

Mediazione

Opportunità, strategie e cautele del nuovo modello di mediazione civile e commerciale

di Angelo Santi*

A distanza di un anno dall'entrata in vigore della riforma della mediazione di cui al Decreto del "Fare", l'autore analizza tutte le novità del modello di mediazione, dando conto dei primi orientamenti interpretativi che si sono manifestati. L'analisi viene effettuata nella prospettiva dell'applicazione pratica della nuova mediazione, evidenziando tutte le opportunità che i professionisti (e le parti) possono cogliere nell'utilizzo dello strumento. Sono inoltre evidenziate alcune cautele, di cui è necessario dar conto, nonché le migliori strategie difensive che la mediazione può offrire.

La mediazione riformata dal Decreto del "Fare"

Il modello di mediazione civile e commerciale è stato significativamente innovato dal Decreto del Fare (D.L. n. 69/2013, convertito con modifiche dalla L. n. 98/2013) e segna un punto di svolta nella recente storia dei metodi cosiddetti alternativi di risoluzione delle controversie.

Il D.Lgs. n. 28/2010 aveva delineato un modello fortemente coercitivo di mediazione obbligatoria, che imponeva alle parti la scelta se aderire o meno al procedimento di mediazione, con tutti i costi conseguenti, senza la possibilità di verificare, nel caso concreto, l'interesse delle parti ad un utile esperimento dello stesso. Proprio in ragione del modello di mediazione delineato, soltanto una parte minoritaria (mediamente il 27%) dei procedimenti iscritti aveva visto la partecipazione di tutte le parti coinvolte, comportando un bilancio relativamente fallimentare di quella esperienza, pur essendo alta la percentuale (50%) degli accordi raggiunti con le parti presenti al tavolo.

Quel modello originario del D.Lgs. n. 28/2010 è caduto sotto la scure della Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 272/2012¹, ha rilevato la sussistenza di un eccesso di delega legislativa, proprio in relazione al carattere obbligatorio dell'istituto, senza tuttavia pronunciarsi nel merito delle censure. In conseguenza della pronuncia, il numero dei procedimenti di mediazione è sostanzialmente crollato, a dimostrazione di quanto il modello di mediazione non fosse ancora appetibile e funzionale, senza l'imposizione del tentativo obbligatorio.

Il Decreto del Fare ha riformato radicalmente il D.Lgs. n. 28/2010, incidendo sul modello di obbligatorietà e prevedendo una serie rilevante di novità, quali: il primo incontro preliminare, la possibilità per il giudice di

* Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

¹ Sulla sentenza della Corte, v. in questa *Rivista*, 2013, 77 ss., con nota di F.P. Luiso, *L'eccesso di delega della mediazione obbligatoria e le incostituzionalità consequenziali*; v. anche in *Corr. giur.*, 2013, 257 ss., con nota di I. Pagni, *Gli spazi e il ruolo della mediazione dopo la sentenza della Corte Costituzionale 6 dicembre 2012, n. 272.*

ordinare la mediazione, l'obbligatoria assistenza dell'avvocato, la competenza territoriale e l'immediata esecutività dell'accordo con la firma degli avvocati.

Con questo scritto, si vuole dar conto di queste principali novità, soprattutto sotto il profilo delle opportunità e delle utilità che possono essere colte nella nuova mediazione, ma anche delle cautele che devono essere adottate.

Le nuove opportunità della mediazione: il “primo incontro” tra le parti

La prima opportunità che va adeguatamente considerata e valorizzata si evince dalla stessa struttura del nuovo modello di mediazione, laddove il procedimento si apre oggi con un incontro preliminare tra le parti, i loro difensori ed il mediatore, durante il quale i contendenti possono valutare l'utilità della prosecuzione della mediazione, prima ancora di avere corrisposto le spese di mediazione.

È importante capire bene la funzione e le finalità di questo (nuovo) primo incontro di mediazione, sia pure nella inevitabile incertezza derivante dalla prima applicazione del modello riformato.

L'obbligatorietà della mediazione viene, invero, ripristinata dal novellato art. 5, comma 1-*bis*, D.Lgs. n. 28/2010, sempre nella forma della condizione di procedibilità sull'azione giudiziale, ma è radicalmente diverso l'avvio del procedimento, configurandosi nei fatti una obbligatorietà molto attenuata che valorizza la volontarietà delle parti nella prosecuzione della mediazione. Ed invero, l'art. 8, comma 1, prevede che «durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione» ed «invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento».

Oggi, pertanto, l'adesione ad una domanda di mediazione non comporta più necessariamente il pieno esperimento di un tentativo di conciliazione, con tutti i costi conseguenti, ma implica soltanto l'impegno delle parti ad incontrarsi di fronte al mediatore, al fine di valutare se vi sia l'interesse dei contendenti a proseguire la procedura, avvalendosi quindi dell'attività del mediatore. Il costo di questo “primo incontro” di carattere preliminare è decisamente contenuto, posto che il nuovo comma 5-*bis* dell'art.17 dispone che «nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione», fatte salve le sole spese di avvio², che normalmente vanno a coprire i costi amministrativi sostenuti dall'organismo. In ogni caso, la condizione di procedibilità richiesta dalla legge si considera avverata anche con il solo espletamento del primo incontro, ai sensi del comma 2-*bis* dell'art. 5. Ove, invece, le parti decidano di proseguire la mediazione, saranno tenute al pagamento delle spese di mediazione, secondo le tariffe di legge.

Sulla funzione effettiva del “primo incontro”, la dottrina³ e gli operatori si stanno interrogando proprio in questa fase di prima applicazione della riforma. Non è mancato chi ha sostenuto che la partecipazione personale della parte debba ritenersi necessaria⁴, pur con l'assistenza dell'avvocato (di cui si dirà nel prosieguo), al punto da non valutarsi soddisfatta la condizione di procedibilità ove la parte non sia comparsa personalmente. È certamente da considerarsi un vantaggio, per lo svolgimento della mediazione, la presenza del soggetto che abbia la titolarità del diritto di cui si va a disporre, ma la cospicua varietà delle realtà soggettive che si possono immaginare non consente di ritenere sempre praticabile una simile ipotesi. Sarà, quindi, di sicuro auspicabile la comparizione personale della parte (o del suo legale rappresentante, se trattasi di persona giuridica), ma non può escludersi che la mediazione possa svolgersi correttamente anche con un soggetto che sia munito dei necessari poteri di rappresentanza. È utile, piuttosto, che il rappresentante in-

² Con la Circolare del 27 novembre 2013, il Ministero della Giustizia ha fornito i primi chiarimenti applicativi sulla riforma, precisando che «nel termine compenso di cui all'art. 17 comma 5-*ter* del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 non devono essere comprese le spese di avvio del procedimento» (ad oggi fissate in Euro 40), le quali pertanto sono dovute da tutte le parti “comparse al primo incontro”. Se le parti decideranno di non proseguire la mediazione, nessun altro compenso potrà essere loro richiesto.

