



IL PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE DELLE CONTROVERSIE CIVILI E COMMERCIALI

DANIELA NOVIELLO

SOMMARIO: 1. IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO – 2. I PRINCIPI GENERALI DEL PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE: RISERVATEZZA, IMPARZIALITÀ DEL MEDIATORE, LIBERTÀ DELLE FORME – 3. LA DISCIPLINA DEL PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE NEL D. LGS. N. 28/2010. – 3.1. MODALITÀ DI AVVIO DEL PROCEDIMENTO. – 3.2. DURATA. – 3.3. IL CONTENUTO DELL'ISTANZA DI MEDIAZIONE. – 3.4. LA SEDE DEL PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE. – 3.5. VERIFICHE TECNICHE. – 3.6. SESSIONI SEPARATE. – 3.7. LA CONCLUSIONE DEL PROCEDIMENTO: CONCILIAZIONE, MANCATA CONCILIAZIONE, FORMULAZIONE DELLA PROPOSTA DA PARTE DEL MEDIATORE. – 3.8. L'EFFICACIA ESECUTIVA DELL'ACCORDO OMOLOGATO. 3.9. L'IMPUGNAZIONE DELLA CONCILIAZIONE.

1. La disciplina della mediazione, delineata nella recente normativa italiana (decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28), ha configurato l'istituto come procedimento finalizzato alla formazione della conciliazione, ossia come strumento di produzione dell'accordo che, regolando un nuovo assetto dei rapporti tra le parti, pone fine alla controversia tra le stesse insorta. In tal modo, è stata definita una distinzione concettuale ed ontologica tra mediazione e conciliazione, che trova invero puntuale riscontro nella normativa comunitaria (direttiva 2008/52/CE)¹.

A differenza del legislatore comunitario, che si è limitato ad indicare prescrizioni minime in ordine alla struttura della mediazione², e generalissime quanto al procedimento³, quello italiano

¹ Sia consentito, al riguardo, rinviare al mio scritto, *Considerazioni in merito al rapporto tra mediazione e processo alla luce del decreto legislativo n. 28/2010*, in questa Rivista, p. 1 s.

² Tali da poter essere più facilmente recepite, in maniera uniforme, negli ordinamenti interni degli Stati dell'Unione, nella dichiarata consapevolezza della necessità di introdurre un quadro normativo che affronti, in particolare, gli elementi chiave della procedura civile (considerando 7)..

³ Configurando per la mediazione uno svolgimento il più possibile flessibile e destrutturato; precisamente, la mediazione dovrebbe essere configurata dalle legislazioni come un procedimento di volontaria giurisdizione, che le parti dovrebbero essere poter organizzare liberamente ed al quale dovrebbero poter porre fine in qualunque



ha, tuttavia, dettato anche un nucleo minimo di disposizioni procedurali specifiche per lo svolgimento della mediazione, in un apposito capo intitolato “*Del procedimento di mediazione*”⁴.

Per vero, il quadro normativo di riferimento per lo svolgimento del procedimento di mediazione, è articolato tra fonti comunitarie, legislative interne e regolamentari private: la legge delega n. 69/2009 prescrive che il legislatore delegato, nel disciplinare il procedimento di mediazione, si debba attenere al rispetto della disciplina comunitaria e dei principi e criteri direttivi di cui all’art. 60 comma 3 lett. c) della stessa legge; quest’ultimo, nel ribadire il rispetto della normativa comunitaria, prevede anche l’estensione, al nuovo procedimento di mediazione stragiudiziale, delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 5/2003⁵; la normativa comunitaria di riferimento è, in particolare, la direttiva n. 2008/52/CE; il decreto legislativo n. 28/2010, di attuazione della legge delega, n. 69/2009, stabilisce, in prima battuta, che al procedimento di mediazione si applica il regolamento dell’organismo scelto dalle parti, ma contestualmente detta – come appena rilevato- talune puntuali disposizioni procedurali.

Di per sé, il rinvio alle fonti regolamentari private per lo svolgimento del procedimento di mediazione, avrebbe potuto essere sufficiente, determinando la qualificazione della mediazione come procedimento amministrato⁶. Ciò, del resto, già accade con riferimento all’arbitrato⁷: il rinvio a regolamenti precostituiti, in mancanza di specifiche disposizioni legislative in ordine alle modalità di svolgimento del giudizio, comporta unicamente

momento (considerando 13). Al riguardo, si rileva che la previsione della mediazione come procedimento di volontaria giurisdizione non sembra, tuttavia, dover essere intesa in modo tecnico, diversamente -per lo meno secondo la normativa processuale italiana- la mediazione sarebbe configurata come procedimento giurisdizionale (di volontaria giurisdizione, appunto).

⁴ Tale scelta ha suscitato qualche critica in dottrina: M. BOVE, *Mediazione civile: una disciplina poco liberale che richiede una visione legata agli interessi*, in *Guida al diritto*, n. 13, 2010, p. 11 ss; G. FINOCCHIARO, *Mediazione - Procedimento e conclusioni*, in *Guida al diritto*, n. 12, 20.3.2010, p. 60; G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in www.judicium.it, pp. 1 ss., il quale rileva come, mentre la disciplina della mediazione delineata dal legislatore italiano è non libera e processualizzata, la disciplina della mediazione contenuta nelle fonti normative comunitarie (direttive europee 30 marzo 1998, 98/257/CE, 4 aprile 2001, 2001/310/CE e 21 maggio 2008, 2008/52/CE) è libera e non proceduralizzata.

⁵ Il richiamo al d.lgs. n. 5/2003 in materia societaria è stato ritenuto eccessivamente generico (M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in www.judicium.it, p. 6).

⁶ Regolamenti che stabiliscono specifici procedimenti per lo svolgimento delle attività di conciliazione e di mediazione sono diffusi nelle esperienze delle associazioni di categoria, delle fonti comunitarie, degli ordinamenti stranieri. Una disamina generale del ricorso agli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie all’interno di contesti organizzati, quale manifestazione della libertà di amministrazione e di componimento dei conflitti interni al settore, in F. CRISCUOLO, *Modello arbitrale e strumenti alternativi di giustizia*, in *Riv. Arb.*, 2000, p. 29 ss.

⁷ Art. 832 c.p.c., nel testo attualmente in vigore, sostituito dall’art. 25 del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.



l'assoggettamento dello svolgimento del giudizio arbitrale alla disciplina regolamentare prescelta dalle parti.

Nel caso della mediazione, invece, l'espreso rinvio della legge alle fonti regolamentari degli organismi di mediazione è accompagnato dalla disposizione di regole procedurali di immediata applicazione al procedimento. Di conseguenza, la disciplina concreta del procedimento risulta composta da una parte rigida, generale e fissa (disposta dalla legge) e da una parte flessibile e variabile (contenuta nei regolamenti dei singoli organismi)⁸.

L'autonomia privata, compressa in parte dall'intervento legislativo, si riespande pienamente solo per i profili non direttamente disciplinati da fonti legislative; mentre il ricorso a procedimenti di mediazione *ad hoc*, ovvero interamente regolati da regolamenti privati⁹, pur essendo ammesso, non può determinare gli effetti che il decreto legislativo n. 28/2010 contempla solo per le forme di mediazione espressamente regolate.

Nel concorso tra la disciplina legale del procedimento di mediazione e quella dei regolamenti, la prima sembra, quindi, destinata a prevalere sulla disciplina regolamentare¹⁰. Tuttavia, non è chiaro – in assenza di precise indicazioni normative – quali siano le conseguenze dell'eventuale mancato adeguamento dei regolamenti alla disciplina normativa. In particolare, non è chiaro se, nell'ipotesi di contrasto tra la disciplina regolamentare privata e disciplina legale, la prima debba essere considerata nulla e debba essere integrata con la seconda. Il decreto legislativo n. 28/2010 regola, invece, espressamente, l'ipotesi del concorso tra distinti regolamenti, disponendo che, nel caso di più istanze (proposte secondo differenti regolamenti) prevale quella comunicata per prima alla controparte (che individua, quindi, la procedura applicabile al caso)¹¹.

Ad ogni modo, attesa la predisposizione legislativa di regole procedurali imperative, la mediazione - istituto libero per definizione - rimane definitivamente imbrigliata, entro margini addirittura più stretti di quelli imposti dalla legge per lo svolgimento dell'arbitrato; e ciò potrebbe suscitare qualche perplessità, soprattutto se si considera che proprio la pluralità dei

⁸ G. BUFFONE, *Mediazione e conciliazione*, Milano, 2010, p. 22.

⁹ Pur affermando la prevalenza, negli strumenti di ADR, di una "logica di pura funzionalità", sostiene l'opportunità che la conciliazione si svolga secondo in modo controllato, attraverso procedure prefissate e di adeguate garanzie, M. TARUFFO, *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1999, p. 785.

¹⁰ Così anche G. FINOCCHIARO, *Mediazione - Procedimento e conclusioni*, in *Guida al diritto*, n. 12, 20.3.2010, p. 65.

¹¹ Art. 4 comma 1 d.lgs. n. 28/2010.



procedimenti utilizzabili al fine della composizione della lite costituisce uno degli elementi caratterizzanti degli strumenti negoziali di soluzione delle controversie, rappresentando, anzi, il sistema ottimale per rispondere adeguatamente alle varie esigenze di giustizia¹². In contrario, la concreta conformazione del procedimento di mediazione sul modello del processo giurisdizionale è stata considerata come un'inevitabile conseguenza della scelta legislativa dell'estensione alla mediazione degli effetti del processo¹³.

