintato che la mediazione si muove entro la gestione del conflitto, nessuna competenza specifica è

²⁹ Altro è il problema della configurabilità di un procedimento in cui una sola parte si sia attivata (su cui vd. *infra* § 4).

³⁰ Sul punto, in relazione al problema della “contumacia”, vd. anche *infra* § successivo.

richiesta al mediatore; qualora invece si passi alla fase valutativa, può rendersi opportuno che la proposta sia formulata da un mediatore dotato di più specifiche competenze tecnico-giuridiche³¹.

Ancora discrezionale è la previsione nel regolamento che l'organismo si avvalga di strutture del personale e dei mediatori di altri organismi con i quali abbia raggiunto un accordo, nonché di utilizzare i risultati delle negoziazioni paritetiche basate su protocolli di intesa tra le associazioni riconosciute ai sensi dell'art. 137 cod. cons. (art. 7 comma 2 lett. c D.M. cit.).

Quanto al primo profilo, la possibilità di una associazione di organismi non è nuova. Già prevede la legge n. 580/1993 - come modificata dal d.lgs. n. 23/2010 - sul riordinamento delle camere di commercio, che la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori e utenti avvenga ad opera delle camere di commercio sia "singolarmente", sia "in forma associata" (art. 2 comma 2 legge cit.). Quanto al secondo profilo, l'utilizzabilità dei risultati delle negoziazioni paritetiche sembra superare il contenuto dell'art. 2 d.lgs. n. 28/2010 secondo cui il decreto "*non preclude le negoziazioni volontarie e paritetiche relative alle controversie civili e commerciali*". Quest'ultima disposizione andava letta nel senso che, pure restando ferma qualsiasi negoziazione paritetica, essa non si sarebbe potuta avvalere della disciplina del d.lgs. n. 28 cit. soprattutto quanto alle agevolazioni fiscali. Siffatto limite può essere superato dal regolamento di procedura. Stabilendo il potere per gli organismi di "utilizzare i risultati delle negoziazioni paritetiche basate sui protocolli di intesa tra le associazioni riconosciute dall'art. 137 cod. cons.", si consente di assicurare alle negoziazioni sorte e condotte secondo regole diverse i risultati che il d.lgs. n. 28/2010 contempla in via generale per tutte le mediazioni civili e commerciali.

Rientra ancora nella discrezionalità degli organismi prevedere "*la formazione di separati elenchi dei mediatori suddivisi per specializzazione di materie giuridiche*". Pure nella facoltatività, la previsione è opportuna. Come noto, è ampio l'ambito di applicazione del decreto delegato (il pensiero corre alle materie riservate alla mediazione obbligatoria, ma non diversamente può dirsi per quella facoltativa). E' perciò opportuno creare categorie di mediatori specializzati per ciascuna materia, tenuto conto del fatto che pure in procedure di componimento amichevole delle liti possono richiedersi elevati livelli di specializzazione.

La specializzazione è poi il criterio di riferimento per circoscrivere l'attività di ciascun organismo. Quest'ultimo può infatti prevedere che la sua attività sia "*limitata a specifiche materie chiaramente individuate*" (art. 7 comma 2 lett. e).

Veniamo alle disposizioni che il regolamento *non deve* contenere (art. 7 comma 4 D.M. 180/2010): "*il regolamento non può prevedere l'accesso alla mediazione esclusivamente mediante modalità*

³¹ Le specifiche competenze richieste possono essere tanto "giuridiche" (volte ad offrire la soluzione più conforme a diritto), quanto tecnico-professionali di altro tipo (ingegneristiche, mediche, agrarie). La vastità delle materie nelle quali la mediazione è divenuta obbligatoria conferma come competenze professionali siano richieste oggi negli ambiti più vari e vasti.

telematiche". La norma va coordinata con l'art. 3 comma 4 d.lgs. n. 28/2010, che apre la mediazione a tali modalità, nonché con l'art. 16 comma 3 cit., secondo cui nel regolamento devono essere previste *"le procedure telematiche eventualmente utilizzate dall'organismo in modo da garantire la sicurezza delle comunicazioni e il rispetto della riservatezza dei dati"*. In altri termini, la mediazione può svolgersi mediante modalità telematiche, ma non solo, il regolamento dovendo sempre lasciare aperta la strada di possibili alternative.

Da ultimo, il regolamento *"deve, in ogni caso"* contenere (art. 7 comma 5 D.M. 180/2010): la previsione secondo cui *"il procedimento di mediazione può avere inizio solo dopo la sottoscrizione da parte del mediatore della dichiarazione di imparzialità"* (obbligo questo a cui il mediatore è assoggettato ai sensi dell'art. 14 comma 2 lett. a); art. 7 comma 5 lett. a) D.M. cit.); la previsione secondo cui *"al termine del procedimento di mediazione a ogni parte del procedimento viene consegnata idonea scheda per la valutazione del servizio"* (art. 7 comma 5 lett. b) D.M. cit.)³²; *"la possibilità di comune indicazione del mediatore ad opera delle parti, ai fini della sua eventuale designazione da parte dell'organismo"* (art. 7 comma 5 lett. b) D.M. cit.). Quest'ultima disposizione – che consente a entrambe le parti di designare di comune accordo un mediatore affinché sia nominato dall'organismo per la gestione della procedura – va coordinata con la regola generale (art. 8 d.lgs. n. 28/2010) secondo cui il mediatore è nominato dall'organismo (unitamente alla fissazione del primo incontro) prima di comunicare all'altra parte l'avvenuta apertura della procedura. Sul punto si tornerà a tempo debito³³.

Vi è poi un'altra disposizione necessaria del regolamento. Esso deve contenere *"l'indicazione del luogo dove si svolge il procedimento, che è derogabile con il consenso di tutte le parti, del mediatore e del responsabile dell'organismo"* (art. 7 comma 1 D.M. 180/2010)³⁴. Anche sul punto si tornerà nel prosieguo³⁵.

Una ultima osservazione, quanto al ruolo del regolamento nella disciplina del procedimento. Fermo restando che tra norme di legge e regolamento vi può essere un perfetto coordinamento, fermo restando che ogni eventuale scollamento tra le prime e le seconde dovrebbe essere rilevato – e quindi emendato – dal controllo che il Ministero è chiamato a svolgere prima di inserire l'organismo nell'apposito elenco (art. 16 comma 3 d.lgs. cit.; art. 5 D.M. 180 cit.), è bene chiedersi cosa accada qualora vi sia un contrasto tra il contenuto del singolo regolamento e le disposizioni del d.lgs. n. 28/2010³⁶. Al quesito si può rispondere in linea generale nel senso che tra norme del regolamento di procedura e norme di legge prevalgono queste ultime; non può però escludersi che

³² In tal caso, *"il modello della scheda deve essere allegato al regolamento, e copia della stessa, con la sottoscrizione della parte e l'indicazione delle sue generalità, deve essere trasmessa per via telematica al responsabile, con modalità che assicurano la certezza dell'avvenuto ricevimento"* (art. 7 comma 5 lett. b) D.M. cit.).