³ Tra i primi commenti, cfr. M. Marinaro, *Nel primo incontro delle parti con il mediatore la fase informativa assume una sua autonomia*, in *Guida dir.*, 4 gennaio 2014, spec. 2, 2 ss.; G. Fanelli, *“Interferenze” ancor più qualificate tra mediazione e processi dopo il c.d. “decreto del fare” e la legge n. 98/2013*, in *www.judicium.it*, 2013, 16 ss.; L. Ansaldo, *Parti, difensori e mediatori protagonisti del primo incontro*, in *Mediazione Civile e Commerciale*, Milano, 2013, 21 ss.

⁴ In giurisprudenza, di recente, Trib. Firenze 19 marzo 2014, in *Il Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 10222 - pubb. 26/03/2014, con la quale si afferma (sia per le mediazioni obbligatorie, sia per quelle ordinate dal giudice) che la condizione di procedibilità può ritenersi avverata soltanto se la mediazione si svolga “con la presenza personale delle parti”. È chiara la *ratio* di una simile interpretazione, che tuttavia, nell'attuazione pratica, dovrà necessariamente applicarsi *cum granu salis*, opportunamente distinguendo quei casi in cui la comparizione personale del soggetto titolare della posizione (persona fisica o legale rappresentante di persona giuridica) sia davvero utile e concretamente fattibile, da tutti gli altri casi in cui la comparizione di un procuratore, magari ben informato sui fatti, sia ugualmente efficace. In dottrina, v. L. Ansaldo, *op. cit.*, nello stesso senso dell'opportunità della comparizione personale della parte.

tervenuto – anche l’avvocato naturalmente – sia ben informato sui fatti che si vanno a discutere e, ancor di più, che abbia un mandato sufficientemente ampio da rendere utile lo svolgimento degli incontri di mediazione, senza dover prendere tempo per interloquire con la persona rappresentata.

Ancora sul primo incontro, è poi lecito interrogarsi su cosa debba intendersi per la “possibilità di iniziare la procedura di mediazione”, sulla quale le parti sono chiamate ad esprimersi.

Si potrebbe sostenere che questa valutazione di “possibilità” debba essere legata soltanto alla sussistenza di tutte le condizioni che consentano la regolare prosecuzione della mediazione, quali, ad esempio, la presenza di tutti i contraddittori necessari o la competenza territoriale dell’organismo. Non ci sarebbero, pertanto, particolari margini di discrezionalità da parte dei contendenti (e dei loro avvocati) nel valutare la “possibilità” di continuazione della mediazione, che dovrebbe costituire pressoché la regola in presenza di tutte le parti.

Questa tesi è stata recentemente sostenuta ed ampiamente argomentata con una prima Ordinanza del Tribunale di Firenze⁵, tra i più sensibili sul tema della mediazione collegata al processo. L’orientamento fiorentino tende, invero, ad affermare che il tentativo di mediazione, per ritenersi utilmente esperito, quando ordinato dal giudice, debba svolgersi effettivamente e non debba limitarsi al primo incontro. A sostegno di tale impostazione, l’Ordinanza parte dal dato normativo (art. 5, comma 5-*bis*), ove si dispone che la condizione di procedibilità “si considera avverata se il primo incontro dinnanzi al mediatore si conclude senza l’accordo”. Da questa formulazione se ne dedurrebbe che il mancato accordo non può che essere “rispetto alla lite” – e non sulla sola volontà di “iniziare la mediazione vera e propria” – e che pertanto la mediazione, per soddisfare la condizione di procedibilità, debba necessariamente svolgersi nel merito della controversia. Il primo incontro, secondo questa ricostruzione, non sarebbe quindi finalizzato a decidere se proseguire o meno la mediazione, ma già a svolgere una mediazione “effettiva” per dare alle parti una “*chance* di raggiungimento dell’accordo”.

La tesi appare assai suggestiva, in quanto, sotto il profilo squisitamente applicativo, costringerebbe le parti (ed i loro avvocati) ad acconsentire comunque alla prosecuzione della mediazione, avvalendosi dell’opera del mediatore, senza potersi fermare al confronto preliminare previsto dalla legge.

Tuttavia, sebbene l’orientamento fiorentino si riferisca espressamente alla sola mediazione ordinata dal giudice, tale interpretazione sembra contrastare con lo spirito della riforma, che tende a delineare un modello di mediazione compatibile sia con l’esigenza di indurre la mediazione attraverso l’imposizione di un tentativo obbligatorio (o anche ordinato dal giudice), sia con l’esigenza di valorizzare la connotazione volontaristica della metodologia conciliativa. Il primo incontro, che rappresenta l’unico impegno obbligatorio (valido anche come condizione di procedibilità), deve lasciare alle parti la libertà di decidere sulla prosecuzione della mediazione ed è, quindi, lecito concludere che la “possibilità di iniziare la procedura” debba essere intesa come piena libertà di valutare la convenienza e l’utilità, nel caso concreto, di avvalersi dell’opera del mediatore, senza che i litiganti debbano sentirsi coartati nella scelta.

Ed allora, è essenziale capire cosa ci si può aspettare da un primo incontro e quali valutazioni è opportuno trarre dallo stesso.

Per sfruttarne al meglio le potenzialità, il confronto va colto con la precipua finalità di verificare la “mediabilità” della controversia, non in linea teorica, ma compiendo una valutazione concreta e nel caso specifico con riguardo alla disponibilità di tutte le parti, alla fattibilità tecnico-giuridica ed alla migliore idoneità della soluzione conciliativa rispetto alla prospettiva giudiziale⁶. Tutto ciò implicherà, talvolta, una necessaria di-

⁵ Cfr. Trib. Firenze 19 marzo 2014, Ordinanza, già citata, che affronta anche il tema della finalità del primo incontro, previsto oggi dalla riforma. La pronuncia si riferisce in particolare alla mediazione ordinata dal giudice, ma le riflessioni sulla natura del “primo incontro” prendono le mosse dalla stessa definizione normativa, quindi riferibili a tutte le mediazioni. Tale orientamento è stato, peraltro, anticipato da altra Ordinanza, Trib. Firenze 17 marzo 2014, Sez. impresa, ancora inedita, secondo la quale la prosecuzione della mediazione (sia quella preventiva obbligatoria, sia quella ordinata dal giudice) non è rimessa alla mera volontà delle parti, ma deve ritenersi soltanto condizionata alla “eventuale sussistenza di impedimenti all’effettivo esperimento della medesima”. In buona sostanza, la prosecuzione della mediazione dovrebbe ritenersi la regola, al punto che il giudice fiorentino, nel caso di specie, ha ordinato alle parti di tornare e in mediazione (e proseguirla), dopo che un preventivo esperimento tra le stesse parti si era concluso al primo incontro. In adesione all’indirizzo fiorentino, v. anche Trib. Palermo 16 luglio 2014, Ordinanza, ancora inedita.

