

verbali, provvedimenti ed altri documenti

Il verbale: il verbale di mediazione



ABC ADR

Organismo di mediazione iscritto al n. x del Registro degli Enti deputati a gestire le conciliazioni in materia civile e commerciale a norma del d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28

Mediazione (numero ruolo)	ADR-2011-000076 – Mediazione ex art. 5 d.lgs. n. 28 del 04.03.2010 (d.lgs.) Oggetto: locazione
Parte istante	P. s.p.a.
Consulente di Parte istante	Avv. NB
Parte invitata in mediazione	OA. s.r.l.
Consulente di Parte invitata in mediazione	assente
Mediatore	MT

Verbale di mediazione

Incontro del giorno Ore	27/05/2011 10:00
Luogo dell'incontro (indirizzo completo)	
Numero progressivo dell'incontro odierno nella presente mediazione:	N. 1

In data odierna intervengono presso il mediatore, dott. MT, l'avv. FG, quale Delegata della società P. S.p.A. (**Istante**), come da poteri indicati nella delega che consegna al mediatore, e la signora AS, Amministratore Unico e legale rappresentante della società OA. S.r.l. (**Invitata**), che dichiara di essere munita di adeguati poteri, per procedere nello svolgimento della presente mediazione.

Presenzia pure l'ing. EC, il quale dichiara di essere socio della società **Invitata**, ma di non avere alcun potere di rappresentanza. Il mediatore chiede all'**Istante** se vi è qualcosa da eccepire circa la presenza dell'ing. EC. L'**Istante** dichiara di non avere nulla da eccepire ma, anzi, di gradirne la presenza in quanto anch'egli *dominus* interessato alla vicenda.

Il mediatore, preliminarmente, dichiara la propria piena neutralità ed imparzialità rispetto alle Parti tutte presenti nell'odierna mediazione, alla luce delle norme di legge applicabili, nonché dei principi fissati dal Regolamento dell'Ente per la mediazione, nonché del Codice Etico da questi adottato. Anche a tal fine il mediatore sottoscriverà il presente verbale.

Prima di sentire le Parti, oggi tutte presenti, il mediatore illustra alle stesse i tratti salienti della procedura di mediazione: a tal fine consegna, alle stesse, brevi note informative con allegata la sintesi degli elementi caratterizzanti la mediazione.

Il mediatore invita le Parti a manifestare eventuali osservazioni e contestazioni riguardo al contenuto della sua dichiarazione resa ai sensi dell'art. 14, comma 2, lettera a), d.lgs.; dell'art. 7, comma 3 e 5, lettera a) d.m. 18.10.2010 n. 180 e dell'art. 6 del Regolamento di Mediazione dell'ente.

Le Parti dichiarano, quindi, di essere pienamente edotte sulla materia relativa alla mediazione ed al suo meccanismo procedurale ed, inoltre, dichiarano che nulla osta al proseguimento della mediazione.

A questo punto il mediatore legge alle Parti quanto esposto dall'**Istante** nella propria domanda di mediazione e quanto osservato dall'**Invitata** nella risposta alla domanda di mediazione. Il mediatore, previo consenso delle Parti, ne omette la trascrizione.

Terminata la lettura da parte del mediatore, ha inizio la discussione.

Terminata la discussione ed in considerazione dei fatti emersi in sede di mediazione ed alla disponibilità dimostrata dalle Parti, il mediatore afferma che procederà di propria iniziativa a formulare la proposta di cui all'art.11 del d.lgs. riservandosi di farlo nei tempi di legge, avvisando le Parti che detta proposta verrà loro trasmessa agli indirizzi, che le stesse hanno comunicato alla segreteria dell'Ente; nella proposta verranno indicate le modalità operative da rispettare.

Le Parti alla luce di quanto indicato dal mediatore, dichiarano che la sua proposta sarà valutata secondo il principio della buona fede e della correttezza, che deve contraddistinguere la procedura della mediazione.

Il Mediatore dell'Ente

Dott. MT

P. S.p.A. (la Delegata avv. FG)

OA. S.r.L. (l'Amministratore Unico)

Istante _____

Invitata _____

Il Mediatore _____

Il Mediatore _____ il quale certifica con la sua sottoscrizione l'autografia della sottoscrizione delle Parti

ABC ADR

Mediazione ruolo: n. ADR

Oggetto: locazione – mediazione ex art. 5 d.lgs. n. 28 del 4.3.2010

Parte Istante: P. spa

Parte invitata: OA. srl

Mediatore: MT

Primo incontro avvenuto: 27 maggio 2011

Parti presenti: entrambe

Proposta di conciliazione su iniziativa del mediatore ai sensi e per gli effetti dell'art 11 – 1 c. del d.lgs n. 28 del 4 marzo 2010

Poiché in sede d'incontro il mediatore ha percepito la disponibilità delle Parti a conciliare la vertenza, intuendone anche i contenuti, lo stesso si è riservato la facoltà di presentare una proposta conciliativa, come indicato nel verbale redatto in chiusura del primo incontro, previa attuazione di quanto prescritto all'art. 8 – *Conduzione della Procedura di Mediazione (8.1)* del Regolamento di Mediazione adottato dall'Organismo ABC ADR, che così si sintetizza.