Tale ultima affermazione deve, tuttavia, essere considerata con una certa attenzione. La conciliazione è (e resta sempre) un atto di natura privatistica, l'attribuzione al quale di effetti ulteriori (in particolare, di effetti esecutivi analoghi a quelli che la legge attribuisce anche ad altri atti privati¹⁴) non determina certo alcuna assimilazione tra il risultato della mediazione e l'atto conclusivo del processo, attesa l'ontologica diversità tra la natura della mediazione (che è un procedimento di negoziazione degli interessi) e quella del giudizio (che è un mezzo di accertamento del diritto controverso)¹⁵.

2. Dal complessivo articolato normativo, è possibile enucleare alcuni principi generali propri del procedimento di mediazione: il principio di riservatezza; il principio di imparzialità del mediatore; il principio di libertà delle forme.

Il principio di riservatezza è espressamente imposto agli organismi di mediazione, i quali debbono avere cura di predisporre norme regolamentari idonee ad assicurarne il

¹² G. CABRAS, D. CHIANESE, E. MERLINO, D. NOVIELLO, *Mediazione e conciliazione per le imprese - Sistemi alternativi per la risoluzione delle controversie nel diritto italiano e comunitario*, Torino, 2003, pp. 28 ss., spec. p. 32. Una rassegna delle diverse forme di ADR *ivi*, pp. 71 ss. In argomento, diffusamente, G. CABRAS, *Arbitrato societario, arbitraggio gestionale e conciliazione stragiudiziale*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società* diretto da F. D'ALESSANDRO, Padova 2009, vol. I, pp. 357 ss. In considerazione della naturale vocazione libera dell'istituto, parte della dottrina ha censurato tale scelta legislativa come poco liberale G. FINOCCHIARO, *Mediazione - Procedimento e conclusioni*, in *Guida al diritto*, n. 12, 20.3.2010, p. 60.; in senso critico rispetto alla procedimentalizzazione della mediazione emergente dal d.lgs. n. 28/2010 anche G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in www.judicium.it, pp. 1 ss.

¹³ G. FINOCCHIARO, *Mediazione - Procedimento e conclusioni*, in *Guida al diritto*, n. 12, 20.3.2010, p. 60. Addirittura si è parlato di *giusta procedura di mediazione* (S. CHIARLONI, *Prime riflessioni sullo schema di d.lgs. di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 l. n. 69/2009*, in www.ilcaso.it, 2009, II, p. 179), echeggiando la nozione di *giusto processo*, che l'art. 111 Cost. richiama in relazione al processo giurisdizionale.

¹⁴ Basti pensare, per esempio, al novero dei titoli esecutivi di cui all'art. 474 c.p.c.

¹⁵ In argomento, più diffusamente, sia ancora consentito il rinvio a D. NOVIELLO, *Considerazioni in merito al rapporto tra mediazione e processo alla luce del decreto legislativo n. 28/2010*, in questa Rivista, p. 1 ss.



rispetto¹⁶; inoltre, sono tenuti al rispetto del principio di riservatezza tutti coloro i quali, a qualunque titolo, prestino la propria opera o il proprio servizio nell'organismo di mediazione ovvero nell'ambito del procedimento di mediazione¹⁷. Oggetto dell'obbligo di riservatezza, secondo il letterale tenore delle disposizioni legislative, sono le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite, dai predetti soggetti del procedimento di mediazione, durante lo svolgimento dello stesso.

L'affermazione, in linea di principio, dell'obbligo di riservatezza è accompagnata dalla previsione di alcune disposizioni particolari, che tendono ad assicurarne indirettamente il rispetto, sia nell'ambito del procedimento di mediazione, sia in funzione dell'eventuale giudizio successivo all'infruttuoso esito della mediazione¹⁸.

In primo luogo, vengono in considerazione al riguardo le prescrizioni che impongono al mediatore di tenere riservate le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite da ciascuna delle parti nel corso delle sessioni separate, non solo nell'eventuale giudizio successivo al mancato raggiungimento dell'accordo di conciliazione, ma anche nell'ambito dello stesso procedimento di mediazione¹⁹; tali dichiarazioni ed informazioni sono, inoltre, espressamente dichiarate inutilizzabili, nel giudizio avente il medesimo oggetto (anche solo parziale), che sia iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione²⁰.

Essendo l'obbligo di riservatezza imposto a tutela delle parti²¹, solo queste ultime possono consentire la rivelazione delle informazioni e delle dichiarazioni rese nel corso del

¹⁶ L'art. 3 comma 2 del d.lgs. n. 28/2010 testualmente dispone: «Il regolamento deve in ogni caso garantire la riservatezza del procedimento ai sensi dell'articolo 9». Al riguardo, nella Relazione illustrativa è dichiarata l'intenzione del Legislatore di costituire il principio di riservatezza, unitamente al principio di imparzialità del mediatore, quali unici limiti alla potestà regolamentare degli organismi di mediazione: «I limiti che l'articolo 3 pone alla potestà regolamentare degli organismi si riducono al rispetto del dovere di riservatezza, poi disciplinato in modo analitico nell'articolo 9, e del dovere di imparzialità del mediatore rispetto al singolo affare trattato» (Rel. Ill.). In generale, sul principio di riservatezza del procedimento di mediazione, D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, in www.judicium.it, pp. 1 ss.

¹⁷ «Chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell'organismo o comunque nell'ambito del procedimento di mediazione è tenuto all'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento» (art. 9, comma 1 d.lgs. n. 28/2010). La norma non contempla espressamente, tra i soggetti tenuti all'obbligo di riservatezza, le stesse parti.

¹⁸ Nel senso che la nuova normativa non garantisca adeguatamente la segretezza della procedura, G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in www.judicium.it, p. 6.

¹⁹ Art. 9 comma 2 d. lgs. n. 28/2010..

²⁰ Art. 10 comma 1 d. lgs. n. 28/2010..

²¹ E nel contempo allo scopo di favorire il positivo andamento della mediazione (essendo tutelate dall'obbligo di riservatezza le parti si sentono più sicure di poter libermente esporre nel corso del procedimento di mediazione le reali circostanze ed i veri interessi perseguiti, senza timore di veder pregiudicata la propria posizione processuale).



procedimento di mediazione²²; considerata la *ratio*, deve ritenersi che il consenso debba provenire personalmente da ciascuna delle parti, relativamente alle informazioni ed alle dichiarazioni dalla stessa rese durante la mediazione, ma, non sono previsti oneri formali: Nel dubbio se lo stesso debba essere espresso, o se possa anche essere implicito e risultare, cioè, da comportamenti (processuali) concludenti, considerata la natura libera del procedimento di mediazione, potrebbe forse ritenersi preferibile la seconda soluzione –allo scopo di non appesantire ulteriormente il procedimento con vincoli formali-; d'altra parte, la serietà dell'obbligo e le garanzie allo stesso apprestate dal legislatore potrebbero anche far propendere per una soluzione più rigorosa. Vengono in considerazione, al riguardo, in particolare, la previsione dell'inammissibilità della prova testimoniale e dell'esclusione della possibilità di deferire giuramento decisorio in ordine al contenuto delle dette informazioni e dichiarazioni²³, nonché l'estensione al mediatore delle disposizioni di cui all'art. 200 c.p.p. (recante la disciplina del “*Segreto professionale*”) e delle garanzie che l'art. 103 c.p.p. (“*Garanzie di libertà del difensore*”) riserva al difensore dell'imputato²⁴.

Il principio di imparzialità del mediatore costituisce caratteristica indefettibile della mediazione, e prerequisite della sua concreta utilità. Il decreto legislativo n. 28/2010 non contiene un'affermazione diretta di tale principio, ma l'imparzialità è prevista quale specifico obbligo del mediatore, la cui osservanza deve essere garantita dagli organismi di mediazione²⁵.

Correttamente escluso il rinvio alle norme sull'astensione e ricusazione del giudice²⁶, attesa la descritta differenza ontologica tra mediazione e giudizio, il decreto legislativo n. 28/2010 contiene, tuttavia, disposizioni particolari tese ad assicurare l'imparzialità del mediatore. In particolare, allo scopo di assicurare la neutralità del mediatore relativamente alla questione trattata e la sua equidistanza rispetto alle parti in lite, al mediatore (ed ai suoi ausiliari)

²² Art. 9, comma 2 d.lgs. n. 28/2010. Anche per la rivelazione delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate si osserva che il consenso deve provenire direttamente dalle parti, ma che non sono espressamente stabiliti, per la manifestazione dello stesso, precisi oneri formali.

²³ Art. 10 comma 1 d.lgs. n. 28/2010. L'esclusione della prova testimoniale dei fatti oggetto delle informazioni e dichiarazioni rese nell'ambito del procedimento di mediazione costituisce limite oggettivo di ammissibilità della prova testimoniale, che si aggiunge a quelli di cui agli artt. 2721 c.c. e ss.

²⁴ Art. 10 2 d.lgs. n. 28/2010.

²⁵ Al riguardo, l'art. 3 comma 2 d.lgs. n. 28/2010 stabilisce che il regolamento di mediazione, di cui ciascun organismo deve dotarsi, deve prevedere modalità di nomina del mediatore che ne assicurino l'imparzialità oltre che l'idoneità al corretto e sollecito svolgimento dell'incarico.

²⁶ Il cui contenuto è, invece, sostanzialmente riprodotto, per gli arbitri, dall'art. 815 c.p.c.