⁶ Sul punto v. Santi, *Il primo incontro di mediazione. I mediatori chiamati alla sfida di un nuovo modello: gli obiettivi, la gestione dell’incontro, le cautele, le opportunità*, in Riv. *La mediazione*, Ottobre-Dicembre 2013, n. 3, ove vengono delineati, in maniera più approfondita, alcuni elementi di valutazione sulla mediabilità della controversia, alcuni dei quali di carattere oggettivo (come, ad esempio, la presenza di tutti i litisconsorti necessari), altri di carattere soggettivo (quali la disponibilità delle parti al confronto o la rilevanza degli interessi sostanziali in gioco). Di certo, questo modello di mediazione tenderà a privilegiare i mediatori esperti o capaci, che si sapranno conquistare la fiducia delle parti già al primo incontro.

samina di alcune questioni nel merito della controversia ed il confronto tra le parti sarà svolto già con il ruolo attivo del mediatore, il quale – pur nella consapevolezza che trattasi di un primo incontro – potrà efficacemente intervenire, anche cogliendo una possibilità di prosecuzione della procedura.

Il ruolo del mediatore, già in questa fase preliminare, può ben essere sfruttato per far emergere un interesse sostanziale delle parti a coltivare la soluzione conciliativa, magari ascoltando le parti (ed i loro avvocati) separatamente. È evidente che un proficuo svolgimento del primo incontro necessita comunque della presenza di tutti i litisconsorti necessari, per cui non è da escludersi, in casi eccezionali, la possibilità di un rinvio dello stesso primo incontro, a condizione che il mediatore e l'organismo vi acconsentano. Alla stessa stregua, può anche contemplarsi la prosecuzione immediata della mediazione, nel medesimo contesto temporale del primo incontro, quale naturale sviluppo di un'attività di mediazione già iniziata.

Nella prospettiva appena delineata, il primo incontro può rappresentare un'opportunità certamente per le controversie sottoposte a condizione di procedibilità, ma anche per le materie facoltative, laddove la presentazione di un'istanza di mediazione può consentire di verificare (ad un costo modesto) la disponibilità della controparte, quanto meno a trattare una soluzione conciliativa della vertenza.

È chiaro che, nella mediazione ordinata dal giudice – di cui si dirà tra breve – la mediabilità della controversia viene valutata preventivamente dal giudice e la prosecuzione della mediazione, oltre il cosiddetto primo incontro, può essere decisamente caldeggiata dal magistrato, ma non può comunque essere imposta alle parti, anche in considerazione dei costi che questa comporta. Peraltro, la valutazione che può essere fatta dalle parti di fronte al mediatore, sulla mediabilità della lite, è comunque più efficace ed approfondita di quella che può fare il magistrato, di certo utile, ma non sempre calata sugli interessi sostanziali delle parti, che raramente vengono manifestati di fronte al giudice.

Nelle mediazioni obbligatorie invece, che non siano proseguite oltre il primo incontro, nulla vieta al giudice del successivo giudizio di ordinare alle parti (ai sensi dell'art. 5, comma 2, D.Lgs. n. 28/2010) di tornare di fronte al mediatore, con l'evidente intento di indurre i contendenti a coltivarla. La valutazione del giudice, sottesa a questo ordine, contribuirà di sicuro a responsabilizzare le parti, anche nella prospettiva della prosecuzione del giudizio e della ripartizione delle spese.

L'effettivo svolgimento della mediazione (sia pure rimesso alla libera volontà delle parti) può quindi ben essere indotto dal giudice, per il tramite degli strumenti processuali già esistenti e delle possibili valutazioni riconducibili al comportamento delle parti.

La mediazione ordinata dal giudice

Una seconda considerevole opportunità, che si può cogliere dalla riforma della mediazione, deriva dalla novella all'art. 5, comma 2, D.Lgs. n. 28/2010.

Fino a quest'ultimo intervento, il giudice poteva soltanto “invitare” le parti a procedere alla mediazione e, soltanto nel caso in cui le parti avessero aderito a tale invito, questo diventava per loro vincolante. Il meccanismo è stato comunemente denominato come mediazione “delegata” e, prima ancora che il legislatore ne disciplinasse il funzionamento, si era diffuso a livello meramente protocollare, nell'ambito di progetti promossi da alcuni tribunali⁷. La diffusione di questo fenomeno è stata relativamente contenuta, sia per la scarsa sensibilità e conoscenza rispetto alla mediazione (all'epoca delle prime esperienze) da parte di giudici e professionisti, sia per la limitazione del potere del magistrato, come detto soltanto di invito.

Il riformato comma 2 dell'art. 5 prevede, ora, che il giudice possa invece “disporre” l'esperimento del procedimento di mediazione, il che inequivocabilmente implica un vero e proprio potere di ordinare alle parti di procedere con un tentativo di conciliazione. Tanto è vero che la norma precisa che «in tal caso l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di giudizio di appello». Non vi è dubbio che un simile potere tenderà ad indurre una diversa considerazione con riguardo alle casistiche che meglio possono prestarsi ad essere risolte in sede conciliativa.

⁷ Tra i primi protocolli realizzati con la finalità di promuovere la mediazione delegata, si ricorda il Progetto Conciliamo, già risalente al 2005, su iniziativa della Corte di Appello di Milano e con l'adesione della Camera di Commercio, dell'Ordine degli Avvocati e di altri ordini professionali. L'obiettivo più ampio di quel progetto era diffondere la conoscenza della conciliazione stragiudiziale, anche attraverso l'invito del giudice. L'attività di promozione della mediazione delegata è stata poi portata avanti nell'ambito dell'Osservatorio della Giustizia Civile di Milano, come oggi sta accadendo in tante altre realtà locali. Di particolare rilievo anche l'esperienza del Progetto Nausicaa di Firenze (oggi Nausicaa2), lanciato nel 2010 dall'Osservatorio della Giustizia Civile, anche questo con lo scopo di favorire la diffusione della mediazione su invito del giudice, con la collaborazione dell'Università di Firenze, della Camera di Commercio e dell'Organismo di Conciliazione di Firenze.

Il presupposto normativo per l'applicazione dell'ordine è chiaramente riconducibile alla valutazione da parte del giudice "della natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti", segno evidente che il potere del magistrato deve essere esercitato con un attento discernimento sulla singola controversia.

Sono necessarie alcune puntualizzazioni con riguardo all'esercizio di questa nuova prerogativa da parte del giudice.

Il provvedimento con cui il magistrato ordina la mediazione deve essere adottato comunque «prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa», dovendo poi il giudice fissare la successiva udienza dopo la scadenza del termine normativamente previsto (oggi tre mesi) per la durata del procedimento di mediazione. Deve dirsi pacifico in giurisprudenza che questo nuovo ordine del giudicante possa applicarsi anche ai procedimenti pendenti⁸ e che prescinda dalle materie sottoposte alla condizione di procedibilità *ex-lege* (quelle dell'art. 5, comma 1-*bis*), potendosi, quindi, applicare anche alle materie facoltative. È chiaro che, dopo l'ordine del giudice, la mediazione diventa comunque obbligatoria in forza dello stesso ordine⁹.

A questo punto, definiti i poteri di intervento del giudice, ci si può ragionevolmente domandare quale siano le controversie che si prestano ad essere demandate in mediazione e quale sia, sotto tale profilo, la migliore strategia del difensore che voglia sfruttare le nuove opportunità normative.