Evidenze normative relative alla fase della “proposta” (d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010)

Il mediatore, in sede d'incontro, ha rappresentato alle Parti la correlazione tra gli artt. 11 (Conciliazione) e 13 (Spese processuali) con le relative possibili conseguenze in materia

di spese processuali, in caso di rifiuto della proposta. Sull'argomento le Parti sono state adeguatamente informate, ricevendo, anche, appunti riassuntivi, ai quali ora si rimanda.

Si ricorda, inoltre, alle Parti, che, ai sensi dell'art. 12 del decreto legislativo, il verbale dell'accordo è omologabile su istanza di parte, costituendo titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Fasi operative della “ proposta”

La proposta verrà indirizzata alle Parti e comunicata a mezzo Raccomandata A.R. (R.A.R.) spedita all'indirizzo della sede legale delle Parti, con anticipazione, alle stesse ed ai loro consulenti legali, ai soli fini funzionali, a mezzo posta elettronica o PEC, ove istituita, o telefax.

Le Parti avranno tempo 7 (sette) giorni, a decorrere dal giorno successivo a quello di ricevimento della R.A.R., per accettare o rifiutare la proposta, cosa che dovrà avvenire per iscritto sempre a mezzo di R.A.R., da inviarsi al domicilio del mediatore. Ai fini dell'efficacia *della tempestiva risposta* varrà la data di spedizione. Le risposte, esclusivamente per fini funzionali, dovranno essere anticipate dalle Parti o dai loro consulenti legali, al mediatore, a mezzo posta elettronica o PEC_____ o telefax _____

In ogni caso, ai fini giuridico/procedurali utili per la presente mediazione, le comunicazioni che avranno validità ed efficacia saranno, esclusivamente, quelle effettuate a mezzo R.A.R.

In caso di silenzio la proposta si riterrà rifiutata.

Contenuto della “proposta”

Tenuto conto dell'oggetto della lite, delle posizioni originarie delle Parti e delle loro aspettative e disponibilità dimostrate, il mediatore ha ritenuto e ritiene che la proposta possa essere formalizzata attraverso lo strumento del “contratto transattivo per lite già iniziata”.

Altri aspetti procedurali

Si ritiene opportuno ricordare che:

- se tutte le Parti aderiscono alla proposta, il mediatore forma processo verbale che deve essere sottoscritto dalle Parti e dal mediatore, che certifica l'autografia della sottoscrizione;
- se la conciliazione non riesce, il mediatore forma processo verbale con l'indicazione della proposta; il verbale è sottoscritto dalle Parti e dal mediatore, che certifica l'autografia delle sottoscrizioni o la loro impossibilità di sottoscrivere,
- la risposta alla presente proposta dovrà avvenire con l'apposizione in calce al presente documento di una delle seguenti alternative formule: **“Si accetta la proposta”/“Si rifiuta la proposta”**, seguita dal timbro della società e dalla firma del legale rappresentante,
- il processo verbale è depositato presso la segreteria dell'Organismo ABC ADR e di esso è rilasciata copia alla Parte richiedente.

Fatte queste doverose premesse, si procede

con la seguente proposta

CONTRATTO TRANSATTIVO PER LITE GIÀ INIZIATA

Tra la società **P. spa**, con sede in ____ (**Istante**), nella persona del suo amministratore delegato e legale rappresentante Ing., FF e la società **OA. srl**, con sede in ____ (**Invitata**), nella persona del suo amministratore unico e legale rappresentante, sig.ra AS (insieme le **“Parti”**)

Premesso

- che con domanda di mediazione rivolta all'Organismo ABC ADR, datata 20.04.2011, l'**Istante** invitava in mediazione la società **Invitata**, vertendo la controversia, per l'**Istante**, sulla questione descritta nell'allegato sub **A** e sinteticamente sotto riportata,
- che l'**Invitata** aderiva all'invito in data 24.05.2011, formulando le osservazioni circa la controversia, come indicate nell'allegato sub **B** e sinteticamente sotto riportate,
- che, conseguentemente, le **Parti** si sono incontrate, in mediazione, a ... il giorno 27.05.2011, presso lo studio del mediatore, dott. MT,

- che le **Parti**, alla luce di quanto discusso in sede di mediazione, ritengono di potere trovare un accordo transattivo, onde evitare di sostenere costi e disagi elevati, propri dell'esercizio di un'azione in giudizio,
 - che le premesse e gli allegati sono parti integranti e sostanziali del presente contratto
- si conviene e si stipula quanto segue