è fatto divieto di assumere diritti od obblighi connessi, direttamente o indirettamente, con gli affari trattati (salvi, ovviamente, quelli strettamente inerenti alla prestazione dell'opera o del servizio), nonché divieto di percepire compensi direttamente dalle parti²⁷. Ulteriori cause di incompatibilità allo svolgimento dell'incarico da parte del mediatore possono essere previste dal regolamento degli organismi di mediazione, ai quali è demandata anche la disciplina delle conseguenze della sospensione o della cancellazione dell'organismo dal registro sui procedimenti in corso²⁸.

Non è prescritto un preciso onere di astensione del mediatore, ma, qualora sussistano ragioni che possano pregiudicare l'imparzialità nello svolgimento della mediazione, è fatto obbligo al mediatore di dare immediata informazione di tali ragioni all'organismo di mediazione e alle parti stesse²⁹.

Non è prevista una specifica procedura di ricsuzione, ma, qualora una parte lo richieda, il responsabile dell'organismo provvede alla sostituzione del mediatore; qualora il procedimento di mediazione sia affidato al responsabile dell'organismo, la sostituzione deve essere disposta da un organo diverso, (che deve essere individuato e) la cui competenza deve essere espressamente (pre)stabilita nel regolamento dell'organismo³⁰.

La legge non indica espressamente le ragioni che possano dar luogo alla sostituzione, ma la previsione della norma nell'ambito dell'articolo che disciplina (prevalentemente) l'imparzialità del mediatore induce a ritenere che le ragioni che possano determinare la sostituzione del mediatore (art. 14, comma 3) siano proprio le ragioni che possano pregiudicare l'imparzialità del mediatore (art. 14, comma 2, lett. *b*). Milita nel senso dell'interpretazione proposta anche l'espressa previsione dell'attribuzione del potere di sostituzione del mediatore ad un diverso organo, nell'ipotesi in cui la mediazione sia stata assegnata al responsabile dell'organismo, al quale detto potere è attribuito in via ordinaria.

Per maggiore chiarezza, oltre che per rendere evidente l'impegno (ed anche per garantire le parti in ipotesi di violazione) l'obbligo di imparzialità deve essere assunto dal

²⁷ Art. 14 comma 1 d.lgs. n. 28/2010.

²⁸ Art. 7, comma 3 d.m. n. 180/2010, nel quale deve, tuttavia, rilevarsi che il riferimento è all'organismo, invece che al mediatore,

²⁹ Art. 14 comma 2 lett. *b*) d.lgs. n. 28/2010.

³⁰ Art. 14 comma 3 d.lgs. n. 28/2010.



mediatore espressamente e per iscritto, con riferimento a ciascuna vertenza che gli sia sottoposta, mediante sottoscrizione, per ciascun affare per il quale sia stato designato, di una dichiarazione di imparzialità, secondo formule che il regolamento di procedura deve prevedere³¹.

Quanto, infine, all'ultimo dei principi generali del procedimento di mediazione sopra individuati, la libertà delle forme, lo stesso trova espresso riscontro nell'art. 3, comma 3, del d.lgs. n. 28/2010, a tenore del quale «*Gli atti del procedimento di mediazione non sono soggetti a formalità*». Inoltre, l'art. 8, comma 2, conferma che «*Il procedimento si svolge senza formalità presso la sede dell'organismo di mediazione o nel luogo indicato dal regolamento di procedura dell'organismo*».

Un procedimento di negoziazione degli interessi, quale quello in cui consiste il procedimento di mediazione, non può, invero, non essere ispirato al più ampio principio di libertà delle forme. L'affermazione di tale principio nel decreto legislativo in esame non può, pertanto, che essere condiviso. Ma la previsione dell'assenza di formalità per lo svolgimento della procedura, in sé perfettamente conforme alla natura della mediazione, oltre che in linea con il generale principio di libertà delle forme che caratterizza il relativo procedimento, deve tuttavia essere coordinata con la contestuale previsione del nucleo minimo di norme procedurali disposte dalla stessa legge e con le forme che siano eventualmente prescritte dai regolamenti dei singoli organismi.

Considerata la necessaria osservanza delle norme procedurali di matrice legale e regolamentare sembrerebbe, allora, che il principio debba essere correttamente inteso quale mera esclusione dell'applicazione delle formalità proprie del giudizio ordinario (ad esempio, non necessità della notifica degli atti a mezzo ufficiale giudiziario³²).

3. La disciplina legale del procedimento di mediazione, rinvenibile nel decreto legislativo n. 28/2010 e nel relativo decreto attuativo del Ministro della Giustizia n. 180/2010

³¹ Art. 14 comma 2 lett. a) d.lgs. n. 28/2010.

³² Con particolare riferimento all'utilizzabilità delle modalità telematiche, in generale ammesse dall'art. 3 comma 4 d.lgs. n. 28/2010, l'art. 7 comma 4 d.m. 180/2010 ha espressamente escluso che il regolamento possa prevedere che l'accesso alle procedure di mediazione si svolga esclusivamente attraverso modalità telematiche. In ogni caso, nell'ipotesi di svolgimento della mediazione secondo modalità telematiche, è evidente la necessità del rispetto della normativa per la validità legale dei documenti informatici.



contiene prevalentemente disposizioni relative alla fase introduttiva del procedimento ed alle modalità di formazione dell'atto conclusivo del procedimento, nelle diverse tipologie di esito.

3.1 L'art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 28/2010, stabilisce che il procedimento di mediazione ha inizio con il deposito di un'istanza presso un organismo di mediazione.

La scelta legislativa è molto precisa nel senso di configurare l'avvio del procedimento di mediazione sulla falsariga dell'avvio del processo giudiziario con ricorso (al quale segue la fissazione dell'udienza da parte del giudice adito) e, pertanto, sembrerebbero escluse modalità diverse di avvio del procedimento (quale avrebbe potuto essere, ad esempio, la comunicazione/notificazione dell'istanza alla controparte³³). Per quanto sopra esposto in merito ai rapporti tra disciplina legale e regolamentare del procedimento di mediazione, si ritiene, quindi, che i regolamenti degli organismi di mediazione debbano prevedere il deposito dell'istanza di mediazione quale modalità di avvio della procedura e predisporre, in conseguenza, strutture organizzative idonee alla ricezione ed alla registrazione delle istanze.

Una volta ricevuta l'istanza, il responsabile dell'organismo designa il mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre quindici giorni dal deposito della domanda³⁴; quindi, la domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte, anche a cura della parte istante, con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione³⁵.

Circa l'individuazione del mediatore, la disciplina del decreto legislativo, prevedendo espressamente la designazione del mediatore da parte del responsabile dell'organismo,

³³ Ovvero, è esclusa l'utilizzabilità del modello di avvio del giudizio ordinario di cognizione.

³⁴ Art. 8, comma 2, d.lgs. n. 28/2010. In generale, il responsabile dell'organismo assume, nell'ambito della disciplina legale del procedimento di mediazione, un ruolo particolarmente significativo di direzione del procedimento. Il decreto attuativo del Ministro della Giustizia n. 180/2010 individua, poi, una quantità di obblighi ulteriori dell'organismo, sia per quanto riguarda gli aspetti organizzativi relativi alla gestione del registro degli organismi di mediazione, sia per quanto più specificamente attiene all'organizzazione e gestione dei procedimenti di mediazione. Sotto il primo profilo, il responsabile dell'organismo gestisce la fase di iscrizione nel registro degli organismi di mediazione, in relazione alla quale è tenuto ad approvare il modello di domanda di iscrizione (art. 5, comma 1, d.m. n. 180/2010) e a verificare la sussistenza dei requisiti per l'iscrizione nel registro (art. 4 d.m. n. 180/2020). Il responsabile dell'organismo è tenuto ad aggiornare continuamente i dati relativi all'iscrizione nel registro, anche con modalità informatiche che assicurino la rapida elaborazione dei dati (art. 3, commi 4 e 5 d.m. n. 180/2010); in relazione a tale obbligo, da un lato, gli è attribuito un ampio potere di controllo, funzionale anche ai fini dell'eventuale sospensione o cancellazione dell'organismo dal registro (art. 10 d.m. n. 180/2010); dall'altro lato, è fatto obbligo a ciascun organismo di comunicare al responsabile tutte le vicende modificative dei requisiti, dei dati e degli elenchi comunicati ai fini dell'iscrizione, compreso l'adempimento dell'obbligo di aggiornamento dei mediatori (art. 8 d.m. n. 180/2010).

³⁵ Art. 8, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.



sembrerebbe escludere modalità diverse di scelta del mediatore. Meccanismi di scelta del mediatore diversi dalla designazione da parte del responsabile dell'organismo (quale, ad esempio, la possibilità delle parti di scegliere il mediatore nell'ambito di una lista predisposta dall'organismo, ovvero nell'ambito di appositi albi), avrebbero potuto, quindi, ritenersi illegittimi. In tal caso, sarebbe stato lecito sollevare fondati dubbi in merito alla legittimità della previsione normativa, la quale, espropriando - di fatto - le parti del potere di scegliere il soggetto al quale affidare la mediazione della propria controversia, avrebbe finito col determinare una notevole limitazione dell'autonomia privata, di cui gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie (inclusa la mediazione) costituiscono manifestazione. Molto opportunamente, il decreto ministeriale di attuazione del decreto legislativo n. 28/2010 ha, quindi, previsto che il regolamento di procedura degli organismi preveda in ogni caso la possibilità della comune indicazione del mediatore ad opera delle parti, ai fini di una sua eventuale designazione da parte dell'organismo³⁶: in questo modo - sebbene formalmente la designazione resti un atto dell'organismo - è stato restituito alle parti il potere di individuazione del soggetto al quale affidare l'esperimento della mediazione.