In linea generale, la valutazione della natura della controversia non è sempre facile da parte del magistrato, che difficilmente viene a conoscere, nel corso della causa, gli assetti effettivi di interessi e aspettative che si celano dietro alle pretese, in punto di diritto, manifestate con gli atti processuali. Al di là della materia del contendere, la corretta identificazione della "natura" controversia la si può ricostruire attraverso un'analisi dei rapporti delle parti, dei loro interessi sostanziali, delle loro necessità, ma anche delle loro preoccupazioni e dei propri aspetti di debolezza, ben lungi dalle mere pretese giudiziali. Un indizio generale di idoneità della controversia alla sede mediativa può derivare da una relazione (personale, familiare, professionale o commerciale) intercorrente e preesistente tra le parti, magari destinata a proseguire in futuro, ma certamente ogni singola casistica va analizzata per le sue peculiarità.

La stessa norma richiama la valutazione dello "stato dell'istruzione", come elemento rilevante, per significare che una certa acquisizione probatoria o, tipicamente, l'avvenuto espletamento di una consulenza tecnica potrebbe indurre la parti a conciliarsi, prima che il giudice debba pronunciare la sentenza. L'unico rischio nell'attendere l'esito della fase istruttoria, prima di disporre la mediazione, è che una delle parti potrebbe ragionevolmente pretendere la totale soddisfazione della propria pretesa (se confermata dall'istruttoria), perdendosi quella tipica alea giudiziale che, all'inizio del processo, può invece indurre tutte le parti a discutere un'ipotesi conciliativa.

A prescindere da queste tipizzazioni che si possono immaginare, l'ultimo elemento che il giudice può valutare – forse il più significativo – è proprio il "comportamento delle parti", che è anche ricollegabile alla natura della controversia. Una disponibilità a conciliare che sia stata manifestata, anche da una sola delle parti ed anche preventivamente al giudizio, può costituire un valido indizio di utilità per ordinare la mediazione¹⁰. All'estremo opposto, un atteggiamento di pretestuosa difesa di una posizione illegittima di una parte, che al giudice appaia ingiustificata, se non latamente temeraria, può parimenti suggerire al magistrato di disporre il ricorso alla procedura conciliativa, che valga come sottile monito alla parte eccessivamente resistente.

⁸ Tra le altre, v. Trib. Milano 29 ottobre 2013, Ordinanza, in *Guida dir.*, 16 novembre 2013, spec. 46, 5 ss., con nota di M. Marinaro, con la quale il giudice definisce il nuovo potere di disporre l'esperimento del procedimento di mediazione alla stregua di "una facoltà squisitamente processuale", in quanto tale "applicabile ai procedimenti pendenti". Prosegue lo stesso giudice affermando che la nuova previsione può senz'altro applicarsi anche alle materie facoltative, per le quali la legge non prevede alcun obbligo preventivo di mediazione.

⁹ L'ordine del giudice diventa, pertanto, vincolante per le parti, in quanto lo stesso art. 5, comma 2, D.Lgs. n. 28/2010 prevede che l'esperimento della mediazione ordinata sia "condizione di procedibilità della domanda giudiziale, anche in sede di appello". V. anche l'Ordinanza citata, Trib. Milano 29 ottobre 2013, ove la mediazione è stata peraltro ordinata proprio in sede di appello.

¹⁰ Sul punto v. anche G. Fanelli, *op. cit.*, 30 ss., in cui l'autrice correttamente evidenzia che l'imposizione del tentativo da parte del giudice (addirittura esercitabile pur se una mediazione è già stata esperita) può rivelarsi gravoso, ove le parti non abbiano alcuna intenzione di conciliarsi. Auspica, pertanto, l'autrice che il giudice valorizzi, nell'esercizio del suo potere, "proprio il presupposto costituito dal comportamento delle parti".

Opportunità di parte e strategia difensiva: mediazione ordinata e art. 185-bis c.p.c.

Quanto all'atteggiamento della parte ed alla strategia difensiva dell'avvocato, le medesime argomentazioni svolte sinora consentono di identificare le situazioni nelle quali la parte stessa possa chiedere al giudice di ordinare la mediazione. Nulla vieta, invero, al giudice di accogliere una sollecitazione di parte nell'ordinare la mediazione, ed anzi ciò potrebbe essere molto apprezzato ai fini della valutazione complessiva del comportamento di quella parte. È evidente che l'avvocato, nel considerare tale opportunità, deve valutare l'interesse primario del proprio assistito, la praticabilità di una soluzione conciliativa e la consistenza delle proprie argomentazioni processuali, nell'ottica di un eventuale esito giudiziale.

Resta indubbio che il comportamento tenuto dalle parti rispetto ad una prospettazione conciliativa del giudice può anche assumere un rilievo ai fini della ripartizione delle spese di giudizio e, soprattutto, anche ai sensi dell'art. 96, comma terzo, c.p.c., che consente oggi al giudice di "condannare la parte soccombente al pagamento, in favore della controparte, di una somma equitativamente determinata". La mancata disponibilità a conciliare di una parte, poi risultata soccombente, potrebbe ragionevolmente indurre il magistrato a valutare l'applicazione di questa norma¹¹.

La medesima strategia difensiva può ben essere adottata presentando una domanda di mediazione preventivamente al giudizio, anche in una materia non sottoposta alla condizione di procedibilità. La mancata partecipazione della parte convocata (ma anche l'eventuale indisponibilità a proseguire la mediazione) potrà comunque essere utilizzata in giudizio, per sollecitare una valutazione *ex art.* 116, comma 2, o per far valere una condanna *ex art.* 96 c.p.c.

Vi è un ulteriore elemento da ponderare, nel quadro della mediazione collegata al processo.

Il Decreto del "Fare" ha introdotto, all'interno del codice di procedura civile, la nuova disposizione dell'art. 185-bis, ai sensi della quale il giudice, "alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione, formula alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa".

È ben diversa la funzione di questa iniziativa, rispetto alla mediazione ordinata. Nella prima (il nuovo 185-bis c.p.c.), in effetti, il presupposto più significativo sembra essere proprio "l'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto" e quindi l'iniziativa della proposta del giudice dovrebbe essere mirata – tendenzialmente – a quelle situazioni in cui l'esito giudiziale appaia piuttosto scontato ed il giudice possa evitare, in tal modo, il proseguimento del giudizio, con un evidente risparmio di tempi e costi per le parti. Questa proposta, sia pure definita "transattiva o conciliativa", finisce per rappresentare una forte indicazione con riguardo all'orientamento del giudice, tanto è vero che la stessa norma ha premura di precisare che "la proposta di conciliazione non può costituire motivo di ricusazione o astensione del giudice"¹².

Nella mediazione ordinata, invece, sembra essere proprio l'alea giudiziale nell'accertamento dei fatti e nell'applicazione del diritto un punto di forza per indurre le parti verso la conciliazione, magari facendo leva su una relazione preesistente tra i contendenti che favorisca un mutuo riconoscimento delle proprie ragioni.