³³ Vd. *infra* § 10.

³⁴ Gli altri commi 6-8 art. 7 D.M. 180 cit. riconoscono alle parti determinate garanzie: diritto di accesso (comma 6), pubblicità delle comunicazioni con il mediatore (art. 7 comma 7), trattamento dei dati personali (comma 8).

³⁵ *Infra* § 8.

³⁶ Sul punto, vd. Nela, *Il procedimento*, cit., 274.

talora la volontà regolamentare – espressione dell'autonomia privata – abbia la meglio, o per lo meno debba potersi rendere compatibile con previsioni di legge apparentemente contrarie³⁷.

4. – Prima di scendere sui profili tecnici della procedura, occorre esaminare un problema generale di cui né il d.lgs. n. 28/2010, né il D.M. n. 180/2010 si occupano. Si tratta della possibilità di contemplare un procedimento “contumaciale”³⁸, senza la partecipazione attiva di tutte le parti³⁹. Il problema si pone qui (a differenza che nel processo che, non solo prosegue anche in caso di contumacia, ma pure – nel nostro sistema – si esprime nelle forme della *ficta litis contestatio*) perché la logica dell'accordo impone un incontro di volontà strutturalmente impossibile qualora una delle parti resti assente. Logica vorrebbe quindi che il mediatore chiudesse il procedimento qualora verificasse la mancata cooperazione bilaterale. Nessuna norma impone però una tale conclusione ed anzi diverse altre lasciano ipotizzare il contrario. Così ad esempio, l'art. 11 comma 1 d.lgs. n. 28 cit. secondo cui il mediatore può (discrezionalmente) formulare una proposta anche quando non ne sia fatta richiesta concorde da entrambe le parti, l'art. 8 ultimo comma d.lgs. cit. che consente al giudice del successivo processo di desumere argomenti di prova dalla mancata partecipazione alla mediazione (salvo il giustificato motivo); così ancora l'art. 7 comma 2 lett. a) D.M. cit.⁴⁰ secondo cui il regolamento può discrezionalmente prevedere che la proposta sia formulata dal mediatore anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti. Tutto lascia ipotizzare quindi, non solo che il mediatore non sia tenuto a chiudere la procedura qualora rilevi che una delle parti non vi ha risposto attivamente, ma anche che egli possa formulare una proposta (con il rischio delle devastanti conseguenze sulle spese di lite del giudizio: art. 13 comma 1 d.lgs. cit.⁴¹).

Si auspica tuttavia che la lacuna normativa sia colmata per via regolamentare, ovvero per via di prassi⁴². E' evidente che senza la collaborazione attiva di entrambe le parti nessun accordo conciliativo potrà mai vedere la luce; è evidente quindi che la soluzione preferibile (anche in termini di ragionevole durata del successivo processo⁴³) sia quella di imporre al mediatore la chiusura del procedimento *in limine* qualora rilevi la assenza di una delle parti⁴⁴. Dovrebbero

³⁷ Così per esempio quanto alle modalità di nomina del mediatore, su cui *infra* § 10.

³⁸ L'espressione “contumaciale” è qui utilizzata per semplicità espositiva, ma data la distanza che separa mediazione da processo (vd. *supra* § 1) non può certo dirsi che colui che non partecipa alla procedura vada dichiarato formalmente contumace.

³⁹ Su questo profilo, vd. approfonditamente Bove, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in *Soc.*, 2010, 759 ss., spec. 762.

⁴⁰ Su cui vd. *supra* § precedente.

⁴¹ Bove, *La mancata*, cit., 763.

⁴² Ancora Bove, *La mancata*, cit, 763.

⁴³ Sarebbe inutile attendere il decorso dei quattro mesi necessario per rendere procedibile la domanda giudiziale, qualora la mancanza di volontà collaborativa fosse evidente già in principio di procedura (sul punto *amplius infra* § 9).

⁴⁴ Nonché a far desistere il mediatore dal formulare proposte conciliative in assenza di entrambe le parti (Bove, *op. loco cit.*).

pertanto essere i singoli regolamenti di procedura a prevedere un “obbligo” di verbale negativo di conciliazione⁴⁵ qualora sia evidente la mancata partecipazione bilaterale (non involontaria⁴⁶), ed in ogni caso dovrebbe essere la sensibilità del singolo mediatore a chiudere il procedimento nel medesimo senso (il che potrebbe condurre al consolidarsi di giuste prassi applicative).

5. - Delle divergenze strutturali tra il processo giurisdizionale (o arbitrale) ed il procedimento di mediazione offre utile indicazione il modo di impostare la domanda, definita “istanza”⁴⁷ dall’art. 4 comma 1 d.lgs. cit. (“*la domanda di mediazione relativa alle controversie di cui all’art. 2 è presentata mediante deposito di un’istanza presso un organismo*”)⁴⁸.

La disciplina ne individua il contenuto in maniera comprensibilmente generica (essa deve indicare “*l’organismo, le parti, l’oggetto e le ragioni della pretesa*”: art. 4 comma 2 d.lgs. cit.)⁴⁹. Nessuna regola impone quindi di calare l’atto introduttivo in una veste formale tipica, né ne descrive specificamente i contenuti. Non opera pertanto il regime di sanatoria delle nullità degli atti processuali, perché la legge non impone elementi dell’atto a pena di invalidità⁵⁰.

Tuttavia, che l’istanza di mediazione debba avere un certo contenuto – in punto di determinazione tanto dell’oggetto, quanto dei soggetti⁵¹ - è buona regola⁵² da rispettare almeno per due ragioni, l’una nella prospettiva del buon esito della procedura, l’altra in caso di fallimento del tentativo. Quanto alla prima, per favorire il raggiungimento dell’accordo è opportuno descrivere compiutamente l’oggetto del contendere, le ragioni della pretesa, gli obiettivi perseguiti dall’istante ed il ruolo dell’altra parte nel procedimento (una compiuta formulazione della domanda dimostra

⁴⁵ Il quale dovrebbe contenere peraltro dovute motivazioni in punto di “giustificato motivo” di assenza di una delle parti ai sensi dell’art. 8 ultimo comma d.lgs. cit.

