



Rapporti tra procedimento di mediazione e processo giurisdizionale nell'ordinamento italiano

(Relations between mediation and judicial dispute resolution in Italy)

Salvatore Ziino

Professor of Civil Procedure at the University of Palermo, Italy.

Abstract: The article relates the so-called ADRs, specially mediation, with judicial law suits.

Keywords: Mediation. Judicial Dispute Resolution. Civil Procedure

Parole-chiave: Mediazione. Processo Giurisdizionale. Processo Civile.

Summary: 1. Premessa. - 2. La mediazione come strumento di ADR. - 3. Il procedimento di mediazione secondo la Direttiva 2008/52/CE. - 4. Mediazione facilitativa e c.d. mediazione valutativa. - 5. La mediazione regolata dal decreto legislativo n. 28 del 2010. - 6. Cenni su alcuni dubbi di legittimità costituzionale e sul possibile contrasto tra le nuove disposizioni e la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 6) e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 47). - 7. Conclusioni.

1. Premessa. - Le recenti disposizioni in materia di mediazione, che sono state introdotte nell'ordinamento italiano dal decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, stabiliscono che l'esperimento del tentativo di conciliazione costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Questo scritto esamina i rapporti tra il procedimento di mediazione ed il processo, che si svolge davanti al giudice ordinario.



Il legame tra procedimento di mediazione e processo civile è regolato dall'art. 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, *“Attuazione dell'art. 60 della l. 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali”*, che ha la rubrica *“Condizione di procedibilità e rapporti con il processo”*.

Questa disposizione stabilisce che la parte deve esperire il tentativo di conciliazione prima di iniziare il processo davanti al giudice ordinario in numerose materie¹; se la parte instaura la controversia davanti al giudice civile prima di avere esperito il tentativo di conciliazione, il giudice non può decidere la causa e deve sospendere il processo, assegnando alle parti un termine per esperire il tentativo di conciliazione.

A fronte di queste rilevanti novità legislative, l'indagine dello studioso non può rimanere limitata all'esame delle disposizioni che impongono adempimenti a carico delle parti.

Per una corretta comprensione della portata e della rilevanza delle nuove disposizioni occorre esaminare anche la natura e le caratteristiche della nuova disciplina in materia di mediazione.

Prima di procedere alla disamina dei rapporti tra il procedimento di mediazione e il processo giurisdizionale davanti al Giudice dello Stato, appaiono necessarie alcune precisazioni terminologiche, che consentano di chiarire cosa debba intendersi per *“mediazione”* secondo la nuova normativa italiana.

Innanzitutto va sottolineato che con il termine *“mediazione”* facciamo riferimento al nuovo istituto introdotto dal decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, *“Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali”*².

¹ Ai sensi dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010 il tentativo di conciliazione è condizione di procedibilità nelle controversie *“in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari”*. Si tratta di una gran parte del contenzioso civile.

² Il decreto legislativo è stato emanato in forza della delega contenuta nell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, *“Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile”*.



In questo testo legislativo il termine “*mediazione*” viene utilizzato secondo una accezione diversa da quella propria della nostra tradizione giuridica.

Segnatamente con la parola *mediazione* viene indicato un istituto, che sino ad oggi era estraneo al nostro ordinamento: il legislatore ha così attribuito un nuovo significato a questo termine.

Al riguardo va ricordato che nel nostro codice civile, entrato in vigore nel 1942, la *mediazione* è regolata tra i contratti tipici (artt. 1754 ss.).

Il mediatore è colui il quale mette in contatto due parti per la conclusione di un affare; dalla conclusione dell'affare sorge il diritto del mediatore al compenso³. Le leggi successive al codice civile hanno continuato a fare uso dello stesso significato del termine *mediazione*⁴.

³ L'art. 1754 c.c. definisce mediatore chi “*mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza*”. Per completezza va ricordato che parte della dottrina esclude la natura contrattuale della *mediazione* regolata dal codice civile: cfr., anche per richiami, Cataudella, A., *Note sulla natura giuridica della mediazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, 65 ss.

⁴ Ad esempio, la legge 21 marzo 1958, n. 253, “*Disciplina della professione di mediatore*”, successivamente modificata dalla legge 3 febbraio 1989, n. 39 “*Modifiche ed integrazioni alla legge 21 marzo 1958, n. 253, concernente la disciplina della professione di mediatore*”, la quale ha istituito, presso le Camere di Commercio, un ruolo degli agenti di affari in *mediazione*.

La stessa accezione viene utilizzata, tra l'altro, dal recente decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141, che ha modificato il decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, “*Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*”: la c.d. legge bancaria. L'art. 128 *sexies*, del d.lgs. n. 385 del 1993 regola la figura dei “*Mediatori creditizi*”, che sono definiti come i soggetti che mettono in relazione, “*anche attraverso attività di consulenza, banche o intermediari finanziari (...) con la potenziale clientela per la concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma*”.

Analoghe caratteristiche ha la figura del mediatore richiamata dall'art. 2, del decreto legislativo 1 settembre 2003, n. 276, “*Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla L. 14 febbraio 2003, n. 30*”, che nella lettera b) definisce *intermediazione* “*l'attività di mediazione tra domanda e offerta di lavoro*”.

Prima delle legge delega 18 giugno 2009, n. 69, il termine *mediazione* era stato occasionalmente utilizzato dal legislatore per indicare un istituto giuridico diverso rispetto a quello regolato dal codice civile. L'art. 29, del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, “*Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace*”, stabilisce che il giudice di pace “*quando il reato è perseguibile a querela, promuove la conciliazione tra le parti. In tal caso, qualora sia utile per favorire la conciliazione, il giudice può rinviare l'udienza per un periodo non superiore a due mesi e, ove occorra, può avvalersi anche dell'attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio. In ogni caso, le dichiarazioni rese dalle parti nel corso dell'attività di conciliazione non possono essere in alcun modo utilizzate ai fini della deliberazione*”.

