

La proposta del mediatore

di Barbara Cocola e Giuseppe Valenti

(Avvocati, Mediatori Civili Professionisti)

Il d. lgs. 28/2010 nel disciplinare la fase conclusiva del procedimento di mediazione attribuisce al mediatore, in caso di mancato accordo tra le parti, la potestà di formulare una proposta conciliativa.

Stabilisce infatti l'art. 11 comma 1 che: *"Quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento. Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'articolo 13"*. L'opzione del legislatore verso un clinamen valutativo nell'ambito di una procedura eminentemente facilitativa trova probabile ragione nella volontà di evitare che il tentativo di conciliazione si traduca in un "nulla di fatto" per l'atteggiamento di chiusura pregiudiziale delle parti, dovuto alle tensioni generate dal conflitto personale, o alla eccessiva convinzione nel fondamento della propria pretesa. La proposta del mediatore assume così un significato ulteriore, soprattutto se valutata nell'ottica dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione. La ratio è fornire un'ultima opportunità alle parti, una concreta e credibile alternativa in extremis alla via giudiziale, stimolando in esse un'ulteriore riflessione conciliativa. Una proposta equilibrata ed imparziale, potrebbe infatti incontrare l'interesse di tutte le parti. Anche per questo, probabilmente nella formulazione originaria il legislatore aveva addirittura previsto il "dovere" del mediatore di formulare una proposta alle parti in disaccordo; più prudentemente, nella versione definitiva della legge il legislatore ha invece rimesso al mediatore l'opportunità di formulare una proposta, limitandone l'obbligo al caso in cui tutte le parti gliene facciano concorde richiesta.

Viste le possibili conseguenze sul regime delle spese processuali dell'eventuale successivo giudizio, formulare una proposta richiede al mediatore un'attenta valutazione degli elementi fattuali, e nello stesso tempo una conoscenza profonda ed accurata degli istituti giuridici investiti dalla controversia e dalle soluzioni ipotizzabili. Perché abbia buon esito è essenziale quindi che la proposta del mediatore sia non solo equilibrata nel senso di dare la massima soddisfazione possibile agli interessi delle parti, ma che tale soluzione possa avere una veste giuridica fedele quanto legalmente corretta.

In una prima lettura si è addirittura è sostenuto che il perimetro delle soluzioni negoziali proponibili dal mediatore fosse più ristretto di quello immaginabile dalle parti: Se infatti queste ultime, nella ricerca di una soluzione condivisa della controversia, potrebbero immaginare accordi creativi il cui contenuto vada anche molto *"ultra petitum"* rispetto al conflitto originario, una proposta formulata dal mediatore non avrebbe dovuto allontanarsi dai *petita* della controversia deducibili in giudizio in caso di mancato accordo, nell'ottica di deterrente al rifiuto ingiustificato della proposta formulata dal mediatore affidata all'art. 13 d.lgs 28/2010. Tale norma consente infatti al giudice di punire pesantemente la parte che rifiuti la proposta del mediatore se corrispondente, anche solo parzialmente, alla successiva sentenza. Per questo è vista con preoccupazione da quegli avvocati che mirano a far beneficiare l'assistito della dilazione assicurata dai tempi del processo. E' questa però una lettura limitata dall'ottica giusprocessualistica della mediazione quale condizione di procedibilità, e non del tutto corretta sul piano sistematico sostanziale. Da tale punto di vista infatti, la proposta del mediatore ha e deve avere (cfr. codice europeo per mediatori, in

particolare quale epifania dell'obbligo di agire sempre nell'interesse della mediazione) una finalità completamente diversa. Ascoltando le parti il mediatore ha la possibilità di venire a conoscenza di aspetti della controversia che mai emergerebbero in sede giudiziale, sicché egli potrebbe pervenire a una proposta che tenga conto di tali aspetti, emersi durante gli incontri di mediazione, ma che perciò potrebbe essere considerevolmente diversa dalla soluzione adottabile con la sentenza, fermo restando il rispetto delle norme imperative. L'obiettivo è qui quello di stimolare una ulteriore riflessione sulla vicenda, facendo emergere interessi, spesso latenti, che le parti inizialmente tendono a non considerare perché troppo coinvolte emotivamente dalla vicenda, o perché arroccate sulle loro questioni di principio. Alla luce delle indicazioni del codice europeo per mediatori, fonte ermeneutica primaria in quanto richiamato nei "considerando" della direttiva 52/CE/2008, di cui il d.lgs. 28/2010 è norma attuativa, il mediatore non dovrebbe perciò essere "distratto" nella formulazione della proposta dalle possibili conseguenze di quest'ultima in sede giudiziale, ma proporre alle parti la "sua" soluzione, nello spirito di una composizione condivisa della controversia, mai come una pressione posizionale sotto minaccia di sanzione. Né d'altra parte sarebbe opportuno associare al mediatore una funzione punitiva, se lo scopo della mediazione è la composizione della controversia.

Quindi sarebbe opportuno che il mediatore, nel monologo di apertura del primo incontro di mediazione, spiegasse alle parti che in caso di *impasse* la proposta del mediatore costituisce una opportunità da valutare con attenzione, uno spunto di riflessione ulteriore che non devono mai temere, ma a cui devono avvicinarsi con fiducia nel momento in cui esse stesse non riescono con le proprie forze a raggiungere un accordo. Si devono superare le resistenze a cooperare nel percorso facilitativo, indotte dal timore dagli effetti della proposta in caso di mancato accordo. La disponibilità a rivelare informazioni preziose per la composizione della lite aumenterebbe, se le parti fossero consapevoli che tali informazioni possono essere utilizzate sempre e solo nel loro interesse.