Naturalmente, nell'applicazione pratica, il confine tra i due diversi istituti rischia di diventare piuttosto labile e le argomentazioni appena svolte devono ritenersi meramente indicative, ben potendo capitare controversie che si prestano ad una proposta del giudice, ma anche ad una sede mediativa. Non sono mancate, peraltro, alcune ordinanze che combinano i due meccanismi, sia preordinando la proposta del magistrato

¹¹ Un importante precedente sul punto è rappresentato da Trib. Roma, n. 4140/2014, in www.diritto.it, con la quale il giudice capitolino ha condannato una compagnia di assicurazione, proprio ai sensi dell'art. 96 c.p.c., al pagamento di un'ulteriore somma equitativamente determinata, per non essersi presentata in mediazione. Nell'applicare la norma in commento, il magistrato ha tenuto conto del comportamento della compagnia assicurativa che non è comparsa di fronte al mediatore, senza fornire alcuna giustificazione, pur "nella consapevolezza dell'infondatezza delle tesi sostenute". Ma anche a prescindere dall'attivazione di un procedimento di mediazione, il comportamento di una parte che si sottragga ingiustificatamente ad un confronto conciliativo, può essere valutato ai sensi dell'art. 96 c.p.c. Si è espressa in tal senso Trib. Santa Maria Capua Vetere 23 dicembre 2013, Ordinanza, la quale ha ritenuto la sussistenza della mala fede in capo ad una parte che ha rifiutato ostinatamente la disponibilità della controparte a risolvere la vertenza in via conciliativa.

¹² Sono già molteplici le applicazioni giurisprudenziali del nuovo art. 185-bis c.p.c., tra le quali Trib. Roma 4 novembre 2013, Ordinanza, in *Guida dir.*, 21 dicembre 2013, spec. 49-50, 4 ss., con nota di M. Marinaro, con la quale pronuncia si evidenzia che il raggiungimento di un accordo conciliativo o transattivo è tanto più favorito quanto più sia chiaro il quadro normativo, "in quanto tale prevedibile nell'esito applicativo che il giudice ne dovrà fare". Tutto ciò a conferma del fatto che la proposta del 185-bis contenga in se stessa una forte indicazione sull'orientamento del giudice, al punto che le posizioni manifestate dalle parti (in caso di mancato accordo) potranno essere valutate dal giudice ai sensi dell'art. 91, comma 1 e dell'art. 96, comma 3, c.p.c.

all'eventuale svolgimento (in caso di mancata accettazione) della mediazione ordinata, sia, al contrario, disponendo prima la mediazione, riservandosi la formulazione della proposta all'esito del tentativo di conciliazione¹³.

In un'ottica di strategia difensiva, è bene essere consapevoli di queste nuove dinamiche processuali legate alla mediazione, al fine di sollecitare l'uno o l'altro strumento, a seconda della natura della controversia e delle convenienze del proprio assistito.

L'obbligo di assistenza dell'avvocato: opportunità e cautele applicative

Nella riforma della mediazione in commento, vi è un tratto comune che caratterizza buona parte degli interventi innovatori: la valorizzazione del ruolo dell'avvocato. Appare evidente che il nuovo modello di mediazione nasce con una marcata vocazione forense che, per certi versi, cerca di compiacere l'avvocatura, ma, sotto diverso profilo, induce un adeguato coinvolgimento di quella categoria professionale, che – più di ogni altra – può generare il migliore impulso per lo sviluppo effettivo della metodologia conciliativa.

Il ruolo dell'avvocato viene, invero, riconosciuto innanzitutto nell'attribuzione della qualifica di mediatore "di diritto" a tutti i professionisti iscritti all'albo (art. 16, comma 4-*bis*, D.Lgs. n. 28/2010), con l'opportuna specificazione che l'avvocato che voglia concretamente operare deve essere adeguatamente formato "in materia di mediazione e mantenere la propria preparazione con percorsi di aggiornamento teorico – pratici a ciò finalizzati". I requisiti formativi sono stati recentemente stabiliti proprio dal Consiglio Nazionale Forense, che è stato identificato come soggetto naturalmente deputato a ciò dallo stesso Ministero della Giustizia¹⁴.

Altri due aspetti decisamente innovativi riguardano, ancora, la sottoscrizione dell'accordo di conciliazione, da parte degli avvocati, ai fini della immediata esecutività dello stesso (di cui si dirà nel prosieguo), e la previsione della obbligatoria assistenza del legale nel procedimento di mediazione.

Su questo ultimo aspetto, il dibattito è già piuttosto acceso e concerne l'opportunità della previsione e i risvolti applicativi.

Il novellato art. 5, comma 1-*bis*, D.Lgs. n. 28/2010 prevede di sicuro l'obbligatoria assistenza del legale per le controversie sottoposte a condizione di procedibilità, ma anche l'art. 8, comma 1, dispone che «al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato». Deve ricordarsi, invero, che l'art. 8 disciplina, in generale, il procedimento di mediazione per tutte le controversie, siano esse obbligatorie o facoltative ai fini della mediazione. A ciò si aggiunga che l'art. 12 contempla la possibilità di omologa giudiziale dell'accordo di conciliazione, anche nel caso in cui gli avvocati non abbiano sottoscritto l'accordo.

Dal combinato disposto delle norme citate, sorge pertanto il dubbio se l'assistenza dell'avvocato debba ritenersi necessaria per tutte le mediazioni o soltanto per quelle obbligatorie.

La previsione del legislatore, soprattutto nel citato art. 8, sembra essere chiara nel disporre l'obbligo di assistenza legale per tutte le casistiche, ma è altrettanto evidente che le conseguenze sono diverse a seconda del tipo di mediazione.

Ove il tentativo di conciliazione viene previsto quale condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria

¹³ Tra le diverse ordinanze riscontrabili v. Trib. Milano 21 marzo 2014, Sez. impresa, Ordinanza, in *// Caso.it*, che contempla la formulazione della proposta, riservandosi all'esito, in caso di rifiuto, di disporre la mediazione; in senso contrario, invertendo i due passaggi, v. Trib. Roma 14 novembre 2013, Ordinanza, che ordina alle parti la mediazione, prospettando, in caso di fallimento del tentativo, l'eventualità di una proposta del giudice.

¹⁴ Con Circolare del 21 febbraio 2014 (6-C-2014), il Consiglio Nazionale Forense ha indicato, per gli avvocati mediatori, un percorso formativo di base articolato in due *step*, di cui il primo è rappresentato da 15 ore di formazione teorico-pratica ed il secondo dalla partecipazione ad almeno 2 procedure di mediazione condotte da altri mediatori. Per la formazione di aggiornamento, lo stesso Consiglio ha indicato «un numero di 8 ore nel biennio dedicate principalmente allo studio di casi». Ovviamente i requisiti formativi indicati dal CNF rappresentano un minimo inderogabile, ben potendo i singoli organismi (pubblici o privati) richiedere una formazione più qualificata, come è stato fatto dagli organismi aderenti al Coordinamento della Conciliazione Forense, che hanno previsto un percorso formativo di base di 50 ore (anche questo articolato in due *step*) ed una formazione di aggiornamento pari a 18 ore biennali. Nello stesso senso, per una formazione particolarmente qualificata dei mediatori, v. P. Lucarelli, *Da operatore della gestione dei conflitti più disparati l'avvocato diventa figura centrale nella mediazione*, in *Guida dir.*, 16 novembre 2013, spec. 46, 2 ss., per la quale autrice il legislatore «che ha pregiato gli avvocati della chiave d'oro (la qualifica di mediatore di diritto) non ha trascurato l'importanza della formazione adeguata che l'avvocato deve acquisire per mediare, tutto ciò che gli manca per conseguire l'obiettivo». V. anche M. Martello, *Il Giudice civile di fronte alla mediazione. La cultura ed il significato della mediazione nella società moderna*, in *www.judicium.it*, 6 ss., la quale arriva ad ipotizzare l'opportunità di una laurea specialistica in mediazione, per valorizzare le peculiarità del ruolo e rafforzarne l'efficacia.