Con specifico riferimento alla comunicazione dell'avvenuto deposito dell'istanza di mediazione e della relativa fissazione del primo incontro da parte del responsabile dell'organismo, la legge prevede che la stessa possa essere effettuata indifferentemente dall'organismo o dalla parte istante; di conseguenza, i regolamenti possono liberamente prevedere l'attribuzione dell'onere della comunicazione all'uno e/o all'altra.

Quanto alle modalità di tale comunicazione, la legge nulla dispone, se non che si debba trattare di modalità idonee ad assicurarne la ricezione da parte del destinatario. In particolare, non trattandosi di atto processuale, deve escludersi il richiamo agli artt. 136 ss. c.p.c. e le modalità concrete della comunicazione dell'istanza - stabilite nei singoli regolamenti - potranno essere le più varie, in ossequio al generale principio di libertà delle forme, proprio del procedimento di mediazione, purché rispondano all'unico requisito prescritto dell'idoneità ad assicurare la ricezione degli atti³⁷.

³⁶ Art. 7, comma 5, let. c) d.m. 180/2010.

³⁷ In proposito, si è precisato che la notificazione è senz'altro una forma idonea, così come la raccomandata con avviso di ricevimento e la consegna a mani del destinatario (G. FINOCCHIARO, *Mediazione - Procedimento e conclusioni*, in *Guida al diritto*, n. 12, 20.3.2010, pp. 65-66).



Nelle ipotesi in cui, relativamente alla stessa controversia³⁸, siano presentate più domande di mediazione si prevede la prevalenza del regolamento dell'organismo presso il quale è stata presentata la prima domanda³⁹.

Il riferimento alla *presentazione* della domanda di mediazione contenuto nell'art. 4 comma 1, unitamente alla previsione - contenuta nella stessa disposizione, immediatamente prima - che la domanda di mediazione è presentata mediante *deposito* di un'istanza presso un organismo, lascerebbe intendere che il deposito di detta domanda determini la pendenza del procedimento di mediazione. Invece, subito dopo - e sempre nella medesima disposizione normativa - si stabilisce che per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla ricezione della comunicazione. Tale comunicazione non può che essere - in mancanza di altri riferimenti nel testo normativo - se non la comunicazione della domanda e della relativa fissazione del primo incontro da parte del responsabile dell'organismo, di cui al successivo art. 8, comma 1.

Si pone, allora, un problema circa la precisa individuazione del momento in cui si determina la pendenza del procedimento di mediazione, rilevante non solo ai fini dell'individuazione del regolamento di procedura applicabile, ma anche ai fini della produzione degli effetti che la legge collega alla domanda di mediazione. Alla *comunicazione della domanda alle altre parti* il decreto legislativo attribuisce, invero, la produzione di singoli effetti sostanziali e processuali propri della domanda giudiziale: precisamente (i) degli stessi effetti sulla prescrizione dei diritti controversi che determina la proposizione della domanda giudiziale e (ii) dell'impedimento della decadenza (sia pure per una volta sola⁴⁰, e con la precisazione che, se il

³⁸ Il riferimento alla contemporanea presentazione di più domande relative alla "stessa controversia" rievoca la precisa nozione di identità di causa, elaborata ai fini del processo civile di cognizione dalla dottrina processualciviltistica (ovvero, identità di tutti gli elementi di identificazione della domanda: soggetti, *petitum* e *causa petendi*). L'applicazione di tale nozione al procedimento di mediazione dovrebbe, peraltro, essere elastica, atteso il principio di deformalizzazione, che dovrebbe caratterizzare la procedura di mediazione.

³⁹ Art. 4 comma 1 d.lgs. n. 28/2010. Per rilievi problematici circa l'applicazione del criterio di prevenzione nell'ipotesi in cui il primo procedimento di mediazione sia stato iniziato da una parte in condizioni che giustificano la mancata partecipazione dell'altra parte, v. M. BOVE, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in www.judicium.it, pp. 8 ss.

⁴⁰ Art. 5, comma 6, d.lgs. n. 28/2010. Si è rilevato che tale previsione normativa risponde alla necessità di eliminare alcuni inconvenienti derivanti dalla disciplina generale dei rapporti giuridici privati. In mancanza di indicazioni specifiche nella legge delega, la puntuale individuazione degli effetti dell'istanza di mediazione possono essere ricavati dalla disciplina del processo societario, giusto l'espresso rinvio della legge delega, ma con un correttivo, che recepisce le critiche che erano state mosse alla disciplina propria della materia societaria. Il d.lgs. n. 5/2003 prevedeva, invero, al riguardo: 1) l'effetto interruttivo e sospensivo del termine di prescrizione del diritto



tentativo di mediazione fallisce, la domanda giudiziale deve essere proposta nel (nuovo) termine di decadenza, di estensione pari a quello originario, decorrente a far data dal deposito, presso la segreteria dell'organismo, del verbale di mancata conciliazione⁴¹).

Il prevalente riferimento della legge alla *comunicazione* della domanda sembrerebbe far propendere per l'individuazione del momento in cui si determina la pendenza del procedimento di mediazione nel momento in cui si compie tale comunicazione, sia ai fini dell'individuazione del regolamento di procedura applicabile, in caso di più istanze di mediazione, formulate con riferimento alla medesima controversia, sia ai fini della produzione degli effetti della domanda di mediazione⁴².

Tuttavia, se, da un lato, tale soluzione contrasta con la regola, recentemente codificata, ma da tempo riconosciuta in giurisprudenza, per la quale la pendenza dei processi che si introducono con ricorso si individua con riferimento alla data del deposito dello stesso⁴³, dall'altro lato, il riferimento alle *altre parti* non consente di stabilire univocamente, se i detti effetti sostanziali e processuali della domanda di mediazione si producano solo in seguito alla comunicazione a tutte le parti o alla prima soltanto di esse⁴⁴.

Quanto, alla previsione per la quale l'organismo fissa in fase di avvio del procedimento di mediazione il primo incontro tra le parti, nell'incertezza circa la necessità della personale presenza delle stesse (che sarebbe impossibile, ad esempio, nei casi di procedimenti di mediazione in forma telematica), l'art. 7 comma 2, lett. a) del d.m. 180/2010 ha demandato ai

controverso (con la conseguenza che, in caso di fallimento del tentativo il termine di prescrizione doveva cominciare a decorrere per intero dal momento del deposito del verbale di mancata conciliazione presso la segreteria dell'organismo; 2) l'interruzione e la sospensione del termine di decadenza, con esclusione, quindi, dell'applicabilità dell'art. 2967 c.c., ai sensi del quale, se la decadenza è impedita, valgono le norme sulla prescrizione. La disciplina di cui al d.lgs. n. 28/2010, invece, prevede che: 1) la domanda di mediazione produce sulla prescrizione i medesimi effetti della domanda giudiziale (ovvero, interruzione e sospensione del relativo termine); 2) l'*impedimento* della decadenza per una volta sola: in realtà, producendosi l'effetto interruttivo e sospensivo una volta sola, non si ha un vero impedimento della decadenza, ma solo un effetto interruttivo e sospensivo, allo scopo di evitare il rischio, paventato in dottrina con riferimento alla normativa in materia societaria, che si mantenga aperto all'infinito un termine di decadenza, reiterando domande di mediazione (così M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in www.judicium.it, p. 10).

⁴¹ Art. 5, comma 6, d.lgs. n. 28/2010.

⁴² Nello stesso senso L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in www.judicium.it, p. 7.

⁴³ Così, L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in www.judicium.it, p. 7.

⁴⁴ Inoltre, la previsione per la quale la comunicazione della domanda può essere compiuta sia dall'organismo, sia dalla parte istante, potrebbe generare talune problematiche in punto di responsabilità, nelle ipotesi nelle quali, ad esempio, a livello regolamentare, si preveda che la comunicazione spetti all'organismo (laddove si ritenga che una simile previsione regolamentare escluda l'operatività della regola legale, che attribuisce anche alla parte istante la possibilità di compiere la detta comunicazione).



singoli regolamenti di procedura degli organismi di mediazione di stabilire se il mediatore debba in ogni caso convocare personalmente le parti.

L'inizio del procedimento di mediazione può, in ogni caso, avvenire solo dopo la sottoscrizione da parte del mediatore designato della dichiarazione di imparzialità di cui all'art. 14, comma 2, lett. a) del decreto legislativo ⁴⁵.

3.2 L'art. 6 del d.lgs. n. 28/2010 fissa in quattro mesi la durata massima del procedimento di mediazione, stabilendo che il *dies a quo* di detto termine coincide con la data del deposito della domanda di mediazione presso l'organismo ovvero (nelle ipotesi regolate dall'art. 5, commi 1 e 2 del d.lgs. 28/2010, nelle quali si dia luogo alla mediazione in corso di causa, per non essere stata esperita preventivamente alla proposizione della domanda giudiziale, o per invito del giudice) con la data fissata dal giudice per il deposito della stessa. Il decorso di detto termine non è soggetto a sospensione feriale.

La fissazione di un termine massimo di durata del procedimento di mediazione ⁴⁶, in sé incomprensibile, acquista un preciso significato alla luce della prescrizione, di cui all'art. 5 d.lgs. n. 28/2010, della mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Come è noto, infatti, la previsione di limiti all'accesso alla giustizia ordinaria, volto ad evitare l'abuso o l'eccesso della giurisdizione, in vista di un interesse nella stessa funzione giurisdizionale, costituisce la *ratio* della c.d. giurisdizione condizionata ed applicazione del generale principio di economia processuale.