1- Sintesi delle posizioni delle parti

Parte **Istante**

L'**Istante**, ritenendo di aver regolarmente riconsegnato, in data 23.12.2010, i locali condotti in locazione in forza del contratto stipulato in data 03.02.2005 con l'**Invitata**, chiede la restituzione della cauzione di Euro ____, unitamente alla decisione dell'**Invitata** circa l'alternativa tra l'asportazione dell'impianto di allarme, di proprietà dall'**Istante**, o l'acquisizione, da parte dell'**Invitata**, dietro pagamento di un corrispettivo da determinarsi.

Parte **Invitata**

L'**Invitata** si oppone alla tesi dell'**Istante** circa l'avvenuta corretta riconsegna, in quanto asserisce che, a seguito di recesso comunicato con raccomandata datata 30.06.2010, per previsione contrattuale, il recesso avrà effetto solamente al 30.06.2011. Conseguentemente, l'**Invitata** chiede il pagamento della locazione sino a tutto il 30.06.2011, per un totale di Euro ____ oltre ad IVA di legge. Per quanto riguarda l'impianto di allarme l'**Invitata** eccepisce che, per previsione contrattuale, non essendo stata data autorizzazione alcuna per l'installazione dell'impianto, lo stesso lo debba acquisire il locatore a titolo gratuito o, in alternativa, venga rimosso, senza pregiudizio per le parti murarie.

2- Reciproche concessioni

Per le finalità transattive, a cui è rivolto il presente contratto, si pattuiscono le seguenti concessioni:

- a) L'**Istante** rinuncia a considerare la data del 23.12.2010 quale data di efficacia del recesso, mentre l'**Invitata** rinuncia a considerare efficace il recesso alla futura data del 30.06.2011.
- b) Convenzionalmente, per mutuo consenso, le **Parti** fissano la data di efficacia del recesso dal contratto di locazione al 30.03.2011, convenendo il pagamento della sola prima rata trimestrale del canone di locazione per Euro ____ e la contestuale restituzione della cauzione di Euro ____ versata dall'**Istante**.
- c) L'**Invitata** rinuncia a far valere l'art. 13 del contratto di locazione, dichiarandosi disposta ad acquisire l'impianto di allarme installato nei locali dall'**Istante**, riconoscendo, allo stesso, il corrispettivo di Euro ____ oltre ad IVA di legge, cosa che l'**Istante** accetta.

3- Contenuto della transazione

Per parte **Istante**

Questa si obbliga a corrispondere, all'**Invitata**, la somma di Euro ____ quale rata del canone di locazione relativa al 1° trimestre solare 2011, già comprensiva di IVA del 20% e già al netto di Euro ____, quali interessi sul deposito cauzionale, forfettariamente determinati.

Per parte **Invitata**

Questa si obbliga a corrispondere, all'**Istante**, la somma di Euro ____ a titolo di restituzione della cauzione, oltre alla somma di Euro ____ quale pagamento, già comprensiva di IVA del 20%, del prezzo per l'impianto di allarme e così in totale Euro ____

Formalità

Le Parti, se ancora non è stato fatto, dovranno emettere regolare fattura per le operazioni assoggettate ad IVA, da consegnarsi in occasione della sottoscrizione del processo verbale di conciliazione, come infra, se già non consegnate.

4- Modalità di pagamento

Le reciproche obbligazioni pecuniarie, determinatesi con il presente contratto transattivo, verranno estinte mediante pagamento da effettuarsi a mezzo assegno circolare “*non trasferibile*” emesso all'ordine delle singole **Parti**, cui compete il pagamento. Gli assegni saranno consegnati contestualmente alla sottoscrizione del processo verbale di conciliazione, che sarà redatto dal mediatore e sottoscritto da tutte le **Parti**, in sua presenza.

5- Conclusione forma ed esecuzione del contratto

Il presente contratto, senza contenuto novativo, si concluderà nel momento in cui sarà pervenuta, al mediatore, anche la seconda accettazione della proposta. L'accettazione avverrà, per ogni singola Parte, con la propria sottoscrizione del presente testo (firma disgiunta) in calce allo stesso, dopo la formula: “Si accetta la proposta”. La sottoscrizione dovrà essere apposta dal rispettivo legale rappresentante. Il contratto transattivo avrà avuto corretta e piena esecuzione con il regolare pagamento avvenuto, inteso come sopra.