⁴⁶ Che una delle parti non abbia risposto all’invito potrebbe essere dovuto alla mancata ricezione dell’istanza (sulle cui modalità di comunicazione vd. *infra* § 10), una sorta quindi di “contumacia involontaria” alla quale il mediatore dovrebbe tentare di rimediare e comunque idonea a costituire “giustificato motivo” di assenza nella procedura *ex art.* 8 comma 5 d.lgs. cit.

⁴⁷ L’uso del termine “istanza” è indicativo del fatto che non si deve trattare né di una citazione, né di un ricorso, né di qualsiasi atto formalmente riconducibile a quelli rilevanti nel processo. Occorre poi distinguere il significato del termine “domanda”, volto ad identificare il “potere di chiedere un servizio costituito da un procedimento di mediazione” (Nela, *Il procedimento*, cit., 267), dall’“istanza” di mediazione, quale “atto formale e concreto con cui detto potere viene esercitato” (Id, *op. loco cit.*).

⁴⁸ In questo scritto non ci si soffermerà sul comma 3 art. 4 d.lgs. cit., il quale – occupandosi dell’informativa dell’avvocato al cliente – apre uno scenario diverso stante nei rapporti tra procedimento e processo (sul tema vd. approfonditamente Trisorio Liuzzi, *La nuova disciplina della mediazione. Gli obblighi informativi dell’avvocato*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 979 ss.).

⁴⁹ E’ indubbio che l’istanza debba essere redatta in forma scritta (Santagada, *Accesso alla mediazione*, in *Mediazione e conciliazione*, cit., 22)

⁵⁰ Luiso, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1203; Ghirga, *Conciliazione e mediazione*, cit., 473; Bove, *La riforma*, cit., 344; Id, *La mancata comparizione*, cit., 762; Fanelli, *La struttura*, cit., 34.

⁵¹ Soggetti che nella mediazione vanno individuati non solo nelle parti, ma anche negli organismi di mediazione, figura che non ha corrispondenza nel processo.

⁵² Così anche Cuoma Ulloa, *Decreto*, cit., 651.

maggiore disponibilità verso l'incontro delle volontà). Quanto alla seconda – qualora il tentativo fallisca e si transiti nel processo – diverse ragioni impongono di verificare se vi sia corrispondenza tra il contenuto dell'istanza di mediazione e la domanda giudiziale⁵³ (per tutti si pensi alle pesanti conseguenze sulla condanna alle spese di lite – art. 13 comma 1 d.lgs. cit. - qualora la parte rifiuti la proposta formulata dal mediatore, il che a sua volta riflette il contenuto della domanda originaria, ma si pensi anche agli effetti sostanziali e processuali della domanda di mediazione⁵⁴).

L'istanza va presentata informalmente⁵⁵ in carta libera ovvero utilizzando moduli prestampati che il singolo regolamento di procedura dell'organismo può predisporre, ma senza oneri fiscali, né alcuna altra formalità stabilita in via generale dalla legge.

6. - Occorre interrogarsi sulla decorrenza degli effetti dell'istanza. A questo proposito, è bene distinguere il “tempo della domanda” dal momento in cui essa produce i suoi effetti sostanziali e processuali.

Quanto al primo, ai sensi dell'art. 4 comma 1 d.lgs. cit., “*per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data della ricezione della comunicazione*”. Ratio della disposizione è offrire un criterio nell'ipotesi in cui siano proposte “*più domande relative alla stessa controversia*” e si debba stabilire davanti a quale organismo la mediazione deve proseguire (*mutatis mutandis*, qualcosa di analogo alla litispendenza dell'art. 39 c.p.c.⁵⁶).

Per individuare la data di decorrenza degli effetti sostanziali e processuali della domanda occorre invece avere riguardo all'art. 5 ultimo comma d.lgs. cit., secondo cui “*dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli stessi effetti della domanda giudiziale*”⁵⁷. Rinviando al prosieguo l'indagine sui singoli effetti che la domanda di mediazione è in grado di produrre⁵⁸, occorre qui concentrarsi sulla tempistica. Occorre

⁵³ In altri termini, qualora il tentativo fallisca e si passi al processo (ipotesi questa più frequente quando la mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale, ma non meno rilevante in caso di mediazione facoltativa), occorrerà verificare se c'è esatta corrispondenza tra l'istanza di mediazione e la domanda giudiziale, nonché tra il procedimento di mediazione, la domanda giudiziale e la formulazione della proposta, ai fini dell'eventuale condanna alle spese del giudizio.

⁵⁴ Su cui vd. *infra* §§ successivi.

⁵⁵ Si impone anche qui il principio di informalità che governa la procedura (*supra* § 2).

⁵⁶ Bove, *La mancata comparizione*, cit., 763, si chiede se la norma sulla prevenzione possa valere anche quando vi è nella procedura un giusto motivo che giustifica la mancata partecipazione della parte invitata ai sensi dell'art. 8 comma 5 d.lgs. cit. La questione si complica infatti quando nel procedimento compaia una sola parte ed i singoli regolamenti non impongano per il suo svolgimento la presenza di entrambe: vd. *supra* § 3. Per le varie ipotesi configurabili vd. approfonditamente a Id, *op loco cit.*

⁵⁷ Prosegue poi la norma nel senso che “*dalla stessa data, la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale du cui all'art. 11 presso la segreteria dell'organismo*” (art. 5 comma 6 d.lgs. cit. su cui *infra* § successivo).

⁵⁸ *Infra* § successivo.

cioè chiedersi se vi sia coincidenza tra il “tempo della domanda” dell’art. 4 comma 1 d.lgs. cit. ed il momento a partire dal quale essa produce i suoi effetti sostanziali e processuali *ex art. 5 ultimo comma d.lgs. cit.*

Secondo una prima tesi⁵⁹ (fondata tra l’altro sul dato testuale delle norme che in entrambi i casi individuano la “comunicazione” dell’istanza quale momento rilevante), sia nell’una che nell’altra ipotesi occorre avere riguardo alla data in cui l’istanza è comunicata alla controparte⁶⁰. Stando a questa opinione, anche la data di “ricezione della comunicazione” dell’art. 4 comma 1 d.lgs. cit. va intesa come il momento in cui la comunicazione della domanda perviene, a cura della parte o dell’organismo, nella sfera di conoscenza dell’altra parte⁶¹.