In materia penale va segnalata pure la *Raccomandazione n. (99) 19 sulla mediazione in materia penale* adottata dal Consiglio d'Europa il 15 settembre 1999; l'espressione “*mediazione penale*” è utilizzata pure in altri provvedimenti normativi, come il D.P.R. 2 luglio 2003, “*Piano nazionale di azione e di interventi per la tutela dei diritti e lo sviluppo dei soggetti in età evolutiva 2002-2004*”. La *mediazione penale* ha un campo specifico di applicazione nel processo minorile, come forma di superamento di conflitti e di riduzione delle conseguenze del reato, soprattutto al fine di agevolare il reinserimento sociale del minore.



Anche la legge che regola la professione di avvocato utilizza il “mediatore” nel significato tradizionale e stabilisce che “l’esercizio delle professioni di avvocato e di procuratore è incompatibile (...) con la qualità di (...) mediatore”⁵; allo stesso modo il codice deontologico approvato dal Consiglio Nazionale Forense stabilisce che l’avvocato “non deve porre in essere attività commerciale o di mediazione” (art. 16).

Il decreto legislativo n.28 del 2010 usa il termine mediazione con un diverso significato, che non era estraneo alla lingua italiana, ma era rimasto al di fuori del linguaggio giuridico degli studiosi del diritto e del processo civile⁶.

Nel vocabolario della lingua italiana leggiamo che per mediazione si intende anche la “azione esercitata da una persona (o anche da un ente, un’associazione, una collettività, una nazione) per favorire accordi fra altre o per far loro superare i contrasti che le dividono”⁷.

Questo uso del termine deriva dal latino tardo *mediatio* ed era stato abbandonato dal nostro legislatore.

Adesso, nel decreto legislativo n. 28 del 2010 si usa il termine mediazione per indicare uno strumento diretto a favorire il superamento di contrasti tra le parti, è entrato nel linguaggio giuridico.

Anche la legge 8 febbraio 2006, n. 54, “Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli” ha utilizzato il termine mediazione per indicare forme di superamento di conflitti. Segnatamente, l’art. 2 della legge n. 54 del 2006 ha introdotto nel codice civile l’art. 155 *sexies*, il quale stabilisce che nei procedimenti relativi all’affidamento di minori, “il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l’adozione dei provvedimenti (...) per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell’interesse morale e materiale dei figli”. In materia di famiglia la legge 28 agosto 1997 n. 285 “Disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per l’infanzia e l’adolescenza” aveva introdotto la mediazione familiare, istituto che mira a superare conflitti, ma ha caratteristiche ben diverse rispetto alla mediazione introdotta dal decreto legislativo n. 28 del 2010. Sulla mediazione familiare si vedano le chiare pagine della *Introduzione* in BATTAGLINI M., CALABRESE M., MARCHIO F., SACCU C., STAMPA P, *Codice della mediazione familiare*, Milano, 2001, pag. 1 ss.

⁵ Art. 3, r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, “Ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore”. La nuova legislazione, contenuta nel d.lgs. n. 28 del 2010, stabilisce che i Consigli dell’Ordine degli Avvocati possono istituire organismi di mediazione in locali messi a disposizione dal Presidente del Tribunale (art. 18). Questa disposizione è basata sul presupposto che l’avvocato possa svolgere la nuova attività di mediazione regolata dal decreto legislativo n. 28 del 2010 e mira ad incentivare lo svolgimento di questa attività da parte degli avvocati.

⁶ Come è stato segnalato nella nota 4, da alcuni anni il termine mediazione aveva fatto il suo ingresso in altri settori, come il diritto penale e il diritto di famiglia.

⁷ Questa è la definizione contenuta nel Vocabolario Treccani della lingua Italiana.



Al fine di evitare equivoci, è bene chiarire che l'utilizzo di questo termine non è conseguenza della scelta del legislatore di fare rivivere la nostra tradizione linguistica.

La parola mediazione è, più semplicemente, la traduzione di testi provenienti dalla Comunità Europea, dove viene adoperato il termine *mediation*, che da tempo era usato nei paesi di lingua inglese, soprattutto negli Stati Uniti d'America.

La parola *mediation*, a sua volta, deriva dal latino *mediatio*.

Questo termine è stato quindi esportato nei paesi di lingua inglese per poi ritornare in Italia⁸.

La dottrina italiana negli anni passati non aveva dimenticato le affinità esistenti tra la mediazione, come contratto regolato dal codice civile, e la conciliazione delle controversie.

Per questa ragione la dottrina aveva sottolineato che ogni conciliazione *“ha la struttura della mediazione: quando, nella teoria del diritto privato, si insegna che il mediatore avvicina i contraenti, non si dice nulla di sostanzialmente diverso da ciò perché i contraenti non sono altro che i due soggetti di un conflitto di interessi e il contratto non è altro che la sua composizione”*⁹.

Dopo questa necessaria premessa sulle origini del termine *“mediazione”*, dobbiamo sottolineare che il nuovo istituto, introdotto dal decreto legislativo n. 28 del 2010, porta con sé qualcosa di nuovo rispetto alla figura classica del mediatore o del conciliatore.

Le nuove disposizioni devono essere esaminate con l'ausilio della dottrina straniera, soprattutto americana, che negli ultimi decenni ha approfondito l'istituto della *mediation* ed ha

⁸ Non sembra quindi fuori luogo richiamare le parole di SHAKESPEARE, *“the wheel is come full circle”*: la ruota ha compiuto un giro completo (ed è tornata al punto di partenza): *Re Lear*, atto quinto, scena terza, verso 175.