Pertanto, il limite all'accesso non può tradursi in una secca subordinazione dell'azione al previo esperimento di una tutela giurisdizionale, né, tanto meno, può determinare la sostanziale preclusione *sine die* dell'accesso alla giurisdizione. In tal senso si è già più volte espressa la Corte Costituzionale ⁴⁷ e l'indirizzo è stato ribadito, da ultimo, dalla stessa Corte, con la sentenza n. 82 del 4.3.1992, con la quale è stata rigettata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5

⁴⁵ Così dispone l'art. 7, comma 5, lett. a) del d.m. n. 180/2010.

⁴⁶ Previsione conforme ad altre già conosciute, quale quella di cui all'art. 410 *bis* c.p.c. che limita a sessanta giorni il termine massimo per lo svolgimento del tentativo obbligatorio di conciliazione, che deve precedere la proposizione della domanda giudiziale nelle cause di cui all'art. 409 c.p.c.

⁴⁷ Corte cost. n. 57 del 23.3.1972, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 10 r.d. 8.1.1931 n. 148, nella parte in cui sanciva l'improponibilità, e non l'improcedibilità dell'azione giudiziaria, in caso di mancata o tardiva presentazione del reclamo gerarchico per le controversie di lavoro aventi ad oggetto diritti patrimoniali. Nello stesso senso, Corte Cost. n. 93 del 12.7.1979.



L. 11.5.1990 n. 108, nella parte in cui prevede il tentativo obbligatorio di conciliazione, secondo le procedure stabilite dai contratti collettivi ovvero dagli artt. 410 e 411 c.p.c., come condizione di procedibilità dell'azione.

Allora, il condizionamento dell'azione allo svolgimento del preventivo procedimento di mediazione, è legittimo in quanto la sua eventuale omissione non comporta l'improponibilità della domanda giudiziale, ma la mera improcedibilità. Per di più, l'essere stato espressamente prestabilito per legge un limite massimo di durata di tale procedimento rende detto condizionamento – nell'ottica del bilanciamento dei contrapposti interessi connessi al principio del libero accesso alla giustizia e della realizzazione del principio di economia processuale, mediante la limitazione dell'abuso e dell'eccesso nella tutela giurisdizionale - ancora più accettabile, configurando l'espresso riferimento temporale, che, con riferimento al tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di lavoro è stato possibile individuare solo in via interpretativa.

La previsione di un termine massimo di durata del procedimento di mediazione appare idonea ad evitare che tale incombente si risolva in un mero differimento dell'avvio del processo giudiziale.

Invero, con riferimento al tentativo obbligatorio di conciliazione nelle cause di lavoro, la citata sentenza della Corte costituzionale n. 82 del 4.3.1992⁴⁸, ha superato l'ostacolo della mancata espressa previsione della durata massima del tentativo di conciliazione, rilevando che nella disciplina sottoposta al suo esame è prevista la possibilità di dare luogo al giudizio, decorso il termine di sessanta giorni dalla presentazione della richiesta. Di conseguenza, la condizione di procedibilità si è, di fatto, tradotta nella presentazione della richiesta della conciliazione e dal decorso di sessanta giorni da tale richiesta. Indipendentemente dalle sorti delle attività di conciliazione avviate con detta richiesta.

Nel caso della mediazione, la previsione che il procedimento debba svolgersi e concludersi entro il termine legale prestabilito implicherà, come risultato minimo, che le parti avranno modo di rivelare le proprie ragioni, ed incontrarsi in una sede che si auspica idonea ad instaurare un dialogo tra le stesse, prima del giudizio. Pur essendo evidente che il concreto

⁴⁸ In *Foro It.* 1992, I, c. 1023, con nota di G. COSTANTINO.



successo di tale fase dipenderà in gran parte dalle capacità e dalla preparazione di tutti i soggetti del procedimento di mediazione (e, in determinante misura) dalle parti.

3.3 L'istanza di mediazione deve contenere l'indicazione dell'organismo, delle parti ed esplicitare l'oggetto e le ragioni della pretesa⁴⁹. La legge disciplina, quindi, il contenuto dell'istanza di mediazione sulla falsariga di quanto stabilito dal codice di procedura civile per la domanda giudiziale.

L'utilizzazione delle categorie proprie del processo nell'individuazione della domanda di mediazione si giustifica in prospettiva della possibile proposizione dell'azione ordinaria, rispetto alla quale lo svolgimento del procedimento di mediazione costituisce condizione di procedibilità: l'individuazione nell'istanza della controversia oggetto del procedimento di mediazione, mediante il ricorso agli elementi identificativi propri della domanda giudiziale⁵⁰, consente, invero, al giudice di verificare l'avvenuto rispetto dell'obbligo di legge.

L'indicazione dell'organismo, d'altro canto, non solo consente al destinatario di conoscere il soggetto dinanzi al quale si svolgerà il procedimento di mediazione, ma anche di individuare il regolamento di procedura applicabile. Ciò che è indispensabile, essendo la mediazione amministrata come procedimento amministrato.

Peraltro, attesa la natura non giudiziale della mediazione, le nozioni richiamate nella determinazione legislativa del contenuto dell'istanza di mediazione, proprie del processo giudiziale, possono essere intese in modo più elastico.

Così, se è vero che l'oggetto della controversia sulla quale si provoca l'intervento del mediatore deve essere individuato, è da escludere che l'eventuale mancanza di uno degli elementi indicati possa determinare la nullità dell'atto e deve ritenersi senz'altro consentita l'integrazione successiva.

3.4. L'art. 8, comma 2, del d.lgs. n. 28/2010 stabilisce che il procedimento di mediazione si svolge senza formalità presso la sede dell'organismo di mediazione o nel luogo indicato nel regolamento di procedura dell'organismo. L'art. 7 comma 1 del d. m. n. 180/2010

⁴⁹ Art. 4, comma 2 d.lgs. n. 28/2010.

⁵⁰ Le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa, oggetto dell'istanza di mediazione, corrispondono, invero, alle parti, al *petitum* e alla *causa petendi* della domanda giudiziale.



dispone 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.

Rispetto alla previsione originaria contenuta nel decreto legislativo, il decreto ministeriale di attuazione ha, quindi, previsto la necessità che i regolamenti di procedura, adottati dai singoli organismi, prevedano quale sia il luogo nel quale la mediazione debba svolgersi, ma ha anche opportunamente introdotto la possibilità della deroga (sia pure con il consenso di tutti i soggetti coinvolti nel procedimento di mediazione), rendendo, così, più flessibile la disciplina.

Il riferimento al luogo in cui ha sede l'organismo prescelto per la mediazione è coerente con l'attribuzione, di cui al successivo art. 12 del d.lgs. n. 28/2010, della competenza in merito all'omologazione del verbale di conciliazione al presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo.

Inoltre, - sia pure in assenza di una puntuale disposizione normativa - si può pensare che la fissazione legale della sede del procedimento possa assumere rilevanza ai fini dell'eventuale impugnazione degli atti del procedimento di mediazione (nelle forme e nei limiti propri degli atti negoziali privati) oltre che, ovviamente, per l'individuazione del luogo presso il quale depositare, o al quale inviare gli atti di parte.

Il riferimento alla sede del procedimento di mediazione non assume, invece, rilievo ai fini della competenza territoriale, che è stata volutamente ignorata dal legislatore ⁵¹, in considerazione della base volontaria dell'istituto ⁵².

3.5. Il decreto legislativo n. 28/2010 prevede la possibilità di dare luogo a verifiche in ordine ai profili tecnici delle controversie oggetto del procedimento di mediazione, attraverso la nomina di mediatori ausiliari, alla quale può dar luogo l'organismo di mediazione, quando le

⁵¹ Gli atti parlamentari relativi all'approvazione del d.lgs. n. 28/2010 si soffermano in modo particolare sulla questione dell'applicabilità dei criteri di competenza territoriale al procedimento di mediazione, in favore della quale sono stati spesi argomenti vari. Si rileva, peraltro, che detta applicazione avrebbe comportato un ulteriore, se non un eccessivo irrigidimento del procedimento di mediazione, incompatibile con la natura non giudiziale dello stesso.

⁵² G. FINOCCHIARO, *Mediazione - Procedimento e conclusioni*, in *Guida al diritto*, n. 12, 20.3.2010, p. 64.



questioni trattate richiedano l'impiego di specifiche competenze tecniche⁵³; ovvero attraverso l'incarico che il mediatore designato per la negoziazione della controversia può assegnare direttamente ad uno degli esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali. In tal caso, il compenso dovuto agli esperti incaricati dal mediatore (compenso il cui costo, è ovvio, dovrà essere sostenuto dalle parti) è liquidato dal mediatore in base a specifiche "modalità" che debbono essere prestabilite nel regolamento dell'organismo⁵⁴.

Si rileva che il riferimento alle "modalità" di calcolo e liquidazione dei compensi spettanti agli esperti non implica, necessariamente, la nozione di "criterio" di calcolo; tuttavia, è di tutta evidenza l'opportunità che la liquidazione dei compensi al mediatore sia quanto più possibile predeterminata nei regolamenti degli organismi: in mancanza dei poteri autoritativi al mediatore, le parti ben potrebbero, invero, rifiutare la liquidazione dei compensi da quegli effettuata; mentre laddove tale liquidazione sia compiuta attraverso l'impiego di precisi criteri di calcolo prestabiliti nel regolamento prescelto dalle parti, l'accettazione del regolamento implicherebbe anche l'accettazione del compenso liquidato dal mediatore in attuazione di detti criteri

La scelta legislativa di dare luogo a tali verifiche tecniche appare del tutto condivisibile e senz'altro conforme alla natura di procedimento per la negoziazione degli interessi, propria della mediazione.