In alternativa, possono individuarsi due momenti temporali diversi, a seconda di quali siano gli effetti che la domanda deve produrre. Per il “tempo della domanda” ai sensi del comma 1 art. 4 d.lgs. cit. occorre avere riguardo al momento in cui l’istanza è depositata presso l’organismo (tale essendo il significato del termine “ricezione” utilizzato dalla norma)⁶². Ciò in quanto *ratio* della norma stessa è individuare l’organismo abilitato a gestire il procedimento, quello perciò coinvolto per primo (essendo stata presso di esso depositata per prima la relativa istanza). In altri termini, il fatto che il criterio della prevenzione abbia lo scopo di individuare l’organismo competente, conferma che per “ricezione” della domanda debba intendersi il deposito della stessa presso l’organismo, e non l’avvenuta conoscenza ad opera dell’altra parte⁶³. Diverso è invece il momento in cui l’istanza produce i suoi effetti sostanziali e processuali sulla prescrizione, il che accade “*dal momento della comunicazione alle altre parti*” della stessa domanda di mediazione (art. 5 ultimo comma cit.).

7. - Veniamo ora agli effetti della domanda di mediazione.

Essa produce sulla prescrizione i medesimi effetti della domanda giudiziale (art. 5 ultimo comma d.lgs. cit.). E’ questa una regola necessaria per rendere conforme a Costituzione ogni tentativo di conciliazione, non potendo l’accesso alla giustizia (non solo essere impedito, ma anche) reso

⁵⁹ Cuomo Ulloa, *Commento all’art. 4*, cit. 63-64.

⁶⁰ Il che avviene, come meglio si dirà in seguito, dopo che il responsabile dell’organismo abbia designato un mediatore e fissato il primo incontro tra le parti (art. 8 comma 1 d.lgs. cit.). *Amplius infra* § 10.

⁶¹ Cuomo Ulloa, *op. loco cit.*, secondo cui la data rilevante ai sensi dell’art. 5 cit. è quella della comunicazione da identificarsi con il giorno in cui la comunicazione stessa viene effettuata, anche in questo caso dalla parte o dall’organismo, ma a prescindere dalla effettiva ricezione.

⁶² Questa lettura avrebbe il pregio di superare l’opportuna obiezione di chi (Chiarloni, *Prime riflessioni*, cit., 205) nota come, soprattutto con riferimento alla mediazione obbligatoria, potrebbe sembrare poco ragionevole lasciare alla discrezionalità dell’organismo (a cui compete la comunicazione della domanda all’altra parte, unitamente alla fissazione del primo incontro) la determinazione del “tempo della domanda” ai fini della prevenzione quando si abbiano più domande davanti ad organismi diversi per la medesima controversia.

⁶³ Altro è il problema di individuare quando vi siano “*più domande relative alla medesima controversia*”. Sul tema si rinvia a Nela, *Il procedimento*, cit., 275 ss.

eccessivamente pregiudizievole⁶⁴ (il che accadrebbe qualora, per tutta la durata del procedimento, la prescrizione corresse producendo sul diritto sostanziale i tradizionali effetti estintivi).

Tuttavia, l'effetto sulla prescrizione della domanda di mediazione è corrispondente, ma non sovrapponibile a quello della domanda giudiziale⁶⁵: non potendo sostituire gli effetti sulla prescrizione della domanda giudiziale con quelli che produce la domanda di mediazione, una volta instaurato il processo, sulla prescrizione del diritto si produrranno nuovi effetti a decorrere dalla proposizione della domanda giudiziale.

L'istanza di mediazione produce poi effetti sulla decadenza (art. 5 ultimo comma d.lgs. cit.). Essa è impedita dalla proposizione della domanda di mediazione "una sola volta". Il limite *una tantum* dell'impedimento della decadenza ha lo scopo di evitare il moltiplicarsi strumentale delle istanze volte a scongiurare la decadenza, lasciando la situazione in sospeso a tempo indefinito⁶⁶. Questa regola ha però dei difetti⁶⁷, dal momento che se la mediazione non prosegue a causa dell'inattività dell'organismo, la decadenza andrebbe a colpire una parte incolpevole. Si potrebbe allora ipotizzare il prodursi di un nuovo impedimento della decadenza, fondato su una sorta di "rimessione in termini" a favore della parte che vi sia incorsa per causa non imputabile.

Come noto, gli effetti della domanda giudiziale non sono solo quelli su prescrizione e decadenza⁶⁸. Occorre allora porsi il dubbio (dato il silenzio della legge) se e quali siano gli altri effetti (sostanziali e processuali) che produce la domanda di mediazione in maniera equivalente alla domanda giudiziale.

Ci si può chiedere ad esempio se operi anche qui la regola per cui dal momento della proposizione della domanda giudiziale si producono gli interessi anatocistici (art. 1283 c.c.), se valga l'art. 1148 c.c. quanto al maturare dei frutti, ovvero ancora se si applichi la disciplina della successione nel diritto controverso (art. 111 c.p.c.)⁶⁹.

⁶⁴ Questa la posizione della Corte costituzionale ormai consolidata. Cfr. per tutte Corte cost. 19 dicembre 2006, n. 436; Corte cost., 13 luglio 2000, n. 276, in *Foro it.*, 2000, I, 2752, con nota di De Angelis, e in *Giur. it.*, 2001, 439, con nota di Ventura; Corte cost. 4 marzo 1992, n. 82. In maniera analoga Corte Giust. 18 marzo 2010, Risalba Alassini e altri, in <http://curia.europea.eu>.

⁶⁵ Nela, *Il procedimento*, cit., 271, si chiede se l'interruzione della prescrizione operi comunque nonostante non sia dato luogo al processo giudiziario in cui la mediazione accede o nonostante il processo si estingua. L'A. offre risposta nel senso che debba valere la logica dell'art. 2945 comma 3 c.c., con la perdita dell'effetto sospensivo in corrispondenza dell'estinzione del processo.

⁶⁶ *Ratio* della regola che limita l'impedimento della decadenza per una sola volta è evitare che siano proposte domande di mediazione pretestuose, volte a precludere all'infinito il prodursi della decadenza attraverso il differimento *sine die* del termine. Questo è quanto esplicita la Relazione illustrativa e quanto d'altra parte era stato evidenziato già sotto la vigenza della conciliazione societaria (di cui questo decreto, abrogandola, ne riproduce molti profili) che invece non imponeva una siffatta limitazione. Su questo punto, Luiso, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1257 ss., spec. 1260; Bove, *La riforma*, cit., 349; Canale, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 616 ss., spec. 622.

⁶⁷ Anche sul punto si rinvia a Nela, *Il procedimento*, cit., 273.

⁶⁸ Su tali effetti, cfr. Sassani, *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2010, 135 ss.

⁶⁹ Per queste considerazioni sia consentito rinviare a Tiscini, *Vantaggi e svantaggi della nuova mediazione finalizzata alla conciliazione: accordo e sentenza a confronto*, in *Giust. civ.*, 2010, II, 489 ss.