⁹ CARNELUTTI, F., *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 174. Alla mediazione faceva riferimento pure la relazione PISANELLI al codice di procedura civile del 1865, nella parte relativa alla composizione bonaria delle controversie innanzi al giudice conciliatore. PISANELLI osserva che il processo verbale di conciliazione innanzi al giudice conciliatore equivaleva ad un titolo esecutivo, se la controversia non eccedeva la sua competenza per valore. *“Quando il valore eccede o sia indeterminato, l'ufficio dello stesso giudice risolvendosi in quello di semplice mediatore, la conciliazione non potrà avere che la forza di una scrittura privata riconosciuta in giudizio”* (cfr. PISANELLI, G., *Relazione ministeriale sul libro primo del progetto di codice di procedura civile*, in *Codice di procedura civile del Regno d'Italia, 1865*, in *Testi e documenti per la storia del processo*, a cura di N. Picardi e A. Giuliani, Milano, 2004, pag. 5 ss.). Sul punto, anche per ulteriori richiami, PUNZI, C., *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 845 ss.



spinto all'uso di nuovi strumenti di risoluzione convenzionale delle controversie.

Il giurista italiano deve confrontarsi con gli studi stranieri in questa materia, che viene generalmente indicata con l'acronimo *A.D.R.*: *alternative dispute resolution*¹⁰.

La terminologia adoperata dal legislatore e dai primi commentatori richiama le esperienze straniere, che però spesso sono fraintese sia nei presupposti che nell'ambito di applicazione.

Ulteriori difficoltà di comprensione e di inquadramento dell'istituto in esame derivano dal fatto che il legislatore ha voluto utilizzare un vocabolo proprio del nostro linguaggio extragiuridico e nello stesso tempo ha attribuito al termine "*mediazione*" significati nuovi, creando uno specifico istituto di diritto positivo, che deve essere analizzato alla luce delle disposizioni vigenti.

Con l'uso del termine "*mediazione*" il legislatore ha voluto designare un nuovo complesso di regole, che deve essere rinvenuto dall'interprete in diverse fonti normative ed attraverso il coordinamento tra diversi istituti.

Il giurista deve esaminare il diritto positivo per comprendere e inquadrare l'istituto della mediazione, regolata dalle disposizioni contenute nel decreto legislativo n. 28 del 2010.

Si tratta di un impegno che richiede attenzione, con la consapevolezza che la mediazione è un prodotto di diritto positivo e l'uso di un termine di uso comune potrebbe trarre in inganno sul contenuto e le caratteristiche di questo nuovo istituto.

Il giurista non può adagiarsi su concetti astratti e non può attribuire alle parole usate dal legislatore il significato che considera più appropriato: deve confrontarsi con il diritto positivo, per interpretarlo, scomporlo, ordinarlo e ricostruirlo all'interno del sistema, confrontandosi con l'intero ordinamento.

Questa premessa, essenziale per lo studio di qualsiasi istituto, appare necessaria per lo

¹⁰ Risoluzione alternativa delle controversie: con questa espressione si intende, in modo generico, la risoluzione delle controversie in modo differente rispetto alla decisione del giudice. Gli strumenti di ADR sono fondati sulla volontà negoziale, ma possono essere tra di loro profondamente diversi, come ad esempio la conciliazione e l'arbitrato.



studio della mediazione in materia civile e commerciale, introdotta dal decreto legislativo n. 28 del 2010.

Basti considerare che, secondo il comune sentire (e secondo la normativa comunitaria, come vedremo), la mediazione dovrebbe essere un procedimento ben diverso dal processo giurisdizionale, per un motivo fondamentale: la mediazione dovrebbe essere basata sul consenso volontario e non dovrebbe prevedere l'esercizio di poteri di imperio.

La mediazione non dovrebbe costituire fonte di conseguenze pregiudizievoli per le parti; dovrebbe svolgersi su basi volontarie e con forme snelle: se il mediatore si limita ad aiutare le parti nella ricerca di una soluzione condivisa, non occorre neppure tutelare il contraddittorio¹¹.

Di contro, la legislazione italiana sembra in contrasto con la libertà delle parti nel procedimento di mediazione. Si vedrà che, in forza delle disposizioni introdotte dal decreto legislativo n. 28 del 2010, la "mediazione" mira a forzare la volontà della parti¹² e sono previste forme di coazione, che appaiono in contrasto con i principi dettati dall'Unione Europea in materia di mediazione e con alcuni fondamentali principi in materia di giurisdizione.

2. *La mediazione come strumento di ADR.* - L'Unione Europea guarda con favore lo sviluppo di politiche dirette a incoraggiare la conciliazione delle controversie civili e commerciali, attraverso l'uso di forme di mediazione¹³.

¹¹ In ragione di queste caratteristiche, la *mediation* è stata definita un "*procedimento privato estremamente informale e confidenziale, colto a riconciliare le parti in conflitto attraverso l'ausilio di un terzo neutrale, non legato alle parti né da vincoli legali né da vincoli contrattuali*": SANTAGADA, F., *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008, 102.

¹² Si è parlato acutamente di "*mediazione forzata*": MONTELEONE G., *La mediazione forzata*, in *Il giusto processo civile*, 2010, 21 ss.

¹³ Sulla scorta della Direttiva della Comunità Europea n. 52 del 21 maggio 2008, "*Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale*" possiamo considerare controversie "*civili e commerciali*" tutte le cause in materie regolate dal codice civile e dalle leggi speciali e relative a diritti disponibili: sono escluse le controversie relative a diritti di cui le parti non possono disporre e, in particolare, le controversie in materia fiscale, doganale e amministrativa o derivanti da responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (*acta iure imperii*) (art. 1 della Direttiva).



La mediazione è considerata dall'Unione Europea una forma di tutela alternativa, volontaria e rapida, che facilita l'accesso alla giustizia ed amplia il sistema della tutela dei diritti dei cittadini europei.