6- Dichiarazioni congiunte

Con l'avvenuta corretta e piena esecuzione del presente contratto, ai sensi di quanto sopra indicato, le **Parti** si danno atto, reciprocamente e per quanto occorresse, di essere pienamente soddisfatte e non avere più nulla da pretendere in relazione al contratto di locazione fonte dell'iniziativa lite, riconoscendo l'avvenuta sua corretta esecuzione, unitamente al corretto adempimento delle obbligazioni in esso contenute. Le **Parti** dichiarano, altresì, che con l'avvenuta corretta e piena esecuzione del presente contratto transattivo, la conciliazione, per il raggiungimento della quale era iniziata la mediazione di cui alle premesse, è riuscita, conseguentemente questo costituirà il testo dell'accordo amichevole che sarà allegato al processo verbale che redigerà il mediatore.

7- Elementi costituenti “l'accordo amichevole”

La formalizzazione dell'accordo amichevole sarà costituita dal processo verbale, redatto dal mediatore, al quale saranno allegati i seguenti documenti:

- il testo costituente la “proposta” del mediatore, da questi sottoscritta,
- il testo della “proposta” sottoscritta per accettazione dall'**Istante**,
- il testo della “proposta” sottoscritta per accettazione dall'**Invitata**.

Quanto sopra esposto costituisce la proposta di conciliazione del mediatore, che fissa il prossimo e definitivo incontro per il giorno 28 giugno 2011, alle ore 10,00 presso il suo studio in _____

_____ 06 giugno 2011

Il mediatore _____ (dott. MT)

Risposta della Parte: _____ (v. **Altri aspetti procedurali**)

Data

(Timbro e firma)

Organismo ABC ADR

Organismo iscritto al n. x del Registro degli Enti deputati a gestire le conciliazioni in materia civile e commerciale a norma del d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28

Mediazione (numero ruolo)	ADR-2011-000076 – Mediazione ex art. 5 d.lgs. n. 28 del 04.03.2010 (d.lgs.) Oggetto: locazione
Parte istante	P. s.p.a.
Consulente di Parte istante	Avv. NB
Parte invitata in mediazione	OA. s.r.l.
Consulente di Parte invitata in mediazione	assente
Mediatore	MT

Secondo verbale di mediazione

Incontro del giorno Ore	28/06/2011 10:00
Luogo dell'incontro (indirizzo completo)	
Numero progressivo dell'incontro odierno nella presente mediazione:	N. 1

In data odierna intervengono presso il mediatore, dott. MT, l'ing. FF, quale Amministratore Delegato e legale rappresentante della società P. S.p.A. (**Istante**), assistito dall'avv. NB, e la signora AS, Amministratore Unico e legale rappresentante della società OA. S.r.L. (**Invitata**), che dichiarano di essere muniti di adeguati poteri per procedere nello svolgimento della presente mediazione.

Come convenuto in conclusione del primo incontro, il mediatore ha proceduto di sua iniziativa, ai sensi dell'art. 11 - 1° comma del d.lgs. n. 28 del 4 Marzo 2010, a presentare alle Parti una proposta di conciliazione, cosa avvenuta con R.A.R. datata 06.06.2011 ed anticipata via e-mail. L'**Istante** ha provveduto a rispondere affermativamente mediante R.A.R., anticipata via e-mail. L'**Invitata** ha provveduto a rispondere affermativamente mediante R.A.R., non ancora pervenuta in data odierna, anticipandola via e-mail. Il mediatore, constatato quanto sopra, chiede all'**Istante** se nulla osti, considerato il mancato arrivo della R.A.R. dell'**Invitata**, che questa apponga, in data odierna, la firma in calce al testo della proposta, alla presenza delle altre Parti della mediazione. L'**Istante** risponde che nulla osta confermando, esplicitamente e per quanto occorresse, la validità dell'intera procedura seguita per la presente mediazione.

A questo punto il mediatore chiede alle Parti se confermano l'accordo raggiunto, sulla base della proposta effettuata dal mediatore. Le Parti confermano di aver raggiunto l'accordo conciliativo così come proposto dal mediatore. In considerazione di quanto sopra, le Parti ed il mediatore chiudono la presente procedura constatandone il positivo esito. Al presente verbale vengono allegati i seguenti documenti:

1. testo costituente la "proposta" del mediatore, da questi sottoscritta,
2. testo della "proposta" sottoscritta per accettazione dall'**Istante**;
3. testo della "proposta" sottoscritta per accettazione dall'**Invitata**.

Del presente verbale viene rilasciata, a ciascuna parte, una fotocopia con relativi allegati sottoscritta dal mediatore con la dicitura "copia conforme all'originale".

Letto, approvato e sottoscritto in _____, il 28 giugno 2011.

P. S.p.A. (la Delegata avv. FG)

OA. S.r.L. (l'Amministratore Unico)

Il Mediatore _____ il quale certifica con la sua sottoscrizione l'autografia della sottoscrizione delle Parti.