Logica vuole che tra le due prevalga l'opzione restrittiva, negando l'applicazione della disciplina tipica della domanda giudiziale a quella di mediazione. Verso questa direzione conducono la natura dell'attività del mediatore (lontana dalla decisione di una lite tra parti contrapposte⁷⁰), le caratteristiche del procedimento (tutt'altro che un processo), gli effetti che entrambe producono, da collocare in un contesto sostanziale piuttosto che processuale⁷¹. Non ha senso equiparare la mediazione al processo, quanto al computo degli interessi sugli interessi, o all'attribuzione dei frutti al possessore di buona fede perché la domanda di mediazione non è una domanda giudiziale; né ha senso invocare la successione nel diritto controverso, perché – non essendovi lite pendente – neppure vi è un “diritto controverso”.

Un ultimo sguardo al problema della trascrizione⁷². Non opera l'effetto prenotativo della trascrizione della domanda di mediazione (non trascrivibile). Anche questa è regola comprensibile – seppure causa di un forte limite dell'accordo rispetto alla sentenza⁷³ – se si considera che la domanda di mediazione, lungi dal valere quale domanda giudiziale, è una proposta di accordo, inidonea a corredarsi delle stesse garanzie verso terzi che contraddistinguono la domanda giudiziale. Si può invece (art. 5 comma 3 d.lgs. cit.) proporre la domanda giudiziale – e dunque trascriverla – anche prima dell'avvio o della conclusione della fase conciliativa (in questo caso, se la mediazione è obbligatoria, una volta proposta la domanda giudiziale e proceduto alla relativa trascrizione, il giudice dovrebbe concedere il termine di quattro mesi per l'espletamento del tentativo)⁷⁴. E' poi trascrivibile il raggiunto accordo, previa autenticazione della sottoscrizione apposta sul verbale ad opera di un pubblico ufficiale (art. 11 comma 3 d.lgs. cit.)⁷⁵; il che assicura all'atto conciliativo i medesimi effetti della sentenza, quanto all'opponibilità ai terzi, anche se con il limite della decorrenza di tali effetti dalla trascrizione del verbale di accordo piuttosto che (come nel processo) dalla domanda. Qualora si raggiunga l'accordo, l'avvenuta trascrizione della domanda giudiziale, ha infatti ben poco valore, non potendo crearsi continuità tra trascrizione di quest'ultima e trascrizione del primo: ciò innanzi tutto perché non lo prevede la legge (come noto, il sistema delle trascrizioni è fondato su un rigido regime di tipicità) e poi perché non è detto che la domanda giudiziale ed il verbale di accordo abbiano lo stesso contenuto⁷⁶.

⁷⁰ Il che vale anche nella mediazione valutativa.

⁷¹ *Supra* § 1.

⁷² Su cui vd. più diffusamente, Fabiani-Leo, *Prime riflessioni*, cit., § 9.

⁷³ *Amplius*, vd. Tiscini, *Vantaggi e svantaggi*, cit., 492-493.

⁷⁴ Sul coordinamento tra la proposizione della domanda giudiziale (ai fini della trascrizione) e della domanda di mediazione, quando quest'ultima costituisce condizione di procedibilità della prima, cfr. Canale, *Il decreto legislativo*, cit., 625.

⁷⁵ Sulla *ratio* della norma e sul ruolo del notaio nella mediazione, Fagiani-Leo, *op. loco cit.*

⁷⁶ Non è irrilevante il problema di individuare se e quando la domanda giudiziale abbia il medesimo contenuto dell'accordo conciliativo. Tenuto conto del fatto che l'accordo conciliativo può divergere per contenuto dal tenore delle domande iniziali delle parti in sede conciliativa, è verosimile che anche la domanda giudiziale presentata contestualmente all'istanza di mediazione non coincida con il risultato raggiunto con l'accordo.

8. - Tra processo (giurisdizionale o arbitrale) e procedimento di mediazione vi è una profonda differenza in ordine ai criteri per individuare l'organo deputato alla gestione della procedura (e di riflesso il mediatore).

Esplicita è la scelta del legislatore nel non introdurre regole di competenza. E' questa una scelta motivata nella Relazione illustrativa sul fatto che la fissazione di tali regole avrebbe comportato una "eccessiva giurisdizionalizzazione del meccanismo", nonché la creazione di un complesso sistema per risolvere le eventuali questioni di competenza. L'unico criterio per individuare la competenza dell'organismo è quindi quello della prevenzione dell'art. 4 comma 1 d.lgs. cit., operante nella sola ipotesi in cui più domande relative alla medesima controversia siano presentate avanti ad organismi diversi⁷⁷.

La scelta legislativa mostra pregi e difetti. Quanto ai primi, evidente è la semplificazione procedimentale e - di contro - le difficoltà che sarebbero derivate dall'imposizione di vincoli per la scelta degli organismi (come avrebbero dovuto risolversi le eventuali eccezioni? Si sarebbero potuti applicare gli istituti tipici del processo? Si sarebbe potuta e/o dovuta demandare al giudice la decisione?). Inoltre, la libertà nella distribuzione del contenzioso tra i vari organismi consente di creare sul "mercato della mediazione" una sana concorrenza⁷⁸.

Quanto al risvolto negativo, questa scelta favorisce comportamenti di *forum shopping*⁷⁹. A parziale compensazione del rischio si pone però l'art. 8 comma 5 d.lgs. cit., nel senso di poter ritenere "giustificato motivo" di rifiuto dal partecipare al procedimento la presentazione dell'istanza presso un organismo privo di criteri di collegamento con la residenza o la sede delle parti⁸⁰. La mancanza di regole precostituite provoca poi uno squilibrio tra i poteri delle parti, solo colui che propone la domanda avendo la possibilità (liberamente) di individuare l'organismo (e di riflesso il mediatore) che dovrà gestire la procedura⁸¹.

L'assenza di regole sulla competenza porta con sé l'ulteriore problema di individuare la *sede* del procedimento (non definibile applicando i criteri di competenza come nel processo giurisdizionale). Diverse le norme interessate.

⁷⁷ Sul punto vd. *supra* § 6.

⁷⁸ Nela, *Il procedimento*, cit., 278. Ciò induce a ritenere che probabilmente avranno la meglio gli organismi più diffusamente distribuiti sul territorio nazionale (con più sedi). Questo profilo viene invece valutato criticamente da Santagada, *Accesso*, cit., 25 secondo cui la scelta legislativa consentirebbe la differenziazione degli organismi in base alla loro affidabilità.

⁷⁹ Cuomo Ulloa, *Commento all'art. 4*, cit., 65.