Nella più recente esperienza italiana ancora si assiste alla sottovalutazione della mediazione quale opportunità per risolvere le controversie. Probabilmente ciò è dovuto alla disinformazione strategica attuata da una parte dell'avvocatura, prevenuta, male informata e quindi avversa l'istituto. Un atteggiamento che spesso si esprime con la mancata comparizione delle parti invitate al primo incontro di mediazione o, ancora peggio, attraverso la comparizione solo formale della parte invitata, con la pretesa aprioristica di non impegnarsi in alcun tentativo conciliativo, nella erronea convinzione di avere così esperito (*rectius* eluso) il tentativo obbligatorio di mediazione laddove essa è condizione di procedibilità. In questi casi soprattutto la proposta può essere utilizzata dal mediatore per sbloccare la situazione e stimolare una soluzione effettiva ed efficace della lite.

Il mediatore, che svolgesse l'incontro di mediazione alla presenza della sola parte istante, potrà, invitare quest'ultima a formulare essa stessa una proposta conciliativa, anche riconsiderando la posizione iniziale al fine di stimolare la parte non aderente ad una riflessione ulteriore. In questo caso non si tratta di "proposta del mediatore" ma di "proposta della parte", che non ha alcuno degli effetti previsti dall'articolo 13 del decreto 28/2010, ma che potrà, una volta trasmessa alla parte assente e da essa disattesa, essere riportata nel verbale di mancato accordo allo scopo di evidenziare l'*animus* conciliandi della parte istante, e quindi valutata dal giudice nel successivo giudizio per desumerne eventualmente argomenti di prova ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile.

A seguito del rifiuto della parte assente a prendere in considerazione la proposta dell'istante, quest'ultima potrebbe chiedere al mediatore, qualora il regolamento dell'organismo lo prevedesse, di formulare una proposta conciliativa. Il mediatore dovrebbe allora formulare una proposta che possa avere una certo "*appeal*" nei confronti della controparte usando

prudenza ed attenzione, sulla base dei soli elementi forniti dalla parte istante, che potrebbero non essere sufficienti alla completa comprensione della controversia. E' quindi consigliabile che il mediatore rifletta attentamente, in quanto l'obiettivo dovrà essere sempre e comunque quello di agire nell'interesse della mediazione, cioè al fine di provocare una reazione positiva nell'altra parte, e gli elementi forniti da una sola di esse non sempre sono sufficienti ad una disamina completa della vicenda per la formulazione di una proposta. Inoltre quest'ultima potrebbe anche indurre la parte assente a rivalutare la possibilità di aderire alla procedura, perfino rifiutando prima facie la proposta del mediatore, e contestualmente inviando una propria controproposta che potrebbe così riaprire il dialogo tra le parti. Anche una proposta del mediatore rifiutata dalle parti, ma che portasse ad uno scambio reciproco di proposte e ad una soluzione finale positiva avrebbe comunque raggiunto il suo scopo: aprire il negoziato e il confronto, trasformare il conflitto in una soluzione, in altre parole l'essenza della mediazione.

Nel caso invece in cui, oltre alla proposta di parte, anche la proposta del mediatore venisse rifiutata, nel verbale di mancata adesione verrebbero inserite sia la proposta della parte che la proposta del mediatore, con risvolti interessanti in sede giudiziale, potendo la parte non aderente subire conseguenze non solo ai sensi dell'art. 116 cpc ma anche ai sensi dell'art. 13 del d. lgs. 2013 nonché quelle di cui all'art. 8 comma 4 bis del d. lgs 28/2010 per la mancata adesione.

In assenza della parte invitata, la proposta conciliativa formulata dal mediatore può sembrare voler snaturare il suo ruolo "naturale", affidandogli un ruolo "valutativo-punitivo" non coerente con il concetto di mediazione "pura" che tanto ci è caro. Questo può essere vero in astratto, tuttavia nella pratica quotidiana bisogna tener conto degli effetti della obbligatorietà del tentativo pregiudiziale, che prospetta la mediazione anche a parti e avvocati prevenuti e riottosi, e dei tentativi di abuso della "via di fuga" offerta dalla pretesa gratuità del mancato accordo al primo incontro. Insomma nell'attuale momento storico la diffusione della mediazione sta vivendo una fase difficile a causa della cattiva percezione dell'istituto, complice non poco l'avversione di parte dell'avvocatura che si riverbera sui cittadini-clienti, e necessita quindi del ricorso a strumenti che superino tale ostacolo.

L'esperienza pratica degli organismi che hanno adottato questa linea ha sinora mostrato che l'invio di una proposta, sia essa di parte o del mediatore, aiuta a riaprire e definire positivamente un maggior numero di trattative, soprattutto quando il mediatore abbia evidenziato nella comunicazione d'invio della stessa le conseguenze del rifiuto.

Ernesto Lupo, Primo Presidente della Corte di Cassazione, alla conferenza "Il Giusto rapporto tra giurisdizione e mediazione" del 19 ottobre 2012 disse: *"In Italia, il tentativo di conciliazione è previsto dal legislatore come obbligatorio in diverse materie. La scelta è dovuta alla necessità di forzare un cambiamento culturale che altrimenti sarebbe sicuramente mancato"*. Con lo stesso spirito proteso al cambiamento culturale, il mediatore deve avvicinarsi con coraggio alla proposta, consapevole di disporre di uno strumento fondamentale per l'affermazione dell'istituto della mediazione, certamente forzoso nei casi di mancata adesione, ma allo stesso modo irrinunciabile in questa fase così difficile per la giustizia italiana, in cui la mediazione può costituire, se conosciuta e compresa, un primo passo verso una gestione del conflitto più a "misura della persona".