(quindi nelle materie di cui all'art. 5, comma 1-*bis*), in caso di fallimento della mediazione, il giudice dovrà valutare se il tentativo è stato regolarmente esperito. In questo caso, la mancata assistenza legale di una parte potrebbe essere considerata rilevante ed il giudice potrebbe ritenere che la condizione di procedibilità non sia stata assolta¹⁵. Nelle materie obbligatorie, pertanto, l'obbligo dell'assistenza di un avvocato finisce per interferire sulla validità dello stesso tentativo di mediazione.

Per le materie facoltative questo problema non si pone, in quanto non vi è alcuna condizione di procedibilità da soddisfare. L'assenza del legale non pregiudicherebbe in alcun modo il regolare svolgimento della mediazione. Si tratterebbe, semmai, di un obbligo privo di sanzione.

Sembra, quindi, doversi concludere che la legge prevede oggi un generale obbligo di assistenza di un avvocato in mediazione, ma nelle materie per le quali l'esperimento della mediazione è una mera facoltà, la violazione di questo obbligo non comporta alcuna conseguenza pregiudizievole per le parti.

Lo stesso Ministero della Giustizia, nel fornire un'interpretazione delle nuove disposizioni, ha escluso che l'obbligo di assistenza tecnica si possa applicare alle materie facoltative¹⁶. La conclusione è condivisibile, ma non tanto per quello che dispone la legge – che obiettivamente si contraddice nei diversi passaggi normativi evidenziati – quanto proprio per l'assenza di conseguenze (nelle mediazioni facoltative), che privano l'obbligo di legge di qualsiasi significato¹⁷.

Per ciò che concerne, invece, l'eventuale esito positivo della mediazione, non può porsi in dubbio che l'accordo di conciliazione sottoscritto tra le parti, senza l'assistenza dell'avvocato, debba ritenersi pienamente valido, alla stregua di un qualsiasi contratto. L'unica conseguenza è che, per diventare esecutivo, l'accordo dovrà necessariamente passare attraverso l'omologa giudiziale, come espressamente contempla l'art. 12, proprio per il caso in cui gli avvocati non lo abbiano sottoscritto.

Quanto alla presentazione della domanda di mediazione, appare pacifico che la stessa può essere presentata dalla parte personalmente, posto che l'assistenza legale è richiesta specificamente agli incontri di mediazione. Nulla vieta, peraltro, che la domanda possa essere presentata dall'avvocato, in qualità di procuratore della parte.

Un'ultima considerazione deve essere svolta sulla legittimità e sull'opportunità della previsione in commento.

La normativa europea non sembra avallare la scelta del legislatore italiano di imporre l'assistenza legale in mediazione. Se la Direttiva n. 52/2008 tace sul punto, la nuova Direttiva 11/2013 (sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori), all'art. 8, lett. b), dispone espressamente che le parti non devono «essere obbligate a ricorrere a un avvocato o consulente legale». Pur volendo limitare la portata della previsione alle materie obbligatorie, si pone comunque il problema della difesa dei non abbienti, la cui assistenza legale dovrebbe essere necessariamente garantita, a pena di un probabile profilo discriminatorio della normativa in esame¹⁸.

È giusto, quindi, dubitare della legittimità della previsione – ove le questioni accennate non fossero risolte positivamente – ma ciò non inficia l'importanza dell'assistenza di un avvocato in mediazione, che rappresenta un sicuro presidio di tutela della parte. È pur vero che la soluzione conciliativa si fonda sulla volontà delle parti, le quali dovrebbero essere in grado di autoregolamentare i propri rapporti, ma è altrettanto vero

¹⁵ Sul punto, sia consentito citare A. Santi, *Il ruolo dell'avvocato nella riforma della mediazione: prime questioni applicative e nuove opportunità*, in *I diritti dell'uomo*, 2013, 60 ss., soprattutto nei limiti in cui il giudice valuti che la presenza dell'avvocato avrebbe potuto influire sullo svolgimento della mediazione, magari agevolandone il buon esito. In altri termini, appare saggio che il giudice ponderi anche il profilo di utilità del tentativo di mediazione nel caso concreto, ben potendo in ogni caso ordinare la mediazione (anche se già validamente svolta), ai sensi del comma 2 dell'art. 5.

¹⁶ Cfr. Circolare del Ministero della Giustizia del 27 novembre 2013, ove si conclude in maniera apodittica che «l'assistenza dell'avvocato è obbligatoria esclusivamente nelle ipotesi di c.d. mediazione obbligatoria ... ma non anche nelle ipotesi di mediazione facoltativa», invocandosi proprio l'art. 12, comma 1, che sembra contraddire la generale previsione di obbligatorietà di assistenza dell'avvocato («ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato...»). Tale interpretazione, in realtà, sottovaluta la generale previsione dell'art. 8, che si riferisce indiscutibilmente a tutti i procedimenti di mediazione.

¹⁷ Di contrario avviso rispetto al Ministero, il Consiglio Nazionale Forense, che con la Circolare del 6 dicembre 2013 (25-C-2013) afferma che l'obbligo dell'assistenza legale «sembra riguardare ogni modello di mediazione, atteso che il testo normativo non fa distinzioni al riguardo». L'interpretazione è corretta, ma il CNF non pare accennare alla mancanza di conseguenze per l'assenza del difensore nelle mediazioni facoltative.

¹⁸ La medesima Circolare (25-C-2013) del Consiglio Nazionale Forense si esprime in senso positivo sul punto. Allo stato normativo attuale, in effetti, non sembra da escludersi la possibilità di accesso ai benefici previsti dalla disciplina relativa al patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti (l'art. 76 del d.P.R. n. 115/2002 non contiene disposizioni ostative), ma se ciò non fosse concretamente ammissibile si manifesterebbe un elemento discriminatorio costituzionalmente rilevante.

che la stessa consensualità, che caratterizza il metodo conciliativo, può finire per penalizzare il soggetto più debole al tavolo negoziale. In quest'ottica, l'assistenza legale in mediazione deve garantire la piena consapevolezza della parte sulla consistenza della propria posizione giuridica, soprattutto in ragione della corretta valutazione di eventuali ipotesi conciliative.

È chiaro che il ruolo dell'avvocato, in un procedimento mediativo, non deve essere improntato ad una cieca difesa della ragion di parte, che finirebbe per sterilizzare le potenzialità della dinamica negoziale. Il miglior contributo che può dare il legale sta nella soddisfazione dell'interesse sostanziale del proprio assistito, pur sempre finalizzato alla ricerca di un accordo (con l'auspicabile collaborazione dell'avvocato dell'altra parte) che sia di reciproca condivisione con tutti i contendenti. Un abile avvocato in mediazione è certamente quello che, in un quadro di costruttiva contrattazione, riesce comunque a perseguire il miglior risultato per il proprio assistito, senza far saltare la trattativa.