La chiave di lettura: La proposta circostanziata del mediatore (un caso pratico)

di Ermenegildo Mario Appiano

Rendiamo innanzitutto l'onore delle armi al mediatore artefice della formale proposta (formulata *ex art.* 11 del d.lgs. 28/2011) che qui si commenta, siccome le parti si sono conciliate accettandola.

Ciò detto, così come strutturata, tale proposta solleva alcune interessanti questioni per vari motivi.

Sia consentito però fare notare subito che essa, risultando strutturata come un contratto, è ben lungi dall'assomigliare ad una sentenza o anche solo al suo dispositivo.

1 Chiarezza sugli aspetti pratici.

Il mediatore ha dedicato particolare cura nel chiarire alle parti il regime giuridico della proposta stessa, da un canto, e gli aspetti procedurali che le parti avrebbero dovuto osservare per reagire alla proposta stessa, dall'altro. Ciò appare sicuramente lodevole, poiché la chiarezza è sempre utile, specie con riferimento a situazioni nuove ed ancor più se le parti non godono di consulenza giuridica in sede di mediazione. In altre parole, il mediatore si è lodevolmente preoccupato di fornire alle parti, destinatarie della proposta, un "libretto delle istruzioni" su come essa funziona e su come usarla.

2 Qualificazione giuridica dell'accordo.

Il mediatore ha definito "contratto transattivo per lite già iniziata" il negozio giuridico che sarebbe scaturito tra le parti, in seguito alla loro eventuale accettazione della proposta stessa. Qui l'operato del mediatore appare invece forse passibile di una prima critica.

Innanzitutto, sembra che egli abbia così travalicato le sue competenze, consistenti nell'aiutare le parti a negoziare la controversia che le oppone. Tale compito può sì spingersi sino a formulare la proposta prevista dall'art. 11 del d.lgs., ma tale attività sembra debba limitarsi ad individuare il contenuto materiale dell'eventuale accordo per la composizione del conflitto, senza spingersi ad identificarne anche la tipologia contrattuale.

Quest'ultima preoccupazione rischia infatti di essere anche controproducente:

■ intanto, **il mediatore potrebbe errare nel qualificare il rapporto giuridico eventualmente scaturente dalla sua proposta, se poi accettata dalle parti.**

Con una sorta di effetto "a cascata", detto errore potrebbe allora andare a viziare (o quanto meno a mettere in dubbio) la validità del consenso prestato dalle parti nel vincolarsi alla proposta stessa: ciò rischierebbe di offrire utile terreno per l'insorgere di nuovo contenzioso in sede di esecuzione dell'accordo stesso, qualo-

ra a quest'ultimo non venisse dato spontaneo adempimento.

- Inoltre, **nell'elaborare il contenuto della proposta, il mediatore stesso potrebbe a sua volta essere fuorviato dal proprio (inutile) giudizio sulla qualificazione giuridica dell'accordo che verrebbe a nascere.** Ciò appare particolarmente palese nella fattispecie in esame, siccome il mediatore si è preoccupato di porre in evidenza le rinunce che ciascuna parte si troverebbe a sostenere per aderire al “contratto transattivo” da lui ipotizzato. Cosa invece assolutamente inutile, se il regime giuridico del contratto in questione fosse diverso. Insorge allora il dubbio – almeno sul piano astratto – che il mediatore si sia sforzato nel costruire una proposta di accordo fondata su reciproche rinunce (“*lose to lose agreement*”), anziché dedicarsi alla ricerca di una soluzione maggiormente consona a soddisfare gli interessi entrambe i contendenti (“*win to win agreement*”), così dimenticando uno dei cardini su cui la mediazione stessa si fonda.

Viene allora da domandarsi, sul piano pratico: siccome è lo stesso legislatore a qualificare l'accordo scaturito dalla mediazione, definendolo “conciliazione”, per il mediatore non era molto più semplice ed efficiente limitarsi ad usare tale denominazione, lasciando ad altri – se del caso – il compito di indagare la natura giuridica di tale negozio?

3 Individuazione del contesto della proposta.

Qui si presentano i profili di maggiore delicatezza: il mediatore ha ritenuto opportuno contestualizzare la propria proposta, riassumendo le posizioni assunte dalle parti rispetto alla materia oggetto del contendere. Sicuramente anche tale operazione contribuisce a far chiarezza, ma tale intento non può essere di per sé avallato, come fatto in

precedenza con riferimento però ad un diverso ambito.

Il punto dirimente è come tali informazioni sono giunte in possesso del mediatore: per effetto di quanto illustrato dall'istante nella domanda di mediazione e dalla parte invitata nell'eventuale proprio atto di accettazione della procedura ovvero per effetto delle dichiarazioni rese dalle parti durante la mediazione stessa?