⁸⁰ Dalfino, *Dalla conciliazione*, cit., § 5. La clausola del "giustificato motivo" è in ogni caso "indeterminata" (Bove, *La mancata comparizione*, cit., 761 il quale individua in essa il classico concetto giuridico indeterminato. Secondo l'A. potrebbe costituire giustificato motivo di assenza anche la scelta di un certo tipo di organismo, seppure territorialmente individuato in modo ragionevole) ed il suo apprezzamento è rimesso al magistrato davanti al quale viene introdotta la lite (Fabiani M., *Profili critici*, cit., § 3). Sull'art. 8 comma 5 d.lgs. cit. si rinvia anche a Tiscini, *Vantaggi*, cit., 496.

⁸¹ Amendolagine, *Alcuni aspetti della mediazione "vista da vicino", tra utopia legislativa e prassi quotidiana*, in *ww.judicium.it*, § 2.

Ai sensi dell'art. 8 comma 2, “*il procedimento si svolge senza formalità*⁸² presso la sede dell'organismo di mediazione o nel luogo indicato dal regolamento di procedura dell'organismo”. Aggiunge poi l'art. 7 comma 1 D.M. n. 180/2010 che il regolamento di procedura “*contiene l'indicazione del luogo dove si svolge il procedimento, che è derogabile con il consenso di tutte le parti del mediatore e del responsabile dell'organismo*”. Dal combinato disposto di tali norme risultano diverse regole. Innanzi tutto, altro è la sede dell'organismo, altro è il luogo dove si svolge la procedura: entrambe potrebbero coincidere, ma anche divergere (sia per previsione di regolamento, sia per volontà di parte). Può accadere infatti che la sede dell'organismo sia in un luogo e gli incontri si svolgano in un altro, se sussistono ragioni di convenienza singola o collettiva⁸³.

Vi sono allora diversi criteri per individuare il luogo della mediazione. Esso può essere: a) la sede dell'organismo (se così prevede il regolamento); b) quello fissato dal regolamento (anche diverso dalla sede dell'organismo); c) uno ulteriormente diverso da quello fissato dal regolamento ma stabilito “con il consenso di tutte le parti, del mediatore e del responsabile dell'organismo”. A queste ipotesi si aggiunge quella (anch'essa di determinazione convenzionale della “competenza”) in cui le parti hanno stipulato una clausola di mediazione (art. 5 comma 5 d.lgs. cit.) ed hanno contestualmente individuato l'organismo dinanzi al quale espletare la procedura.

Anche sotto questo profilo, primeggia la flessibilità, basata sull'esigenza di assicurare priorità assoluta alla volontà delle parti: se scopo del procedimento è condurre all'accordo, qualora tale accordo vi sia anche solo per uno dei profili, è bene dare ad esso priorità rispetto a ogni altra disciplina imposta *ex lege*.

9. - “*Il procedimento di mediazione ha una durata non superiore a quattro mesi*” (art. 6 d.lgs. cit.)⁸⁴.

Si tratta evidentemente di termine non processuale, perché destinato a dettare la tempistica di qualcosa che diverge dal processo.

Dalla sua natura extraprocessuale conseguono alcuni corollari. Innanzi tutto, esso non è soggetto alla sospensione feriale. Regola questa prevista espressamente per legge (art. 6 comma 2 d.lgs. cit.) ma alla quale si sarebbe potuto giungere invocandone la natura extraprocessuale.

⁸² Sull'informalità del procedimento vd. *supra* § 1.

⁸³ Così Nela, *Il procedimento*, cit. 279.

⁸⁴ E' criticata in dottrina la scelta di predefinire per legge la durata della procedura, imponendo un unico termine per tutte le mediazioni, senza tenere conto delle peculiarità e della complessità di ciascuna (Carrara, *Commento all'art. 6*, in *La nuova disciplina della mediazione*, cit., 136; Fanelli, *Tempo e ragionevole durata della mediazione*, in *Mediazione e conciliazione*, cit., 28).

Si tratta inoltre di un termine ordinatorio⁸⁵, innanzi tutto perché non vi è previsione testuale di perentorietà, e poi anche perché la perentorietà è propria dei soli termini processuali. Il fatto che sia ordinatorio induce a ritenere che: a) le parti possono fissare consensualmente un termine diverso, pure inferiore; b) il procedimento può durare più di quattro mesi, ma; c) può durare anche meno se già nel primo incontro si ravvisa l'impossibilità di conciliare (il che può accadere ad esempio quando non vi sia partecipazione bilaterale alla procedura⁸⁶).

Alla decorrenza dei quattro mesi si aggancia invece la procedibilità della domanda giudiziale, nel senso che, nelle ipotesi di mediazione obbligatoria, una volta decorso il periodo la domanda giudiziale diventa procedibile.

Il termine decorre *“dalla data del deposito della domanda di mediazione, ovvero dalla scadenza di quello fissato dal giudice per il deposito della stessa”*⁸⁷. Applicando l'art. 4 comma 1 d.lgs. cit., esso decorre quindi dal deposito della domanda presso l'organismo (art. 6 comma 2 d.lgs. cit.), nonché – se è già pendente la domanda giudiziale – dalla scadenza del termine fissato dal giudice per la proposizione dell'istanza (in caso di mediazione obbligatoria) ovvero nei casi in cui dispone il rinvio in ipotesi di mediazione delegata.

Il periodo dei quattro mesi non si calcola ai fini della legge Pinto (art. 7 d.lgs. cit.)⁸⁸; scelta tutt'altro che condivisibile⁸⁹ quando la mediazione è condizione di procedibilità della domanda, dal momento che in questo caso – anche se solo per quattro mesi – la proposizione della domanda è ritardata per ragioni in ogni caso non imputabili alle parti⁹⁰.

10. - Una volta presentata la domanda di mediazione, *“il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre quindici giorni dal deposito della domanda”*; dopodiché *“la domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante”* (art. 8 comma 1).

⁸⁵ Fanelli, *Tempo e ragionevole durata*, cit., 28.

⁸⁶ Sul tema *amplius supra* § 4.

⁸⁷ La decorrenza di tale termine dalla data in cui è depositata la domanda di mediazione – e non da quella in cui l'organismo provvede alla comunicazione alla controparte – comporta che *“in molti casi l'organismo non riesca neppure a fissare entro i dovuti quattro mesi il primo incontro, come sarebbe avvenuto se il termine fosse decorso dalla comunicazione invece che dal deposito”* (Chiarloni, *Prime riflessioni*, cit., 205).