La mediazione deve essere incentivata dagli stati membri perché rende più agevole l'accesso alla giustizia da parte dei cittadini e da parte dei consumatori: la mediazione non è vista come un *escamotage* a disposizione dello Stato per posticipare la instaurazione delle causa e neppure come uno scudo per tutelare un sistema giudiziario inadeguato rispetto alla domanda di giustizia; è invece diretta ad agevolare la possibilità di fare valere i propri diritti e consente di ottenere un risultato condiviso dalle parti, che saranno indotte a dare spontanea esecuzione agli accordi conclusi bonariamente.

Si tratta, dunque, di uno strumento di tutela dei diritti che si aggiunge alle altre, tradizionali forme di tutela.

Inizialmente la Comunità Europea si è occupata di mediazione, come strumento di ADR, diretto ad agevolare e rendere omogenea la tutela dei consumatori, nella consapevolezza che è più semplice introdurre regole uniformi in questa materia, rispetto ad altri settori della giustizia civile.

Gli strumenti alternativi di soluzione della lite sono stati pensati e suggeriti dalla Comunità Europea per offrire alle parti uno strumento adeguato per la soluzione di quei conflitti che presentano caratteristiche peculiari, a fronte delle quali il processo civile, seppur efficiente e di durata ragionevole, potrebbe rilevarsi, sotto altri profili, non del tutto soddisfacente¹⁴.

Lo sviluppo di sistemi di soluzione alternativa delle controversie è stato oggetto di numerosi provvedimenti comunitari, tra i quali spicca il *"Libro Verde relativo ai modi alternativi*

In materia di famiglia e di lavoro la Direttiva può trovare applicazione nei limiti in cui la legislazione applicabile ritiene che le parti *"hanno la facoltà di decidere da sole in base alla pertinente legge applicabile"* (punto n. 10 dei *"Considerando"*, che costituiscono la premessa alla Direttiva).

La Direttiva trova applicazione soltanto nelle controversie transfrontaliere ma gli Stati membri possono applicare le relative disposizioni ai procedimenti di mediazione interni. Scopo della Direttiva è di *"garantire un miglior accesso alla giustizia"* (*"Considerando"* n. 5).

¹⁴ CUOMO ULLOA, F., *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, 179.



*di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale*¹⁵.

Il Libro Verde, come è noto, è un atto atipico e non produce effetti vincolanti, ma esprime gli indirizzi della Commissione della Comunità Europea.

Ora, secondo il *“Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale”* il ricorso a strumenti alternativi di soluzione della lite non dovrebbe essere diretto a sopperire alla crisi del sistema giudiziario: al contrario, gli *“ADR forniscono una risposta alle difficoltà di accesso alla giustizia”*¹⁶.

Il loro scopo è consentire alle parti di porre fine al conflitto in modo semplice e, soprattutto, conveniente per entrambe.

La mediazione secondo l’Unione Europea presenta una specifica differenza rispetto ad altri strumenti che pongono fine alla controversia: la esistenza di uno specifico *“procedimento”*, che è organizzato con la collaborazione di un terzo (il mediatore) in modo da consentire alle parti di raggiungere un risultato negoziale, volontario, che possa riconciliare le parti e porre fine alla lite.

In questa prospettiva, l’Unione Europea ha posto in evidenza che nei procedimenti di ADR occorre evitare lo scontro tra le parti: *“nelle forme di ADR in cui i terzi non prendono alcuna decisione, le parti non si affrontano più, ma al contrario s’impegnano in un processo di riavvicinamento, e scelgono esse stesse il metodo di risoluzione del contenzioso svolgendo un ruolo più attivo in tale processo per tentare di trovare da sole la soluzione che conviene loro di*

¹⁵ I provvedimenti emessi dalla Comunità Europea sono numerosi. Tra i più importanti, vanno ricordati il Codice Europeo di Condotta per Mediatori (si tratta di un codice deontologico per i mediatori elaborato dalla Commissione, insieme ad esperti del settore, nel luglio 2004), la Raccomandazione della Commissione del 4 aprile 2001 (2001/310/CE) sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo; la Raccomandazione della Commissione del 30 marzo 1998 (98/257/CE) riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo. Molte Direttive di settore (*e-commerce*, servizi postali, servizi finanziari, energia) a loro volta sollecitano l’adozione di programmi ADR. Nel 2008 è stata approvata la *“Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale”*. Sul tema si rinvia a VIGORITI, V., *La direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione?*, in *Riv. arb.* 2009, p. 1.; Id., *Europa e mediazione: le sollecitazioni della Commissione*, sul sito www.judicium.it.

Si ricorda che la Comunità Europea dal primo dicembre 2009, data di entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha assunto la denominazione di Unione Europea. Nel testo vengono utilizzate entrambe le denominazioni.

¹⁶ Punto n. 5 del Libro Verde.



più. Questo approccio consensuale aumenta le possibilità per le parti di mantenere, una volta risolta la lite, le loro relazioni di natura commerciale o di altra natura”¹⁷.

Il nucleo fondamentale della mediazione è costituito dalla presenza di un soggetto terzo, che assiste le parti, in modo da agevolare *“una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti”*.

Attraverso la mediazione: le parti possono ottenere un risultato che considerano soddisfacente e *“gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti”¹⁸.*

Il procedimento di mediazione tende a soddisfare entrambe le parti e anche sotto questo profilo il risultato del procedimento di mediazione non è equiparabile a quello del processo giurisdizionale davanti al giudice dello Stato.

Basti considerare che all’esito del processo giurisdizionale viene emessa una sentenza e almeno una delle parti rimane insoddisfatta del risultato ottenuto; spesso la decisione viene impugnata dalle parti e può anche accadere che essa non soddisfi le concrete esigenze di alcuna delle parti; la decisione, poi, viene eseguita dalla parte soccombente soltanto in virtù della sua efficacia esecutiva, in quanto idonea all’esecuzione forzata. E non è raro che la parte soccombente possa ricorrere a stratagemmi per sottrarsi all’esecuzione.