Invero, pur dovendo escludersi, per la mediazione, l'esperibilità di mezzi probatori in senso tecnico, essendo esclusa in tale procedura ogni finalità di accertamento⁵⁵, una verifica dei punti di fatto della controversia, specialmente se relativa ad elementi tecnici, non può essere radicalmente esclusa, essendo funzionale alla compiuta comprensione della vicenda da parte del mediatore.

Le conoscenze tecniche, acquisite dal mediatore attraverso l'attività dell'esperto, non sono funzionali all'accertamento del rapporto giuridico, ma alla compiuta comprensione dei

⁵³ Art. 8, comma 1, d.lgs. n. 28/2010, che si riferisce all'*organismo*, ma nel contesto di una disposizione riferita al *responsabile dell'organismo*

⁵⁴ Art. 8, comma 4, d.lgs. n. 28/2010.

⁵⁵ L'affermazione dell'estraneità alla mediazione ogni attività avente finalità istruttoria (G. FINOCCHIARO, *Mediazione - Procedimento e conclusioni*, in *Guida al diritto*, n. 12, 20.3.2010, p. 67) sembra dover essere intesa nel senso precisato nel testo.



punti controversi, che è indispensabile alla configurazione della soluzione compositiva più idonea al caso di specie.

La verifica dei profili tecnici della controversia, che la legge consente nel procedimento di mediazione, non costituisce, allora, accertamento probatorio dei fatti.

Opportunamente, del resto, si è previsto che detta attività di verifica degli elementi tecnici della controversia sia demandata a soggetti, che assumono la veste di mediatori ausiliari: i quali intervengono per agevolare l'attività di negoziazione del mediatore, procedendo (non ad accertamento probatorio, ma) ad una fissazione dei fatti, che saranno tenuti in considerazione dal mediatore (senza, peraltro, esserne vincolato) nell'espletamento della sua attività.

D'altra parte, da un lato, neppure le consulenze tecniche disposte dal giudice nel processo ordinario hanno valore di prova, mentre, dall'altro lato, si rileva che, nell'ambito degli strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie che hanno maggiore successo nell'esperienza americana, è compreso il *Neutral Fact Finding*, il quale consiste, appunto, nell'accertamento e nella fissazione, da parte del terzo, degli elementi di fatto di una determinata controversia (per di più, non necessariamente di natura tecnica), senza peraltro esprimere una valutazione giuridica dei fatti raccolti⁵⁶; infine, l'accertamento tecnico con funzione conciliativa, indipendente dall'esistenza di un processo di merito, è un istituto che già appartiene all'ordinamento giuridico italiano. Invero, l'art. 696 *bis* c.p.c.⁵⁷ disciplina, appunto, la consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite. Tale norma prevede la possibilità per le parti di chiedere l'espletamento di una consulenza tecnica indipendentemente dall'instaurazione di un processo di merito, per accertare e determinare i crediti derivanti da illeciti contrattuali ed extracontrattuali; nel corso dell'espletamento dell'incarico, è previsto un tentativo di conciliazione del consulente: se le parti si conciliano, si forma processo verbale, che è esente da imposta di registro, può conseguire l'efficacia di titolo esecutivo e costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale; se le parti non si conciliano, ciascuna di esse può chiedere che la relazione del consulente sia acquisita agli atti del successivo giudizio di merito⁵⁸. Detto

⁵⁶ G. CABRAS, D. CHIANESE, E. MERLINO, D. NOVIELLO, *Mediazione e conciliazione per le imprese - Sistemi alternativi per la risoluzione delle controversie nel diritto italiano e comunitario*, Torino, 2003, p. 76.

⁵⁷ Articolo inserito dall'art. 2 comma 3 lett. *e-bis*) n. 6 del d.l. 14 marzo 2005 n. 35 (convertito con modificazioni nella l. 14 maggio 2005 n. 80).

⁵⁸ Per un'attenta disamina dell'istituto e delle questioni problematiche ad esso relative, M. SCALAMOGNA, *Alcune questioni controverse in tema di consulenza tecnica preventiva con funzione conciliativa*, in www.judicium.it, 2009.



strumento può, insomma, essere iscritto a pieno titolo nella categoria dei mezzi alternativi per la risoluzione delle controversie.

3.6. Indirettamente, dalla disciplina legale del dovere di riservatezza imposto al mediatore di cui all'art. 9, comma 2, d.lgs. n. 28/2010 (in relazione al quale si dispone che il mediatore è tenuto a tenere riservate le dichiarazioni rese e informazioni acquisite dalle parti nel corso delle *sessioni separate*) si desume che l'attività di mediazione può comprendere l'audizione separata delle parti.

Invero, essendo la mediazione un procedimento (non un processo)⁵⁹, non è indispensabile il rispetto del contraddittorio. Anzi, l'audizione separata delle parti può rivelarsi (e tale si è rilevata nell'esperienza concreta delle ADR) come la “carta in più”, “l'arma vincente” della mediazione rispetto al giudizio⁶⁰.

Infatti, trovandosi nella condizione di poter liberamente manifestare le proprie ragioni, senza il timore che quanto si dichiara o si afferma possa essere utilizzato dall'altra parte contro di sé, ciascuna parte può esporre compiutamente la propria posizione e ciò che si attende dalla definizione della vicenda che la vede contrapposta all'altro soggetto. Proprio in tali sessioni separate possono emergere gli interessi concreti, alla luce dei quali il mediatore può individuare la soluzione conveniente ed opportuna della controversia.

L'audizione separata delle parti deve, peraltro essere funzionale esclusivamente alla fruttuosità della mediazione e non deve rischiare di compromettere l'imparzialità del mediatore. Pertanto, si è precisato, col decreto ministeriale di attuazione che non sono consentite comunicazioni riservate delle parti al solo mediatore, ad eccezione di quelle effettuate in occasione delle sessioni separate ⁶¹.

⁵⁹ Ancora una volta, se si vuole, D. NOVIELLO, *Considerazioni in merito al rapporto tra mediazione e processo alla luce del decreto legislativo n. 28/2010*, in questa Rivista, p. 1 ss.

⁶⁰ Sull'importanza strategica delle sessioni separate (*caucuses* secondo la terminologia internazionale), si veda M. CICOGLIA, in M. CICOGLIA, G. DI RAGO, G.N. GIUDICE, *Manuale delle tecniche di mediazione nella nuova conciliazione. Il ruolo dell'avvocato*, Rimini, 2010, p. 151 e pp. 167 ss., dove anche una illustrazione delle modalità di svolgimento e delle modalità di conduzione delle stesse da parte del mediatore.

⁶¹ Art. 7, comma 7, d.m. 180/2010.



3.7. L'esito del procedimento di mediazione può essere positivo o negativo. Nel primo caso, il procedimento si conclude con la redazione di un verbale di conciliazione, che raccoglie l'accordo conciliativo: benché redatto dal mediatore, il verbale di conciliazione è direttamente imputabile alle parti, quale atto dalle stesse voluto, contenente il nuovo regolamento dei reciproci interessi, che determina contestualmente l'eliminazione della controversia.

La conciliazione può, quindi, essere qualificata senz'altro come un atto contrattuale, contenente la nuova regolamentazione dei rapporti sostanziali tra le parti.

La conciliazione sembra, peraltro, potersi configurare quale atto contrattuale anche nelle ipotesi in cui il mediatore abbia svolto un ruolo attivo nella formazione dell'accordo conciliativo, formulando una proposta. In tali casi, infatti, le parti possono accettare o rifiutare la proposta del mediatore (salve le possibili conseguenze della mancata accettazione nel successivo giudizio in ordine alle spese di cui all'art. 13 del d.lgs. n. 28/2010⁶²). L'adesione alla proposta del mediatore può, invero, configurarsi quale manifestazione della concorde volontà, che determina la conclusione del contratto, sia pure in relazione al contenuto (oggettivamente) predisposto dal terzo.

⁶² In un'ottica deflattiva dei ruoli del processo civile, il Legislatore ha introdotto regole speciali in ordine al regime delle spese processuali, che si aggiungono a quelle di cui agli artt. 92 e 96 c.p.c., con specifico riferimento alle ipotesi in cui, nell'ambito del procedimento di mediazione che abbia preceduto il giudizio, il mediatore, di propria iniziativa o su richiesta delle parti, abbia formulato una proposta di conciliazione (e questa non sia stata accettata). Precisamente, si prevede che quando il provvedimento di merito che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formazione della stessa e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Con la precisazione che nella nozione di spese rientrano anche il compenso del mediatore e dell'esperto incaricato ai sensi dell'art. 8 comma 4. Quando il contenuto della decisione corrisponde solo in parte al contenuto della proposta, il giudice può escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'art. 8 comma 4, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, che debbono essere, tuttavia, esplicitate nella motivazione. Tale disposizione è stata ritenuta: a) contrastante con l'art. 24 Cost.; b) contrastante con l'art. 91 c.p.c., come novellato dalla l. n. 69/2009, c) sospetta di incostituzionalità, in quanto, addossando di fatto a chi vince, puramente e semplicemente, le spese del giudizio (essendo la proposta del mediatore formulata prima del processo, l'applicazione dell'art. 13 d.lgs. n. 28/2010 attribuisce il carico al vincitore delle spese di tutto il giudizio, e non solo di parte delle stesse, come accade nell'ipotesi di cui all'art. 91 c.p.c.) pone una deroga completa al principio di soccombenza stabilito dall'art. 91 c.p.c., che è stato ritenuto coperto da protezione di rango costituzionale (Corte Cost. 31 dicembre 1986 n. 303, in *Foto It.*, 1987, I, 671, con nota adesiva di A. PROTO PISANI) (così G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in www.judicium.it, p. 5).