⁸⁸ *“Il periodo di cui all'art. 6 e il periodo di rinvio disposto dal giudice ai sensi dell'art. 5 comma 1 non si computano ai fini dell'art. 2 della legge 24 marzo 2001, n. 89”* (art. 7 d.lgs. cit.).

⁸⁹ Criticamente, Carrara, *Commento all'art. 7*, in *La nuova disciplina della mediazione*, cit., 141; Monteleone, *La mediazione “forzata”*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 21 ss., spec. 22.

⁹⁰ A nulla vale considerare – in senso contrario – il fatto che anche quando obbligatoria, la mediazione (ritenuta costituzionalmente legittima) ha lo scopo di deflazionare il contenzioso senza rallentare eccessivamente l'accesso alla giustizia. Questo infatti è un principio generale che salva dall'incostituzionalità il procedimento, ma nulla dice quanto all'opportunità che i relativi termini siano computati ai fini della ragionevole durata del processo.

Tale disciplina, sinteticamente rappresentata nell'art. 8 cit. attraverso la descrizione di plurime attività, va integrata, sia con quella del regolamento di procedura di ciascun organismo⁹¹, sia (in onore della deformalizzazione) con le regole di volta in volta imposte dal caso concreto.

La formulazione dell'art. 8 d.lgs. cit. desta talune perplessità.

Stando al tenore della disposizione, la successione degli atti vede collocare la nomina del mediatore – ad opera del responsabile dell'organismo – in un momento cronologicamente anteriore a quello in cui l'altra parte viene a conoscenza del procedimento⁹². L'organismo deve pertanto individuare il mediatore prima di aver valutato l'oggetto complessivo della controversia, non conoscendo la posizione della parte che ancora deve ricevere la comunicazione della domanda.

Siffatta scelta normativa non convince⁹³, essendo difficile individuare il mediatore più adatto alla soluzione del conflitto quando se ne conosce solo la metà del contenuto. L'oggetto della mediazione potrebbe infatti incrementarsi notevolmente dopo la presentazione dell'altra parte (non solo per la possibilità che anche l'istante muti le proprie posizioni dopo aver preso coscienza della posizione di controparte⁹⁴, ma anche e soprattutto) perché l'altra parte del procedimento potrebbe a sua volta proporre domande o articolare difese destinate a mutare l'oggetto complessivo del conflitto. Si auspica pertanto che i singoli regolamenti predispongano meccanismi volti ad attenuare la rigidità della norma, ad esempio prevedendo la sostituibilità del mediatore⁹⁵ una volta che l'altra parte sia stata informata del procedimento⁹⁶.

Peraltro, una attenuazione di questa previsione è già contenuta nel D.M. n. 180/2010. Nel prevedere gli elementi che il regolamento di procedura *deve avere*⁹⁷, l'art. 7 comma 5 lett. c) D.M. 180 contempla “*la possibilità di comune indicazione del mediatore ad opera delle parti, ai fini della sua eventuale designazione da parte dell'organismo*”. E' questa una regola apparentemente incompatibile con quella dell'art. 8 comma 1 d.lgs. n. 280/2010 che impone la designazione del mediatore quando ancora una delle parti non è stata coinvolta. Le due disposizioni vanno allora rese compatibili nel senso di ritenere che – ferma restando la regola generale che colloca in successione la nomina del mediatore, prima, e la comunicazione del procedimento all'altra parte, poi – il regolamento può contemplare dinamiche diverse, ammettendo una nomina congiunta del mediatore ad opera di entrambe le parti (il che può accadere ipotizzando una prima nomina “a contraddittorio non integro” ed una successiva sostituzione del mediatore originario qualora tra le parti si raggiunga un accordo sul punto).

⁹¹ Su cui vd. *supra* §§ precedenti.

⁹² Sulle modalità di comunicazione vd. *infra* nel testo.

⁹³ Non era un caso che, anche prima del d.lgs. n. 28/2010, molti Regolamenti prevedevano soluzioni diverse (così ad esempio il Regolamento di procedura delle Camere di commercio).

⁹⁴ Tali mutamenti, seppure possibili presuppongono un procedimento concretamente avviato e quindi ipotizzano che il mediatore sia già stato nominato e si sia svolto un primo incontro con le parti.

⁹⁵ Ipotesi che non comporterebbe un aumento dei costi *ex art.* 16 comma 10 D.M. 180/2010.

⁹⁶ Così Cicogna, *Commento all'art. 8*, in *La nuova disciplina della mediazione*, cit., 147 ss., spec. 151.

⁹⁷ Sul punto vd. *supra* § 3.

Altro dubbio interpretativo ruota intorno al senso da attribuire alla tempistica della successione tra atto di nomina del mediatore e fissazione del primo incontro. Ci si può chiedere quale sia l'attività da compiere entro i quindici giorni dal deposito della domanda. Due le alternative: a) entro tale termine deve avvenire la comunicazione alla controparte⁹⁸; b) entro il medesimo termine deve essere fissato il primo incontro (sicché la comunicazione deve essere avvenuta in un termine anteriore). Il tenore letterale dell'art. 8 comma 1 d.lgs. cit. sembrerebbe condurre verso questa seconda opzione; la logica induce invece a preferire la prima. E' utopico ipotizzare che nei quindici giorni non solo sia stato nominato il mediatore, non solo ne sia stata data comunicazione all'altra parte, ma anche si sia tenuto il primo incontro. Quindici giorni sono pochi anche solo per procedere alla nomina del mediatore, se si considera che in questo termine l'organismo deve individuarlo - tenendo conto delle sue disponibilità - ed investirlo della procedura.

Certo è che si tratta di termini ordinatori⁹⁹, oltre che concretamente difficili da rispettare, soprattutto in procedimenti caratterizzati da una elevata complessità organizzativa¹⁰⁰.

Tace poi l'art. 8 cit. sulle modalità con cui deve avvenire la comunicazione della domanda con annessa nomina del mediatore e fissazione dell'incontro (quanto all'iniziativa, la norma consente che essa provenga sia dall'organismo sia dalla parte istante). Data l'informalità della procedura, la comunicazione può avvenire in qualsiasi modo, con il sistema di notificazione degli atti previsto dal c.p.c., con raccomandata, mediante posta elettronica certificata ecc. Saranno i singoli organismi a determinare tali modalità nei regolamenti di procedura¹⁰¹.