La soluzione concordata, invece, di solito è gradita ad entrambe le parti ed ha maggiori probabilità di essere eseguita bonariamente.

¹⁷ Punto n. 10 del Libro Verde. La precedente raccomandazione della Commissione del 30 marzo 1998, *“riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo”* aveva messo in evidenza che nel caso in cui le procedure di ADR, *“indipendentemente dalla loro denominazione, portano ad una risoluzione della controversia tramite l'intervento attivo di un terzo che propone o impone una soluzione”* deve trovare piena applicazione il principio del contraddittorio e deve svolgersi un procedimento disciplinato da regole certe. Diverse caratteristiche hanno invece *“le procedure che si limitano a un semplice tentativo di riavvicinare le parti per convincerle a trovare una soluzione di comune accordo”*.

¹⁸ “Considerando” n. 6 della Direttiva.



3. *Il procedimento di mediazione secondo la Direttiva 2008/52/CE.* – In seguito al Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997 la cooperazione giudiziaria in materia civile è divenuta materia di competenza della Comunità Europea¹⁹ e il Consiglio può adottare misure nel settore del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, comprese le decisioni extragiudiziali.

Poiché la cooperazione giudiziaria in materia civile è diventata una competenza comunitaria, la Comunità Europea ha potuto adottare, in questa materia, numerosi provvedimenti vincolanti per gli Stati membri o per i cittadini: regolamenti, direttive e decisioni (i c.d. strumenti giuridici comunitari).

Tra i provvedimenti emessi dalla Comunità Europea nella vigenza del Trattato CE vi è la *“Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale”*.

In seguito alla entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la cooperazione giudiziaria in materia civile è ora ricompresa tra le materie elencate dall'art. 81 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)²⁰.

Come si è detto nel precedente paragrafo, secondo la Comunità Europea lo sviluppo di metodi alternativi non costituisce uno strumento per deflazionare il processo giurisdizionale; ha invece lo scopo di consentire alle parti di pervenire autonomamente e volontariamente ad una definizione rapida, che tenga conto delle loro esigenze. In questo senso si esprime il *“Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale”*.

Nel Libro Verde si legge, tra l'altro, che un *“approccio consensuale aumenta le possibilità*

¹⁹ Il Trattato di Amsterdam è entrato in vigore il 1° maggio 1999.

²⁰ Prima della entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la cooperazione giudiziaria in materia civile era regolata dall'art. 65 del Trattato della Comunità Europea. In forza dell'art. 81 del TFUE l'Unione Europea *“sviluppa una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali”* e può adottare *“misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri”*: si tratta di una competenza molto ampia.



per le parti di mantenere, una volta risolta la lite, le loro relazioni di natura commerciale o di altra natura” e che i “I metodi di ADR si caratterizzano per la loro flessibilità, nel senso che le parti sono, in linea di principio, libere di ricorrere all'ADR, di decidere quale organizzazione o quale persona incaricare della procedura, di determinare quale procedura seguire, di scegliere se parteciparvi personalmente o se farsi rappresentare e infine di deciderne l'esito” (punti 10 e 11 del Libro Verde).

Questi obiettivi e la salvaguardia della volontà delle parti sono state rafforzate nella *“Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale”*.

Nel *“Considerando”* n. 6 leggiamo che: *“La mediazione può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti. Gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti. Tali benefici diventano anche più evidenti nelle situazioni che mostrano elementi di portata transfrontaliera”*.

Nella Direttiva si mette spesso l'accento sulla volontarietà.

Nei *“Considerando”* si legge, ad esempio:

- *“(10) La presente direttiva dovrebbe applicarsi ai procedimenti in cui due o più parti di una controversia transfrontaliera tentino esse stesse di raggiungere volontariamente una composizione amichevole della loro controversia con l'assistenza di un mediatore”*;

- *“(13) La mediazione di cui alla presente direttiva dovrebbe essere un procedimento di volontaria giurisdizione nel senso che le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento”²¹*.

²¹ La versione italiana della Direttiva non rispetta il testo originale inglese, che ha il seguente contenuto: *“The mediation provided for in this Directive should be a voluntary process in the sense that the parties are themselves in charge of the process and may organise it as they wish and terminate it at any time”*. L'espressione *“voluntary process”* è stata tradotta come *“volontaria giurisdizione”*, ma non ha nulla a che vedere con la volontaria giurisdizione, che designa quei procedimenti in cui il giudice interviene nel processo formativo della volontà



La stessa definizione di mediazione, nell'art. 3 mette in risalto la libera volontà delle parti: la mediazione è definita come *“un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro”*²².

Nella Direttiva si pone quindi l'accento su tre elementi:

- a) la esistenza di un procedimento strutturato, che si svolge con l'assistenza del mediatore;
- b) la centralità delle parti, che *“tentano esse stesse”* di raggiungere un accordo;²³
- c) la volontarietà del procedimento.

Il Codice Europeo di Condotta del Mediatore, a sua volta, sottolinea la necessità che l'eventuale accordo sia frutto di un consenso pieno e chiarisce che *“le parti possono ritirarsi dalla mediazione in qualsiasi momento senza fornire alcuna giustificazione”* (art. 3.3.).

Corollario della volontarietà del procedimento e della libertà delle parti è la riservatezza, che è fondamentale per garantire alle parti la possibilità di dialogare senza remore nel corso delle trattative²⁴.

giuridica di un soggetto ed emette autorizzazioni o omologazioni, ovvero procedimenti di nomina di curatori o tutori. Secondo la Direttiva il procedimento di mediazione è, più semplicemente, un procedimento volontario, *“voluntary process”*, rimesso alla disponibilità ed alla autonomia delle parti.