Nel caso in cui l'accordo conciliativo non sia raggiunto, il procedimento di mediazione si chiude con la redazione, da parte del mediatore, un verbale di mancato raggiungimento dell'accordo conciliativo. In tal caso, si apre la strada del giudizio.

Sul piano procedimentale, il decreto legislativo n. 28/2010 disciplina distintamente (a) l'ipotesi del raggiungimento dell'accordo amichevole, (b) quella del raggiungimento dell'accordo per adesione alla proposta del mediatore e (c) quella del mancato raggiungimento dell'accordo.

Per il primo caso, l'art. 11, comma 1, del d.lgs. n. 28/2010 stabilisce, semplicemente, che il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo; tale verbale viene, quindi, depositato nella segreteria dell'organismo, e le parti che lo richiedono ne possono estrarre copia (art. 11, comma 5, d.lgs. n. 28/2010).

Quando le parti non raggiungano direttamente l'accordo, perché non siano riuscite ad individuare un punto d'incontro dei reciproci interessi, nonostante l'intervento del mediatore, quest'ultimo *può* formulare una proposta di conciliazione, sulla base di quanto appreso nel corso della mediazione in ordine alla controversia. La formulazione della proposta costituisce un obbligo per il mediatore solo quando le parti ne facciano concorde richiesta (in qualunque momento del procedimento); negli altri casi, costituisce una mera possibilità; ma è controverso se il mediatore possa formulare una proposta di conciliazione nelle ipotesi in cui non tutte le parti abbiano partecipato al procedimento di mediazione (in ipotesi, cioè, di "contumacia" di una o alcune delle parti⁶³).

In ogni caso, dal momento che l'art. 13 del d.lgs. n. 28/2010 contempla talune conseguenze sfavorevoli per le parti in sede di liquidazione delle spese del giudizio che segua l'eventuale mancata conciliazione, prima della formulazione della proposta, il mediatore è tenuto ad avvertire le parti della speciale disciplina di cui alla menzionata disposizione.

Si prevede espressamente che la proposta del mediatore, ove formulata, non debba contenere (a meno che non vi consentano entrambe le parti) alcun riferimento alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento⁶⁴.

⁶³ Al riguardo, si è rilevato che in assenza di indicazioni nella formulazione normativa, una proposta del mediatore in tali casi non potrebbe ritenersi preclusa in linea di principio e sarebbe, pertanto, opportuno che una disciplina sia dettata nei regolamenti di procedura degli organismi di mediazione (M. BOVE, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in www.judicium.it, pp. 6 ss.).

⁶⁴ Art. 11, comma 2, d.lgs. n. 28/2010, ultimo periodo.



Tale previsione si spiega agevolmente con la considerazione che, non essendo le parti obbligate ad accettare la proposta formulata dal mediatore, resta aperta, per l'ipotesi che la proposta non sia accettata, la via del giudizio; nel quale (come si è già visto esaminando gli oneri di riservatezza imposti al mediatore) non possono avere accesso gli elementi acquisiti nel procedimento di mediazione, a meno che le stesse non lo consentano.

La formulazione della proposta costituisce nulla più che la prospettazione del possibile contenuto dell'accordo conciliativo⁶⁵: né ha, di per sé, alcun valore imperativo (per l'assenza nel mediatore di poteri autoritativi), né le parti sono obbligate ad accettarla. Il perfezionamento dell'accordo conciliativo richiede, invero, la manifestazione del libero consenso di entrambe le parti, per la quale sono, tuttavia, prescritte forme particolari: la proposta del mediatore deve essere comunicata per iscritto alle parti, affinché, nel termine di sette giorni le stesse facciano pervenire al mediatore, sempre per iscritto, il proprio consenso o il rifiuto della proposta. Qualora nel termine (il cui *dies a quo* deve intendersi, pur in mancanza di una espressa previsione normativa, la data della ricezione della comunicazione della proposta del mediatore⁶⁶) pervenga al mediatore il consenso di entrambe le parti, l'accordo si intende concluso; preclude, invece, il perfezionamento dell'accordo conciliativo non solo la ricezione nel detto termine, da parte del mediatore, del rifiuto delle parti, ma anche la mancanza di risposta delle parti nel termine, essendo espressamente attribuito dalla legge alla mancata risposta il significato di rifiuto⁶⁷.

Sebbene non sia espressamente precisato, deve ritenersi che anche il rifiuto o la mancata risposta (che equivale a rifiuto) di una parte sola precluda il perfezionamento dell'accordo. Invero, le descritte modalità di formazione della conciliazione sulla proposta del mediatore sono configurate sullo schema della formazione del contratto per adesione, con la differenza che al contratto del predisponente si sostituisce la proposta del mediatore e all'adesione della parte si sostituisce l'accettazione di entrambe le parti: con la precisazione che nella formazione dell'accordo conciliativo non si ha un vero scambio di proposta ed

⁶⁵ Se sulla base di una valutazione esclusivamente basata sugli interessi delle parti, ovvero sulla base di una valutazione delle posizioni giuridiche delle stesse, è questione diversa e delicata.

⁶⁶ Essendo, invero, scopo della comunicazione della proposta del mediatore la sollecitazione di una risposta delle parti, la comunicazione deve intendersi come recettizia.

⁶⁷ Art. 11, comma 2, d.lgs. n. 28/2010, primo alinea.



accettazione, dal momento che la proposta del mediatore rappresenta il contenuto dell'accordo conciliativo, ma non esprime alcuna manifestazione di volontà contrattuale. La volontà delle parti si esprime, infatti, solo con la risposta (o mancata risposta) alla comunicazione della proposta del mediatore la quale, peraltro, è rivolta non all'altra parte, ma al mediatore.

Il perfezionamento dell'accordo conciliativo secondo le modalità descritte non esaurisce il procedimento di mediazione, ma sono prescritte ulteriori attività per la formalizzazione dell'accordo. Infatti, sia qualora l'accordo sia raggiunto, sia direttamente dalle parti, sia per adesione alla proposta del mediatore, si forma processo verbale, che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore. La legge prevede che le sottoscrizioni delle parti siano autenticate dal mediatore, il quale deve, quindi, ritenersi investito per legge del relativo potere di autenticazione, a meno che l'accordo, per il suo contenuto, non sia soggetto a trascrizione; qualora, infatti, con l'accordo le parti concludano un contratto, ovvero compiano uno degli atti di cui all'art. 2643 c.c., le sottoscrizioni debbono essere autenticate (affinché si possa effettivamente procedere alla trascrizione) da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato. Il mediatore può anche autenticare l'impossibilità delle parti a sottoscrivere⁶⁸.

Anche nell'ipotesi di mancata conciliazione si forma processo verbale. In tal caso, si prevede che il verbale contenga l'indicazione della proposta, ed è ovvio che la previsione si riferisca unicamente alle ipotesi in cui una proposta di conciliazione sia stata effettivamente sottoposta alle parti dal mediatore, di sua iniziativa o su richiesta delle parti. Come il verbale di conciliazione, anche quello di mancata conciliazione deve essere sottoscritto e le sottoscrizioni autenticate dal mediatore, che può autenticare anche l'impossibilità di sottoscrivere⁶⁹.

Quanto al verbale di mancata conciliazione, la legge prescrive, infine, che il mediatore dia atto della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione. Tale previsione è all'evidenza collegata alla speciale disciplina relativa alle spese del successivo giudizio, di cui all'art. 13 del d.lgs. n. 28/2010, nella parte in cui rinvia agli artt. 92 e 96 c.p.c.

⁶⁸ Sebbene non sia previsto espressamente, l'esclusione del potere di autenticazione del mediatore in ordine alla sottoscrizione dell'accordo di conciliazione destinato alla trascrizione, per detti accordi deve ritenersi escluso anche il potere di autenticare l'impossibilità delle parti a sottoscrivere.

⁶⁹ Trattandosi di un verbale privo di qualunque contenuto dispositivo, non è prevista la particolare disciplina dell'autenticazione delle sottoscrizioni, disposta per il verbale di conciliazione destinato alla trascrizione.



Il procedimento di mediazione si conclude, insomma, in ogni caso, con un verbale, che (indipendentemente dal suo contenuto, di conciliazione o di mancata conciliazione) deve essere depositato presso la segreteria dell'organismo, affinché le parti possano (prenderne visione ed) possibilità di estrarne copia⁷⁰.

Al termine del procedimento di mediazione, viene consegnata ad ogni parte una scheda per la valutazione del servizio, il cui modello deve essere allegato al regolamento di procedura dell'organismo. Una copia di tale scheda di valutazione, debitamente sottoscritta dalla parte e completa delle generalità della stessa, deve essere trasmessa pe via telematica al responsabile dell'organismo, con modalità che ne assicurino la certezza dell'avvenuto ricevimento ⁷¹.

3.8. La conciliazione, ovvero, l'accordo raggiunto dalle parti all'esito del procedimento di mediazione, produce, come tale, gli effetti propri di qualunque contratto, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1372 c.c.