L'accordo immediatamente esecutivo con la firma degli avvocati

In un'ottica evolutiva della professione forense, la norma più innovativa è certamente quella del riformato art. 12, comma 1, D.Lgs. n. 28/2010, la quale prevede che l'accordo di conciliazione «che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo ...». È la prima volta, nel nostro ordinamento, che una previsione di legge attribuisce agli avvocati la possibilità di generare un titolo esecutivo, con la loro sottoscrizione, attribuendo al legale una competenza nuova, che apre la strada ad un diverso modo di interpretare la professione forense, anche nell'ottica del contributo che la categoria potrà dare allo sviluppo delle soluzioni conciliative.

Vista la delicatezza dell'effetto conseguito (l'immediata esecutività dell'accordo), la garanzia principale che pone la norma è che “tutte le parti” devono essere assistite da un avvocato e, evidentemente, tutti gli avvocati devono sottoscrivere l'accordo, secondo le prescrizioni del medesimo art. 12. Ciò sta ragionevolmente a significare che ogni parte deve essere assistita da un proprio avvocato (magari anche per aggregazione di interessi di più parti con unico legale), ma non dovrebbe configurarsi il caso che un solo avvocato assista tutte le parti della controversia, con un evidente rischio di conflitto di interessi e di potenziale perdita di tutela per uno dei contendenti. L'efficacia esecutiva dovrebbe, pertanto, essere attentamente valutata da ogni singolo legale, nell'interesse del suo assistito.

L'effetto previsto dalla norma è riconducibile ad una certificazione degli avvocati, che come tale è liberamente scelta. Anche se tutte le parti sono assistite da diversi avvocati, questi possono quindi legittimamente decidere di non apporre la certificazione e di non generare il titolo esecutivo al momento della sottoscrizione dell'accordo di conciliazione. Sarà pur sempre possibile – lo prevede la norma stessa – ottenere l'omologa giudiziale, su istanza della parte interessata, in un qualsiasi momento successivo alla chiusura del procedimento di mediazione.

Se, invece, le parti vogliono avvalersi della nuova previsione normativa, i loro avvocati dovranno attestare e certificare “la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico”. È indubbiamente una certificazione che presuppone un controllo di legittimità sull'accordo di conciliazione assistito – verosimilmente anche redatto – dagli avvocati delle parti, ma è un'attività di controllo che ~~certamente~~ rientra pur sempre nelle ordinarie competenze di una consulenza stragiudiziale sulla stipula di un qualsiasi contratto. Ancora in una prospettiva evolutiva della professione forense, questa nuova attività di certificazione forense tenderà a sviluppare un'opportuna specializzazione degli avvocati, anche con riguardo alle singole materie oggetto di mediazione.

L'accordo di conciliazione, con l'apposizione della certificazione forense in discorso, «costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna o rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale». Una particolare cautela merita proprio la possibilità di iscrizione di “ipoteca giudiziale”. La terminologia adottata è evidentemente impropria, in quanto, non essendoci più la necessità di omologa giudiziale, l'ipoteca iscritta sulla base dell'accordo di conciliazione (immediatamente esecutivo) sarà di carattere convenzionale. Sembra, quindi, ragionevole ritenere che l'iscrizione ipotecaria possa essere pattiziamente esclusa ed anzi, sarà opportuno valutare, di volta in volta, ove le parti vogliano o meno escludere tale effetto.

Quanto, infine, alla forma che deve avere l'accordo per essere messo in esecuzione, questo atto è una scrittura privata e, per valere come titolo esecutivo, deve essere prodotto in originale, non potendosi (né doven-

dosi) apporre alcuna formula esecutiva¹⁹.

Il nuovo regime dei compensi per l'avvocato in mediazione

L'assistenza legale di una parte in mediazione è un'attività del tutto peculiare che merita un'opportuna valorizzazione. È una prestazione piuttosto concentrata nel tempo – rispetto all'attività di assistenza giudiziale – ma che comporta la necessità di un intenso e costante confronto con il proprio cliente, finalizzato alla comprensione delle sue migliori opzioni ed alla conseguente identificazione di un'appropriata strategia negoziale.

Nel vigore del precedente tariffario (il DM 127/2004, vigente fino al 2012), l'attività di assistenza negoziale non aveva alcuna particolare considerazione, dovendosi farla rientrare nella generica “conferenza di trattazione” stragiudiziale, scarsamente remunerata in misura soltanto forfettaria. Peggio ancora aveva fatto il DM 140/2012, che non prevedeva nemmeno una tabella specifica per l'attività stragiudiziale, disciplinata in modo molto generico nella parte normativa del decreto.

Il nuovo DM 55/2014, approvato di recente, prevede una disciplina decisamente più compiuta (agli artt. 18 e ss.) dell'attività stragiudiziale, nonché una tabella riferita espressamente alle “prestazioni di assistenza stragiudiziale”, che può ben attagliarsi all'assistenza dell'avvocato in sede di mediazione. Questa tabella è parametrata in base al valore della controversia e dovrebbe applicarsi, ragionevolmente, nei casi di procedure di mediazione proseguite oltre il primo incontro. Potendosi, peraltro, tener conto (ai sensi dell'art. 19), secondo i parametri generali previsti, anche “del pregio dell'attività prestata”, “della quantità e qualità delle attività compiute” e “dei risultati conseguiti”, è ragionevole ritenere che, in caso di accordo di conciliazione raggiunto con l'assistenza del legale, possa applicarsi un aumento del compenso, come prevede la norma, fino ad un massimo dell'80 per cento sull'importo di base.

La competenza territoriale: le opportune cautele

Un'ulteriore novità della riforma della mediazione è rappresentata dall'individuazione di una competenza territoriale dell'organismo di mediazione. Nel previgente sistema, la scelta del legislatore era stata di segno esattamente opposto, privilegiandosi la libertà della parte istante di scegliersi l'organismo presso il quale presentare la domanda, a prescindere da qualsiasi competenza territoriale.

Il riformato art. 4, comma 1, D.Lgs. n. 28/2010, dispone oggi che la domanda di mediazione debba presentarsi «presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia». È quindi pacifico che, per individuare gli organismi competenti, si deve far riferimento all'ambito territoriale dell'ufficio giudiziario cui spetta la cognizione sulla controversia, secondo le norme codicistiche e pertanto: il mandamento per il giudice di pace, la circoscrizione per il tribunale, il distretto per la corte d'appello, e l'ambito regionale per il tribunale dell'impres. La domanda può, certamente, essere presentata presso un qualsiasi organismo avente sede principale o secondaria all'interno dell'ambito territoriale così individuato²⁰.

La questione più rilevante che si pone attiene all'eventuale possibilità di deroga della competenza territoriale, così individuata dalla legge, in forza di accordo delle parti. Ancora una volta sovviene in aiuto il codice di procedura civile, che all'art. 28 disciplina il «foro stabilito per accordo delle parti», prevedendo proprio che la competenza per territorio possa essere «derogata per accordo delle parti, salvo che per le cause previste nei nn. 1, 2, 3 e 5 dell'art. 70» (dove è previsto l'intervento necessario del pubblico ministero), nonché «per i casi di esecuzione forzata, di opposizione alla stessa, di procedimenti cautelari e possessori, di procedimenti in camera di consiglio e per ogni altro caso in cui l'inderogabilità sia disposta espressamente dalla legge».