- Nella prima ipotesi, la condotta del mediatore andrebbe forse esente da critica, siccome tali documenti vengono normalmente comunicati alla parte che non li ha predisposti ovvero quest'ultima ha comunque modo di venirne a conoscenza esercitando il diritto di accesso al fascicolo della mediazione (art. 7, comma 6, del Decreto Attuativo 180/2010). Ancora, la domanda stessa di mediazione rappresenta un documento la cui produzione è addirittura necessaria in giudizio, quando l'attore deve dimostrare di avere soddisfatto la condizione di procedibilità prevista dal noto art. 5 del d.lgs. Analoga conclusione vale quando le parti hanno richiesto l'intervento di un esperto tecnico durante la mediazione, concordando previamente di conferire rilevanza esterna alle sue conclusioni. Vogliamo pensare che questo sia il nostro caso.

- Per contro, nella seconda ipotesi il mediatore violerebbe palesemente il disposto dell'art. 9 del d.lgs., il quale gli impone “l'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo” di mediazione. Insorge quindi la relativa responsabilità in capo al mediatore.

Viste le due dette ipotesi, si pone un'ulteriore domanda: **ha una reale utilità il fatto che il mediatore proceda – purché legittimamente – ad illustrare i termini della controversia ed i presupposti** su cui si fonda la sua proposta di conciliazione?

- **Qualora tale prestazione venga pensata per il bene delle parti, forse ha senso svolgerla solo durante gli incontri di mediazione:** quando i litigan-

ti lasciano la mediazione senza accordarsi, essi devono avere almeno ben chiaro quanto meno le relative posizioni. Pertanto, pare superfluo ricordarle loro ulteriormente. A meno che sussistano peculiari ragioni a spingere il mediatore ad agire in tal modo. Ad esempio, se le parti in lite sono organizzazioni complesse (si pensi ad una grande società privata oppure un ente pubblico), può accadere che chi le rappresenta durante la trattativa, abbia la necessità di ottenere dai propri superiori un'apposita preventiva approvazione, per sottoscrivere la conciliazione ovvero per aderire ad una proposta del mediatore. In simili circostanze, tali soggetti vengono verosimilmente messi in condizione di valutare meglio e più velocemente la situazione, se il mediatore riassume i termini della controversia che gli sono stati sottoposti, così agevolando il loro processo decisionale.

- Per contro, **qualora il mediatore si preoccupi di contestualizzare la propria proposta *ad usum iudicis***, pensando cioè che il reale destinatario di tale sua attività sia in ultima analisi il giudice eventualmente chiamato a decidere in sede contenziosa la lite non conciliata, **l'approccio è pericoloso**. Sebbene ciò abbia un fondamento sul piano legislativo (rappresentato dal collegamento tra l'art. 11 e l'art. 13 del d.lgs.), il mediatore rischia innanzitutto di pregiudicare la sua efficacia nella precedente fase facilitativa: prima di iniziare la sua prestazione, la deontologia del mediatore gli impone infatti di chiarire adeguatamente ai propri clienti le caratteristiche della mediazione e come egli intende condurla (art. 3 del Codice Europeo per i Mediatori). Di conseguenza, le parti potrebbero risultare fortemente restie a trattare apertamente nella fase facilitativa, qualora esse temessero di subire poi un pregiudizio durante quella aggiudicativa. A sua volta, il mediatore è chiamato a rispettare fedelmente quanto da lui

prospettato ai litiganti nella fase introduttiva.

Anche prescindendo da simili timori, il mediatore è comunque soggetto agli anzidetti obblighi di riservatezza.

Le informazioni utilizzabili vanno poi riportate correttamente. Riassumere le posizioni delle parti, emergenti dagli atti introduttivi la procedura di mediazione, può dare adito ad imprecisioni o involontarie omissioni, soprattutto se essi risultano quanto articolati. Ancor peggio per il mediatore il caso in cui egli si trovi ad affrontare un'asimmetria tra le parti, sussistente quando il soggetto invitato in mediazione è sì comparso, ma non ha depositato alcun atto per rispondere alla domanda introduttiva la procedura (non esiste obbligo alcuno al riguardo), preferendo discutere solo oralmente – ma magari in modo aperto ed ampio – la vertenza durante gli incontri con il mediatore. In siffatta ipotesi, peraltro oggi abbastanza diffusa nella prassi, è pressoché impossibile per quest'ultimo redigere una proposta circostanziata: siccome gli elementi riferibili si ridurrebbero a quelli presenti nella domanda di mediazione dell'istante, la formale proposta che li riportasse perderebbe obiettività ed il mediatore la propria neutralità. Agli occhi del giudice, infatti, ciò sminuirebbe immeritabilmente l'altra parte, che ha comunque partecipato seriamente alla trattativa.