Tuttavia, qualora il contenuto dell'accordo non sia contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, e previo accertamento della sua regolarità formale, lo stesso può essere omologato con decreto del presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo (l'art. 12 del decreto legislativo n. 28/2010); ai fini dell'omologazione, copia del verbale è rilasciato alle parti che ne facciano richiesta dal responsabile dell'organismo (art. 8, comma 2, D.M. n. 180/2010).

Con l'omologazione, l'accordo conciliativo consegue effetti ulteriori rispetto a quelli normalmente propri di un atto di autonomia privata ⁷². In particolare, acquista efficacia di titolo esecutivo, sia ai fini dell'espropriazione del debitore (in funzione della quale il verbale di conciliazione omologato costituisce anche titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale), sia per l'esecuzione in forma specifica. Pertanto, le parti che abbiano conciliato la lite conseguono immediatamente (senza dover attendere i tempi necessari alla conclusione dell'ordinario giudizio di cognizione) un titolo idoneo a soddisfare coattivamente i propri diritti (sebbene tali

⁷⁰ Art. 11, comma 5, d.lgs. n. 28/2010.

⁷¹ Tali disposizioni sono state recentemente introdotte dall'art. 7, comma 5, lett *b*) del d.m. n. 180/2010.

⁷² Al riguardo, è stato efficacemente notato che l'attribuzione all'accordo conciliativo di effetti non conseguibili sul piano del diritto comune costituisce proprio lo scopo della formazione legislativa della conciliazione facilitativa: F.P. LUISO, *Il sistema dei mezzi negoziali per la risoluzione delle controversie civili*, in www.judicium.it, p. 9.



diritti non siano quelli originariamente pretesi, ma quelli definiti nell'ambito del procedimento di mediazione)⁷³; anche nell'ipotesi in cui gli accordi di conciliazione contengano l'assunzione di obbligazioni a prestazioni infungibili. L'art. 11 comma 3, ultima parte, del d.lgs. n. 28/2010 dispone, invero, al riguardo che il verbale di conciliazione possa prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento: tale previsione configura la costituzione di una modalità di esecuzione indiretta⁷⁴.

Con specifico riguardo all'omologazione giudiziale dell'accordo conciliativo, non è prescritto un particolare procedimento; nel silenzio della legge, si è affermata l'applicabilità del rito camerale⁷⁵.

La competenza per l'omologazione, che la legge attribuisce al presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo, deve essere intesa come competenza funzionale. Invero, l'istanza di omologazione deve essere rivolta al presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo prescelto per la mediazione anche quando, ai sensi dell'art. 8, comma 2, del d.lgs. n. 28/2010, la sede del procedimento di mediazione sia stata stabilita in un luogo diverso (precisamente, nel luogo indicato dal regolamento di procedura dell'organismo di mediazione).

Uno speciale criterio di competenza territoriale è stabilito con riferimento alle controversie transfrontaliere di cui all'art. 2 della direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativamente alle quali è stabilito che l'omologazione del verbale di conciliazione spetta al presidente del Tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione.

L'art. 12, comma 1, del d.lgs. n. 28/2010 contiene, infine, indicazioni circa la tipologia del controllo giudiziale, stabilendo che l'omologazione può essere concessa solo quando il

⁷³ Ad esempio, qualora un creditore si accordi in sede di mediazione col proprio debitore per una riduzione del proprio credito, l'obbligazione al pagamento da parte del debitore, sia pure nella misura ridotta concordata nell'ambito del procedimento di mediazione, può essere ottenuto in via coattiva immediatamente, sulla base del verbale di conciliazione. Con evidente risparmio di tempi e costi per lo svolgimento del giudizio in via ordinaria.

⁷⁴ Osservazioni critiche in ordine alle modalità di formulazione della previsione normativa, specie in relazione all'art. 614 bis .p.c., sono state formulate in dottrina (M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in www.judicium.it, p. 12).

⁷⁵ M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in www.judicium.it, p. 11; M. FABIANI, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, in www.judicium.it, p. 4, il quale pone in rilievo che non è previsto che il procedimento di omologazione avvenga nel contraddittorio delle parti.



contenuto dello stesso non sia contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, e previo accertamento della sua regolarità formale. Il controllo dell'autorità giudiziaria non è, quindi, limitato agli aspetti formali, ma esteso al merito dell'accordo, sia pure solo sul piano della legalità degli accordi convenuti⁷⁶. Si tratta, quindi, di un controllo di regolarità formale e di legalità sostanziale. Il superamento di tale controllo di regolarità formale e di legalità sostanziale dovrebbe limitare eventuali opposizioni ed impugnazioni dell'accordo di conciliazione, ma la legge non contiene alcuna indicazione circa i possibili rimedi avverso la decisione presidenziale sulla richiesta di omologazione⁷⁷.

In caso di rigetto dell'omologazione, il giudice trasmette al responsabile dell'organismo di mediazione e all'organismo stesso copia del provvedimento di diniego (art. 13 D.M. n. 180/2010).

3.9. Il decreto legislativo n. 28/2010 non contiene una disciplina dell'impugnazione degli atti di conciliazione, eppure il tema non è estraneo alla presente indagine. Infatti, da un lato, contenendo la regolamentazione dei rapporti giuridici tra le parti, la conciliazione soggiace all'ordinaria disciplina delle impugnative negoziali⁷⁸ (sebbene l'intervento del terzo possa rendere complicata l'individuazione del vizio⁷⁹); dall'altro lato, la conciliazione conserva la

⁷⁶ M. FABIANI, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, in www.judicium.it, p. 3, precisa che tale controllo è finalizzato ad evitare che con l'accordo le parti stabiliscano effetti non conseguibili in via di autonomia privata; il controllo giudiziale sarebbe, quindi, volto ad evitare che la conciliazione diventi uno strumento per scavalcare divieti del diritto sostanziale.

⁷⁷ Al riguardo, in sede di prima interpretazione, si è ritenuto che, laddove l'*exequatur* sia concesso, il contro-interessato possa contestare la sussistenza delle condizioni per l'omologazione attraverso l'opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c., e che, qualora l'*exequatur* sia negato, il richiedente possa (probabilmente) proporre reclamo (M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in www.judicium.it, p. 12). Con riferimento alla seconda ipotesi (rigetto dell'omologazione) altri hanno proposto l'applicazione analogica dell'art. 825 c.p.c. con conseguente reclamo alla corte d'appello nel termine di trenta giorni (D. DALFINO, *Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali»*, in www.judicium.it, § 6), oppure la reclamabilità ex art. 739 c.p.c. alla corte d'appello (FABIANI, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, in www.judicium.it, p. 4, il quale, tuttavia, afferma che tenderebbe ad escludere la successiva ricorribilità per cassazione, sembrando difettare, nel caso, sia la definitività del provvedimento, atteso che nulla esclude la riproposizione dell'accordo, sia la decisorietà).

⁷⁸ Può, quindi, (i) essere dichiarata nulla, (ii) annullata per la presenza dei vizi tipici del contratto (errore, violenza o dolo) o (iii) risolta mediante giudizio ordinario di cognizione di primo grado.

⁷⁹ Il problema si è già posto con riferimento alla figura dell'arbitrato libero o contrattuale, in ipotesi di impugnazione dello stesso per errore di diritto (in argomento, se vuoi, D. NOVIELLO, *Lodo libero e impugnazione per errore di diritto*, *Riv. Arb.* 2002, p. 59 ss.). Il problema rischia di porsi negli stessi precisi termini con riferimento alla conciliazione, nelle eventuali ipotesi nelle quali la conciliazione contenga una valutazione giuridica della controversia (ipotesi peraltro non auspicabili, né coerenti con la natura dell'istituto), ma è prospettabile anche ai fini della valutazione dell'esistenza



sostanza di accordo contrattuale anche dopo l'omologazione ai sensi dell'art. 12 del d. lgs. n. 28/2010, e continua, quindi, in astratto, ad essere impugnabile come tale, sebbene l'individuazione dei possibili mezzi di impugnazione, in questo caso, sia resa più complessa dall'avvenuto intervento giudiziale.

In mancanza di indicazioni normative, si può fare riferimento a quanto già prospettato con riferimento alle ipotesi di conciliazione giudiziale: valorizzando l'intervento omologativo del giudice, potrebbe venire in considerazione il reclamo ex art. 739 c.p.c. (che sarebbe, tuttavia, impraticabile laddove il destinatario della misura prevista nell'accordo omologato non sia stato parte del procedimento di omologazione⁸⁰); prevalendo la natura negoziale della conciliazione, sarebbero, invece, da ritenere esperibili le azioni giudiziarie di annullamento in sede contenziosa dell'atto conciliativo pretesamente viziato⁸¹, azioni che non sono, invero, precluse da atti omologativi del giudice. In particolare, qualora in virtù dell'accordo conciliativo omologato sia intrapresa l'azione esecutiva, la parte esecutata (o il terzo) potrebbero far valere i vizi della conciliazione omologata in tale ambito, in via di opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 c.p.c. (o dell'art. 617 c.p.c.)⁸².

di uno degli altri vizi contrattuali (il mediatore può, invero, essere stato direttamente l'oggetto o l'autore della violenza o del dolo)

⁸⁰ Così M. FABIANI, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, in www.judicium.it, p. 4.

⁸¹ N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, II Ed., Milano, 2010, p. 673.

⁸² Così N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, II Ed., Milano, 2010, p. 673. In senso conforme, M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in www.judicium.it, p. 12; M. FABIANI, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, in www.judicium.it, p. 4; D. DALFINO, *Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali»*, in www.judicium.it, § 6.