²² Appare interessante notare che nel decreto legislativo n. 28 del 2010 non si trova mai la parola *“volontario”*, neppure nella definizione di *“mediazione”*. Soltanto nell'art. 2, comma 2, *“Controversie oggetto di mediazione”* si legge che *“Il presente decreto non preclude le negoziazioni volontarie e paritetiche relative alle controversie civili e commerciali, nè le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi”*: il legislatore riconosce che la volontarietà deve essere ricercata in altre fonti, diverse dal decreto in materia di mediazione!

²³ Appare evidente il richiamo alle c.d. mediazioni facoltativa, o mediazione *tout court*. Sulla distinzione tra mediazione facilitativa e c.d. mediazione aggiudicativa (o valutativa), si veda *infra*.

²⁴ Si vedano al riguardo il *“Considerando”* n. 23 e l'art. 7 della Direttiva.



4. *Mediazione facilitativa e c.d. mediazione valutativa.* - Nella disamina dei provvedimenti dell'Unione Europea vanno sottolineate la volontarietà del procedimento e la centralità delle parti, che “*tentano esse stesse*” di raggiungere un accordo.

Il mediatore non deve “decidere” la causa, non deve “anticipare” la decisione e non deve fare pronostici: la volontarietà della mediazione comporta come corollario che il mediatore non può condizionare le parti.

Il mediatore può contribuire per fare emergere gli interessi sottesi al conflitto e individuare eventuali forme di componimento, ma non può in nessun caso esercitare pressioni, dirette o indirette, prospettando il possibile esito della causa: questa è una attività propria del legale, non del mediatore.

Il mediatore non è un legale e neppure un giudice, non *dicit jus*, ma invita le parti a dialogare per ricercare una soluzione *volontaria*.

Se il mediatore condiziona la volontà delle parti con minacce più o meno velate, egli tradisce la sua vera funzione.

Questa constatazione è alla base della mediazione ed è confermata dai Codici etici, dove sono presenti disposizioni, che vietano al mediatore di lasciare intendere quale sarà, secondo lui, l'esito della causa: la prospettazione dell'esito della controversia costituisce una forma di indebita coazione del mediatore sulla volontà delle parti.

Secondo l'Unione Europea e secondo la prassi diffusa sino ad ora anche in Italia, tra gli organismi di mediazione che operano da alcuni anni presso le Camere di Commercio, davanti al mediatore non si deve svolgere una attività giurisdizionale: non si deve stabilire chi ha torto e chi ha ragione, perché le parti non devono litigare, ma vengono aiutate a cercare una definizione bonaria.

Il mediatore non è un giudice e non deve *jus dicere*, nè può esercitare forme surrettizie di giurisdizione, coartando la volontà delle parti.

Come si vedrà tra breve, la legislazione italiana si è discostata da queste caratteristiche,



invocando una presunta distinzione tra “*mediazione facilitativa*” e “*mediazione aggiudicativa*”.

Secondo questa distinzione la c.d. “*mediazione facilitativa*”²⁵ avrebbe lo scopo di agevolare le parti al raggiungimento in via autonoma di una conciliazione: il mediatore si può attivare per indurre le parti a trovare una intesa, indagando sugli interessi sottesi al conflitto, ma deve restare neutrale e non può pronunciarsi sul merito della controversia.

Nella c.d. “*mediazione aggiudicativa*”²⁶ invece il conciliatore dovrebbe valutare - seppur allo stato degli atti e con delibazione sommaria - la fondatezza delle rispettive pretese, per prendere posizione sulle stesse e formulare una proposta, che può essere o meno accettata dalle parti.

Il legislatore italiano ha voluto optare per la c.d. mediazione aggiudicativa ed ha pure introdotto forme di coazione, stabilendo che la proposta del mediatore produce effetti nel successivo processo giurisdizionale.

Ha altresì stabilito che il mediatore ha diritto ad un compenso maggiore nel caso in cui le parti raggiungono un accordo²⁷.

²⁵ La espressione “*mediazione facilitativa*” è la traduzione dei termini inglesi “*facilitative mediation*”. Si tratta di termini che sono stati conati dalla letteratura giuridica degli Stati Uniti d’America: per ampi richiami si veda *infra*.

²⁶ Traduzione di “*adjudicative mediation*”. La letteratura straniera usa in realtà di solito la espressione “*evaluative mediation*”: per *adjudication* la letteratura straniera intende infatti un procedimento che si conclude con un provvedimento emesso da un terzo. La distinzione tra mediazione facilitativa e aggiudicativa è richiamata nella relazione ministeriale al decreto legislativo n. 28 del 2010. Per una critica all’uso dell’espressione “*mediazione aggiudicativa*” invece di “*mediazione valutativa*”, si veda Besso, C., *La mediazione italiana: definizione e tipologie*, in *Revista Electronica de Dereito Processual*, anno 4, vol. VI, 2010, p.253.

²⁷ La legge delega stabilisce che le indennità spettanti ai conciliatori devono essere poste a carico delle parti e devono essere determinate, anche con atto regolamentare, in misura maggiore per il caso in cui venga raggiunta la conciliazione tra le parti (art. 60 della legge n.69 del 2009, comma 3, lettera m).

Il successivo decreto legislativo n. 28 del 2010, ha rimesso la determinazione delle tariffe ad un decreto ministeriale, che avrebbe pure fissato “*c) le maggiorazioni massime delle indennità dovute, non superiori al venticinque per cento, nell’ipotesi di successo della mediazione*” (art. 17, comma 4).