Per cercare di comprendere quale strada scegliere tra quelle appena illustrate, giova senz'altro richiamare alcuni passi di una significativa – quanto ineccepibile – decisione del Tribunale di Roma, resa il 22 luglio 2011 dalla sua V sezione (pubblicata su questo stesso volume): **“il verbale di conciliazione di cui alla Legge n. 28/2010 recepisce uno schema negoziale nel quale la fase di negoziazione è favorita ed assistita da un privato, il cui ruolo diverge da quello del giudice, in quanto** in quest'ultimo primeggia la funzione di accertare chi ha ragione e chi ha torto, offrendo la soluzione, in termini giuridici, del caso concreto, mentre **il mediatore ha la funzione di favorire l'incontro tra la volontà delle parti e non entra nel merito dei termini dell'accordo**; il che nulla ha a che vedere con la decisione della causa contenziosa. Né tanto meno si può ritenere che il verbale di conciliazione ... perda il suo carattere negoziale in caso di omologa da par-

te del Presidente del Tribunale, in quanto detta omologa, concedibile solo ove l'accordo, oltre ad essere regolare dai un punto di vista formale, non sia contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, non altera la natura di esso, non partecipando il presidente del Tribunale all'atto, ma attribuendogli solo delle garanzie prettamente formali" (sul punto, mi permetto di richiamare il mio scritto": *La difesa (perdi-più obbligatoria) in mediazione: un paradossale "no-sense"*, in *La Mediazione*, 2011, n. 2).

4 Proposta concordata?

La fattispecie sollecita ulteriormente la fantasia. Viene infatti da pensare che, nel formulare il contenuto conciliativo di tale proposta, il mediatore non si sia semplicemente limitato a trarre spunto da quanto emerso durante le trattative con le parti (com'è fisiologico), ma abbia in realtà recepito nella proposta stessa il contenuto di un accordo in buona sostanza già raggiunto dai litiganti durante il negoziato.

Se così fosse, i litiganti avrebbero in sostanza demandato al mediatore il compito di redigere il testo della conciliazione, anziché provvedervi direttamente (come competerebbe loro), magari con l'ausilio dei rispettivi consulenti legali. In simile circostanza, allora, il tenore stesso della proposta viene concordemente definito in via di massima dalle parti, prima di lasciare il tavolo della mediazione.

Acconsentendo a tale manovra, il mediatore si assume di fatto l'onere di elaborare la conciliazione, unitamente alla relativa responsabilità (non retribuita, se il tariffario dell'Organismo non prevede alcun aumento degli onorari per la formulazione della proposta ai sensi dell'art. 11 del d.lgs.!). Onere forse non gravoso, a condizione che la controversia sia di modico valore, il mediatore disponga di adeguate conoscenze giuridiche e la conciliazione risulti costituita da poche semplici pattuizioni.

Solo a prima vista, nella "proposta concordata" ora ipotizzata sembrerebbe ravvisabile una situazione vagamente simile al "**lodo consensuale**". Quest'ultimo è frutto della prassi: con il consenso delle parti,

l'arbitro redige la propria decisione trasfondendovi il contenuto dell'accordo raggiunto dai litiganti in corso di causa (solitamente costituito da una transazione), i cui termini – anche quelli formali – sono stati tutti precedentemente individuati con precisione dai legali che assistono le parti.

Nell'arbitrato, però, tale operazione risponde soprattutto alla necessità di attribuire maggiore forza esecutiva all'accordo compositivo del conflitto, trasformandolo da semplice contratto tra le parti in lodo vero e proprio (se l'arbitrato è internazionale, ciò consente alle parti di accedere anche al meccanismo di riconoscimento previsto dall'apposita Convenzione di New York). In altre parole, il "lodo consensuale" è una modalità per sfruttare al meglio le potenzialità dell'arbitrato, giudizio che altrimenti andrebbe abbandonato, quando cessa la materia del contendere.

Per contro, **nella mediazione** – che è una trattativa assistita – siffatta necessità non esiste, perché la conciliazione allegata al verbale di mediazione gode dell'efficacia esecutiva agevolata grazie all'art. 12 del d.lgs., a prescindere dalla circostanza che le parti siano pervenute all'accordo per effetto di una proposta del mediatore. Anzi, quest'ultima rappresenta una mera eventualità nella mediazione.

Le differenze non si fermano però qui.

In effetti, **la "proposta concordata" sembra intervenire soprattutto in una situazione in cui le parti hanno individuato solo i termini economici della conciliazione, ma non ancora quelli formali** con cui trasferirla in un testo. In tale contesto, allora, al mediatore viene chiesto ben di più di quanto fa l'arbitro in sede di "lodo consensuale", siccome il primo si spinge ad ideare le stesse condizioni formali della conciliazione. Sebbene sotto questo profilo il mediatore abbia un compito più gravoso, ciò non comporta affatto un'estensione dei suoi poteri: in effetti, le parti hanno facoltà di non aderire alla proposta, qualora esse la ritengano formulata in termini che si discostano troppo rispetto al contenuto economico, sul quale si sono accordate – solo in via di massima, senza però concludere un vero e proprio contratto – nel riserbo della mediazione.