¹⁹ Tale interpretazione è opportunamente ribadita dalla citata Circolare del Consiglio Nazionale Forense (25-C-2013), «in quanto l'art. 475 c.p.c. prevede che la formula esecutiva deve essere apposta ai titoli esecutivi utilizzati in copia e non a quelli utilizzati in originale (scritture private, cambiali, assegni)». Sarà, pertanto, opportuno redigere tanti originali dell'accordo per quante sono le parti, oltre ad un originale che resta all'organismo. Nello stesso senso, in questa *Rivista*, v. M. Bove, *L'accordo di conciliazione rivisitato dal c.d. “decreto del fare”*, n. 11/2013, 1235, il quale precisa che l'accordo “andrà messo in esecuzione mediante trascrizione nell'atto di precetto, ai sensi dell'art. 480, comma 2, c.p.c.”.

²⁰ V. la citata Circolare del Ministero della Giustizia del 27 novembre 2013, la quale precisa che «ai fini della esatta individuazione della sede principale o della sede secondaria è condizione necessaria che queste ultime siano state regolarmente comunicate al Ministero vigilante» e che le sedi si possano riscontrare quindi “sul sito www.giustizia.it”, peraltro in fase di aggiornamento.

Al di fuori dei casi espressamente menzionati, non pare quindi dubitarsi che le parti, così come possono derogare la competenza territoriale dell'autorità giudiziaria, potranno altrettanto derogare, di comune accordo, la competenza territoriale oggi prevista per gli organismi di mediazione²¹.

È opportuno, a questo punto, individuare le modalità attraverso le quali le parti possono convenire questa deroga. Una prima possibilità è rappresentata dalla indicazione di una competenza territoriale all'interno di una clausola contrattuale di mediazione, specificando espressamente il luogo concordato tra le parti o anche esplicitando il nome del singolo organismo individuato dai contraenti. Lo stesso comma 5 dell'art. 5 contempla il rinvio agli ordinari criteri di legge, ove l'organismo richiamato nella clausola non risulti più iscritto (al momento dell'attivazione della mediazione) ed ove le parti non raggiungono un successivo accordo di deroga.

Una seconda modalità per esercitare la scelta derogatoria della competenza è rappresentata dalla presentazione di una domanda congiunta, da parte di tutti i contendenti, presso un determinato organismo, a prescindere dai criteri di legge. Ma la deroga alla competenza può anche essere implicita, laddove la parte convocata di fronte ad un organismo incompetente non eccepisca alcunché, acconsentendo quindi allo svolgimento della mediazione. In questi ultimi casi, che saranno forse i più ricorrenti, ove la questione sia oggetto di esplicita discussione di fronte al mediatore, l'accettazione della competenza può ben essere riportata nel verbale²².

In ogni caso, non è certo compito dell'organismo, né del mediatore, rilevare l'incompetenza territoriale. Ove una parte si presenti in mediazione e non voglia accettare lo svolgimento della procedura di fronte ad un organismo incompetente, sarà suo onere rilevarlo ed il mediatore, in assenza di una convergenza delle parti, dovrà senz'altro chiudere l'incontro per mancanza di una volontà comune nel proseguire, sia pure fondata sulla sola questione della competenza. Al contrario, in difetto di una qualsivoglia contestazione, il mediatore e l'organismo possono soltanto richiamare l'attenzione delle parti sul punto, magari attraverso la modulistica o nello stesso verbale dell'incontro, ferma restando la responsabilità esclusiva della parte o del suo avvocato sulla relativa valutazione.

Quanto, invece, alle conseguenze processuali, è ragionevole ritenere che la mediazione attivata presso un organismo territorialmente incompetente, ove non vi sia stata alcuna accettazione espressa o tacita (o addirittura la parte convocata abbia proprio eccepito tale incompetenza), non possa soddisfare la condizione di procedibilità prevista dalla legge. È chiaro che, in questi casi, la mediazione si sarà conclusa al primo incontro, senza che sia stata effettivamente proseguita, proprio per la contestazione sulla competenza territoriale della parte chiamata. Il giudice, pertanto, sarà tenuto, d'ufficio nella prima udienza o su eccezione della parte convenuta, a rilevare l'improcedibilità della domanda e a disporre l'esperimento di un nuovo tentativo presso un organismo territorialmente competente²³.

In qualsiasi altro caso di effettivo svolgimento della mediazione (oltre il primo incontro), la mediazione sarà da ritenersi regolarmente svolta, pur se di fronte ad un organismo incompetente, in virtù di una deroga, espressa o tacita, alla competenza. La condizione di procedibilità dovrà, quindi, considerarsi assolta.

Resta fermo, infine, il principio di prevenzione – non modificato dalla riforma - in caso di più domande di mediazione presentate in relazione alla stessa controversia. Ai sensi del secondo periodo dell'art. 4, comma 1, D.Lgs. n. 28/2010, la mediazione si svolgerà di fronte all'organismo (territorialmente competente) “presso il quale è stata presentata la prima domanda”. La riforma ha soltanto chiarito che, per determinare il tempo della domanda, deve riguardarsi “la data del deposito dell'istanza” e non la data di comunicazione alla parte chiamata, che può avvenire anche in un momento successivo.

Sulle riforme in atto

Il cantiere delle riforme, anche per ciò che concerne le procedure stragiudiziali, resta sempre aperto.

²¹ V. in tal senso l'orientamento del Consiglio Nazionale Forense (Circolare 25-C-2013), ma anche la prima giurisprudenza che si è manifestata, cfr. Trib. Milano 29 ottobre 2013, Ordinanza, in *Guida dir.*, 16 novembre 2013, spec. 46, 5 ss.

²² La comune volontà di deroga a verbale può essere un'eventualità di sicuro opportuna, ma anche la mera accettazione dell'invito a presentarsi davanti ad un organismo in un luogo diverso da quello di competenza del giudice, «provoca, come avviene nel processo, la tacita accettazione della deroga» (cfr. Circolare del Consiglio Nazionale Forense, già citata).

²³ Sul punto v. Trib. Milano, 29 ottobre 2013, Ordinanza, già citata, ove si afferma che «la domanda di mediazione presentata unilateralmente dinanzi all'organismo che non ha competenza territoriale non produce effetti».

Al momento della chiusura del presente articolo, è stata annunciata la imminente emanazione di un Decreto Legge che introduce, nel nostro ordinamento, la negoziazione assistita, quale nuova procedura consensuale da svolgersi con l'assistenza obbligatoria degli avvocati.

Tale metodologia andrà verosimilmente ad affiancarsi alla mediazione, con l'opportuna consapevolezza che l'intervento del terzo (mediatore) rappresenta comunque un elemento peculiare di efficacia della mediazione, che interviene nella dinamica negoziale delle parti in contesa e che può costituire, in molti casi, la spinta propulsiva e responsabilizzante per la riuscita del componimento consensuale.