Il Decreto Ministeriale 18 ottobre 2010, n. 180, “*Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell’elenco dei formatori per la mediazione, nonché l’approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell’articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*” ha stabilito che il compenso dovuto dalle parti all’organismo di mediazione (*id est*: il costo a carico delle parti) va maggiorato sia nel caso di conciliazione, sia nel caso in cui le parti non si conciliano, ma il mediatore formula una proposta, anche se le parti non hanno chiesto la formulazione della proposta. Il particolare, il compenso “*b) deve essere aumentato in misura non superiore a un quinto in caso di successo della mediazione; c) deve essere aumentato di un quinto nel caso di formulazione della proposta ai sensi dell’articolo 11 del decreto legislativo*” (art. 16, comma 4).



Da un breve esame della dottrina e delle legislazioni straniere emerge però che la c.d. mediazione aggiudicativa in realtà non ha ricevuto alcuna conferma legislativa ed è la negazione della mediazione.

Nelle legislazioni straniere, anche laddove il mediatore formuli una proposta, questa perde qualsiasi efficacia se non viene accettata dalle parti e non produce effetti nel processo; la divulgazione del contenuto della eventuale proposta formulata dal mediatore sarebbe contraria al principio di riservatezza del procedimento²⁸.

Nel diritto nord americano si distingue tra *mediation*, nella quale il mediatore non può pronunciarsi sul merito della lite ma deve indurre le parti a trovare la conciliazione, e istituti affini di ADR, come la *adjudication*, che ha ben altri presupposti ed è un procedimento nel quale si chiede ad un terzo (che non viene chiamato mediatore) di pronunciarsi sul merito delle rispettive pretese.

La distinzione tra mediazione facilitativa e valutativa (o aggiudicativa) ha dato luogo ad un ampio dibattito negli Stati Uniti d'America, paese nel quale la dottrina ha dedicato ampia attenzione agli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie (ed ha coniato la espressione *Alternativa Dispute Resolution: A.D.R.*).

Segnatamente, la tesi secondo la quale esisterebbe una c.d. mediazione valutativa trae origine dalla teoria che il mediatore potrebbe muoversi su diversi piani: può agevolare le parti a

Non è chiaro se nel caso di proposta, cui segua la stipula del verbale, debbano applicarsi entrambe le maggiorazioni.

In ogni caso, sta di fatto che in forza di queste previsioni il mediatore ha un interesse immediato e diretto all'esito favorevole della conciliazione: il mediatore non presenta, quindi, le garanzie di imparzialità che sono imposte dal Codice europeo di condotta del mediatore.

La previsione della possibilità per il mediatore di formulare la proposta di ufficio fa venire meno la facoltà delle parti di porre fine alla mediazione e la volontarietà del procedimento, prescritte dall'Unione Europea: anche se una delle parti vuole ritirarsi dal procedimento di mediazione, il mediatore – secondo la legge italiana – sembra conservare il potere proseguire il procedimento e di formulare la proposta per ottenere un aumento dei propri compensi.

²⁸ Sono previsti rari casi in cui la proposta può produrre effetti vincolanti per una sola delle parti, ma si tratta di procedimenti di ADR nell'interesse dei consumatori e la determinazione del mediatore è vincolante soltanto per il professionista: il consumatore resta libero di adire l'autorità giudiziaria. Questi procedimenti sono rimessi alla autoregolamentazione degli operatori economici. Per ampi richiami, si veda CAMILLI, E. L., *Sistemi di risoluzione alternativa delle controversie e sistemi di vigilanza: un'analisi comparativa*, in *Giur. Comm.* 2009, I, 240 ss. e spec. 245 ss, ove pure si mettono in evidenza i dubbi di legittimità costituzionale di eventuali limiti al diritto di azione.



ricercare esse stesse una soluzione, ovvero può fornire soluzioni o pareri legali e suggerire alle parti quale soluzioni adottare²⁹. Il mediatore può operare all'interno di una griglia ("grid"): se le parti non riescono a trovare una intesa, il mediatore può farsi promotore di eventuali proposte e addirittura prospettare il possibile esito della controversia, in modo da indurre le parti a trovare un accordo.

La tesi, che attribuisce al mediatore il potere di fornire indicazioni alle parti e di prevedere il possibile esito della controversia, è stata sottoposta a serrate e fondate critiche, in quanto la valutazione sulla fondatezza delle rispettive pretese stravolge lo spirito della mediazione.

E vi è ormai unanime consenso nel ritenere che la mediazione aggiudicativa non esiste, ovvero non è mediazione.

Se il "mediatore" è in condizione di guidare l'esito del procedimento in una determinata direzione, attraverso la formulazione di proposte o di pareri sul possibile esito della controversia, non si può più parlare di "mediazione", ma si è in presenza di qualcosa di diverso.

Le parti, invero, non si ritrovano più a dialogare per tentare di raggiungere un accordo, ma sono naturalmente indotte a tentare di convincere il mediatore di essere dalla parte della "ragione".

Nella c.d. mediazione aggiudicativa gli incontri tra le parti non sono un luogo diretto a consentire un dialogo con la controparte, ma a convincere il mediatore della fondatezza delle proprie deduzioni³⁰.

²⁹ Principale sostenitore di questa tesi è LEONARD L. RISKIN, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*, 1 Harv. Negot. L. Rev. 7, 23-24 (1996), che comunque sviluppa il suo ragionamento nell'ambito di una mediazione affidata ad un soggetto nel quale le parti ripongono ampia fiducia, anche in ragione della sua preparazione tecnica.

³⁰ LELA P. LOVE, *The Top Ten Reasons Why Mediators Should Not Evaluate*, 24 Fla. St. U. L. Rev. 937 (1997). Osserva Luiso, F.P., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1216, che se il procedimento impone al conciliatore di formulare una proposta è ovvio che il conciliatore deve formarsi una opinione circa la posizione delle parti: "ciò determina il modo di atteggiarsi delle parti nel procedimento conciliativo: ciascuna di esse porterà gli argomenti (che ritiene) utili ad incidere sul giudizio del conciliatore, in modo da ottenere la proposta a lei più favorevole. (...) Anche il procedimento conciliativo assume necessariamente



La c.d. mediazione aggiudicativa è stata quindi considerata un “ossimoro”; e viene ormai abbandonata³¹.