Quali le conseguenze, se di verifica quest'ultima ipotesi?

Da un canto, le parti restano libere di continuare la trattativa, per cui esse ben potrebbero respingere la "proposta concordata", per loro

non soddisfacente, e conciliarsi in altro modo. Dall'altro, però, detta proposta si colloca nel rigido meccanismo sancito dall'art. 11 del d.lgs.: pertanto se il negoziato fallisce, in seguito alla loro mancata adesione alla proposta stessa, quest'ultima ben potrebbe finire sul tavolo del magistrato competente a conoscere la controversia.

Alla luce di ciò, emerge che **il demandare al mediatore – mediante il meccanismo della “proposta concordata” – il compito di redarre la conciliazione, non equivale ad un semplice escamotage per esimere le parti da tale incombenza materiale.**

È utile?

Se è il mediatore ad elaborare il testo della conciliazione, si riesce forse ad evitare che le parti, una volta definito il contenuto materiale del loro accordo, si scontrino in una battaglia sulla forma e le clausole contrattuali in cui quest'ultimo va trasfuso. Ciò potrebbe facilitare il successo della mediazione. L'altro lato della medaglia è però costituito dalla rigidità del meccanismo previsto dall'art. 11 del d.lgs., che si riduce ad un mero “prendere o lasciare”. Cosa ostativa all'introduzione di successive modifiche al contenuto della formale proposta del mediatore, che potrebbero però avere carattere essenziale per una parte nel determinarsi ad accettarla.

Esistono correttivi?

Nella nostra fattispecie si è trattato di una proposta comunicata alle parti nei giorni successivi l'incontro di mediazione.

Verrebbe subito da pensare che il mediatore – a condizione che egli sia in grado di agire con debita cognizione di causa – potrebbe ovviare procedendo a formulare la “proposta concordata” ai sensi dell'art. 11 citato durante il corso della seduta di mediazione, sì da mettere le parti in condizione di protrarre il negoziato, qualora quanto da lui scritto non le soddisfi. A ben vedere, però, ciò non vale a superare le criticità poc'anzi individuate. Pur elaborandola durante la seduta di mediazione, se la “proposta concordata” ha veste formale, va adeguatamente verbalizzata: pertanto non cambia né la sua natura, né il suo regime giuridico e le relative implicazioni.

Di conseguenza, se realmente si cerca un correttivo, è giocoforza ammettere che

l'azione propositiva del mediatore debba abbandonare il rigido regime sancito dall'art. 11 del d.lgs. e spostarsi sul piano informale (e cioè rientrare nel terreno proprio della mediazione, che vive di elasticità, riservatezza ed informalità).

Rientrando in tale più appropriata dimensione, **il mediatore ben può – se lo ritiene ed è tecnicamente capace a farlo in modo adeguato – spingersi ad aiutare le parti nell'elaborare i termini tecnici della conciliazione, formulando all'uopo proposte informali.** Esse rappresentano null'altro che un suo contributo (mai invadente!) al negoziato fra le parti, la cui libertà è completamente salva. Essa ha però un ragionevole prezzo: le parti non possono esimersi dal partecipare attivamente alla redazione della conciliazione.

Quest'ultimo modo di agire del mediatore richiama quello individuato nelle *Regole di conciliazione UNCITRAL* (su cui APPIANO, *Brevi note al modello di legge uniforme UNCITRAL sulla conciliazione/mediazione delle controversie commerciali internazionali*, in *Contratto e Impresa / Europa*, 2003, p. 1341). Pensate nel 1980 per disciplinare una mediazione dove le parti – per risparmiare costi – non partecipavano a tutti gli incontri, ma spesso comunicavano a distanza (con i mezzi tecnologici di allora), esse prevedono che chi la conduce possa formulare proposte (*proposals*) ai litiganti, soggette a riservatezza. Così infatti dispone il suo art. 7, comma 4: “*The conciliator may, at any stage of the conciliation proceedings, make proposals for a settlement of the dispute. Such proposals need not be in writing and need not be accompanied by a statement of the reasons therefor*”. Cui si aggiunge il disposto del successivo art. 13, comma 1: “*When it appears to the conciliator that there exist elements of a settlement which would be acceptable to the parties, he formulates the terms of a possible settlement and submits them to the parties for their observations. After receiving the observations of the parties, the conciliator may reformulate the terms of a possible settlement in the light of such observations*”.

Il mediatore può spingersi ad aiutare le parti nell'elaborare i termini tecnici della conciliazione, formulando all'uopo proposte informali, che rappresentano un suo contributo (mai invadente!) al negoziato fra le parti, la cui libertà è completamente salva