Nel disporre la comunicazione della pendenza del procedimento alle altre parti, non sono previsti termini minimi a difesa del "convenuto"¹⁰² né tempi e modalità della sua "costituzione". Anche questa è una lacuna normativa che crea incertezze, ma al tempo stesso si giustifica nella flessibilità del procedimento. E' innegabile che, non imponendo termini all'uopo destinati, la parte che riceve la comunicazione potrebbe non avere a disposizione i tempi necessari per predisporre le proprie difese. Tuttavia, assicurare una tempistica compatibile con le esigenze difensive di chi riceve la domanda è buona regola che probabilmente troverà applicazione nella prassi, ancor più di quanto possa accadere se imposta per legge. Se l'obiettivo della procedura è condurre ad un accordo, tanto più si pongono le parti nelle migliori condizioni difensive, quanto più aumentano le probabilità che

⁹⁸ In questo senso Cicogna, *Commento all'art. 8*, cit., 153; Cuomo Ulloa, *Decreto*, cit., 652..

⁹⁹ Sull'ordinatorietà di tutti i termini della procedura, vd. *supra* § precedente. Nello stesso senso, Fanelli, *Le disposizioni dell'art. 8, D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in Mediazione e conciliazione*, cit., 32.

¹⁰⁰ Forse termini così ristretti potrebbero ben collocarsi in controversie bagatellari, ma di certo non sono idonei a generalizzazioni per qualsiasi tipo di conflitto.

¹⁰¹ Osserva opportunamente Bove, *La mancata*, cit., 761 come possa costituire "giustificato motivo" di mancata partecipazione al procedimento ex art. 8 ultimo comma d.lgs. cit. il fatto che l'altra parte non abbia ricevuto la comunicazione della domanda, il che può accadere data l'indeterminatezza delle modalità di convocazione (a meno che il singolo organismo non preveda nel regolamento norme più stringenti sulla ricezione della comunicazione). Sulla mancata partecipazione al procedimento vd. *supra* § 4.

¹⁰² Si badi che l'espressione "convenuto" è atecnica, non trattandosi qui di processo né di una controversia finalizzata ad una decisione autoritativa (vd. *supra* § 1).

l'accordo si concluda. Diverrà quindi regola autoimposta dall'organismo (nel regolamento di procedura, ovvero nel concreto svilupparsi di ciascun procedimento) dare alla parte che non ha preso l'iniziativa tutto il tempo necessario per elaborare le proprie difese.

11. - Ancillari rispetto a quella del mediatore sono altre figure di cui pure l'art. 8 d.lgs. cit. dà conto.

“Nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, l'organismo può nominare uno o più mediatori ausiliari” (art. 8 comma 1). E' questa la figura del co-mediatore già da tempo nota agli altri modelli di mediazione¹⁰³. La nomina di un mediatore ausiliario ha un senso nella mediazione cd. valutativa. Molto più che nelle ipotesi in cui il mediatore collabora alla ricerca di un “accordo amichevole”¹⁰⁴, si richiedono qui delle specifiche competenze tecniche, utili per la formulazione della proposta. La figura del co-mediatore può poi giocare un buon ruolo nella mediazione con pluralità di parti¹⁰⁵.

Il co-mediatore si affianca senz'altro a quello principale e non lo sostituisce (si parlerebbe altrimenti di una sostituzione del mediatore principale originariamente nominato¹⁰⁶). Quanto alla proporzione tra il suo ruolo rispetto a quello del mediatore principale, varie possono essere le alternative (profilo questo non regolamentato dalla legge, bensì rimesso alle dinamiche concrete di ciascun procedimento): esso si può infatti collocare in posizione secondaria rispetto al mediatore principale, come può anche porsi sul medesimo piano di quest'ultimo.

Da notare che la co-mediazione non è causa di un aumento dei costi della procedura, dal momento che le spese di mediazione *“rimangono fisse anche nel caso di [...] nomina di uno o più mediatori ausiliari”* (art. 16 comma 10 D.M. 180/2010).

Ben diverso è invece il ruolo dell'“esperto”: nelle ipotesi in cui non si può procedere alla nomina del co-mediatore *“il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali. Il regolamento di procedura deve prevedere le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi spettanti agli esperti”* (art. 8 comma 4 d.lgs. cit.).

Si tratta in sostanza di figura equivalente al consulente tecnico del processo giurisdizionale. La nomina degli esperti è regola vigente anche nei regolamenti di mediazione anteriori al d.lgs. n. 28/2010, anche se nella prassi poco utilizzata per varie ragioni¹⁰⁷. Innanzi tutto, una volta nominato l'esperto, si svilisce la funzione del mediatore di creare un incontro delle volontà delle parti, assumendo ruolo preponderante – per la soluzione consensuale - la “perizia” del consulente. Inoltre,

¹⁰³ Così ad esempio nella mediazione commerciale internazionali, e in Italia in campo sociale e familiare (Cicogna, *Commento*, cit., 151).

¹⁰⁴ Ipotesi in cui le doti maggiori devono essere quelle della più proficua “gestione del conflitto”.

¹⁰⁵ Cicogna, *op. cit.*, 151.

¹⁰⁶ Ipotesi pure talora da contemplare come visto *supra* §§ 3 e 10.

¹⁰⁷ Vd. sul punto Fanelli, *La disposizione*, cit., 34.

a differenza della co-mediazione, la nomina dell'esperto è causa di un notevole aumento dei costi, ulteriore disincentivo al suo uso in una procedura nella quale i costi dovrebbero essere ridotti al minimo.

Vi è quindi un ordine logico, nell'alternativa tra co-mediazione e nomina dell'esperto: ove sia necessario l'ausilio di specifiche competenze tecniche che affianchino la capacità del mediatore di gestione del conflitto, va preferito il co-mediatore e solo subordinatamente il consulente.

Ci si può chiedere se sia vincolante la regola secondo cui il consulente deve essere nominato tra *“esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali”*. Non potendosi a priori escludere la derogabilità, per regolamento, della disposizione, occorrerà guardare alla prassi applicativa ed ai singoli regolamenti di procedura per offrire risposte certe¹⁰⁸.

Spetta invece senz'altro al regolamento di procedura prevedere *“modalità di calcolo e liquidazione dei compensi”* degli esperti (art. 8 d.lgs. cit.)¹⁰⁹.

Ancora una volta primeggia nella gestione della procedura il regolamento che ciascun organismo impone a sé stesso ed alle parti che quell'organismo hanno voluto scegliere per la composizione della lite. Ancora una volta l'autonomia privata domina la scena.

¹⁰⁸ Deve tuttavia considerarsi pure che, se si parte da presupposto che le norme di legge debbano prevalere su quelle regolamentari interne, queste disposizioni non possono essere derogate dai singoli regolamenti di procedura.

¹⁰⁹ Il che però costituisce un problema di non poco conto, considerato che un aumento dei costi è senz'altro causa di un forte disincentivo all'uso della procedura (così anche il Parere del CSM sullo schema di decreto legislativo).