La sola mediazione è quella c.d. facilitativa, mentre le c.d. mediazione aggiudicativa è qualcosa di diverso, assimilabile alla richiesta di un parere legale.

La migliore riprova è data dal fatto che pure i fautori della c.d. mediazione aggiudicativa pongono in risalto che si tratta di qualcosa di diverso rispetto alla mediazione³², in quanto non ha ad oggetto la ricerca della soddisfazione degli interessi delle parti; e si afferma che la mediazione valutativa è praticabile soltanto se il mediatore è un soggetto munito di specifiche cognizioni giuridiche, fermo restando che il “mediatore aggiudicativo” non deve esercitare indebite pressioni sulle parti, influenzando le loro decisioni attraverso la prospettazione dell’esito del giudizio³³.

Se, dunque, il ruolo del mediatore/conciliatore non può trasformarsi in quello di giudice o di arbitro, e neppure in quello dell'avvocato che fornisce pareri legali, sembra corretto ritenere che il mediatore sia tenuto a limitare il suo intervento alla c.d. mediazione facilitativa: diversamente egli perderebbe la posizione di terzo imparziale, che è condizione necessaria per evitare che la mediazione diventi una forma surrettizia di esercizio della giurisdizione o, peggio, una forma di coazione ai danni della parti.

una struttura peculiare, che esclude, ad esempio, la possibilità di colloqui separati con le parti, essendo necessario che il giudizio del conciliatore si formi nel contraddittorio degli interessati”.

³¹ KIMBERLEE K. KOVACH & LELA P. LOVE, “Evaluative” Mediation Is an Oxymoron, 14 Alternatives To High Cost Litig. 31 (1996).

³² Ad esempio, un *independent legal advise*.

³³ Per tutti: MURRAY S. LEVIN, *The Propriety of Evaluative mediation. Concerns About the Nature and utility ality of an Evaluative mediation*, in 16 Ohio St. J. Disp. Resol. 2000-2001; 267 e 281 ss.; JEFFREY W. STEMPEL, *The Inevitability of the Eclectic: Liberating ADR from Ideology*, in *Journal of dispute resolution*, 2000, 250 ss.; LELA P. LOVE AND JOHN W. COOLEY, *The Intersection of Evaluation by Mediators and Informed Consent: Warning the Unwary*, in 21 Ohio St. J. Disp. Resol. 2005 45 ss.; JOHN BICKERMAN, *Evaluative Mediator Responds*, 14 alternatives to high cost litig. 70 (1996); SCOTT H. HUGHES, *Facilitative or Evaluative Mediation: May Your Choice Be a Wise One*, 59 Ala. Law. 246 (1998); JOHN LANDE, *How Will Lawyering and Mediation Practices Transform Each Other?*, 24 Fla. St. U. L. Rev. 839, 849-56 (1997); CURIE MENKELMEADOW, *When Dispute Resolution Begets Disputes of Its Own: Conflicts Among Dispute Professionals*, 44 Ucla L. Rev. 1871 (1997); ROBERT B. MOBERLY, *Mediator Gag Rules: Is It Ethical for Mediators to Evaluate or Advise?*, 38 S. Tex. L. Rev. 669 (1997); Joseph B. Stulberg, *Facilitative Versus Evaluative Mediator Orientations: Piercing the “Grid” Lock*, 24 Fla. St. U. L. Rev. 985 (1997). Per un richiamo a questo dibattito, si veda pure SILVESTRI E., *Conciliazione e mediazione*, in *Encicl. dir. - Annali*, Milano, 2007, vol. I, p. 280.



Questa è una garanzia minima perché si possa giungere ad una *equa conciliazione*³⁴, che richiede due garanzie necessarie: quella del contraddittorio e quella della neutralità/imparzialità del mediatore³⁵.

Fermo restando che ciascun ordinamento ha proprie caratteristiche e non è possibile “importare” istituti, che trovano fondamento in altri ambienti culturali, sociali e giuridici, non si può fare a meno di segnalare che negli Stati Uniti le diverse legislazioni nazionali sono molto caute nell’attribuire poteri al mediatore.

Ad esempio, è interessante esaminare la legislazione della Florida.

La *Rule* 10.370 (in precedenza *Rule* 10.060) emessa dalla *Florida Supreme Court* disciplina i *Certified and Court-Appointed Mediators* (mediatori nominati dalla Corte) e stabilisce espressamente che un mediatore non deve in alcun modo esercitare pressioni per indurre le parti a conciliare; prevede che il procedimento di mediazione deve essere un procedimento equilibrato rimesso alla volontà delle parti; contiene il divieto espresso al mediatore di esprimere un’opinione personale o professionale su come la corte potrebbe risolvere la controversia; se una delle parti non comprende in modo pieno ed esauriente i propri diritti o questioni giuridiche, il mediatore deve invitare le parti a richiedere una consulenza legale³⁶.

³⁴ GHIRGA, M.F., *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga del processo dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 377.

³⁵ La importanza del ruolo del conciliatore-mediatore è sottolineata da SILVESTRI E., *Conciliazione e mediazione*, cit., 281, la quale sottolinea che il “*conciliatore – mediatore rappresenta l’ago della bilancia del procedimento*”.

³⁶ Sulla legislazione della Florida si veda JEFFREY W. STEMPEL, *The Inevitability of the Eclectic: Liberating ADR from Ideology*, 2000 *J. Disp. Resol.* 245 2000, pag. 19 ed ivi richiami alla legislazione di altri Stati. Appare utile trascrivere alcune regole vigenti in Florida, per consentire al lettore di esaminare il testo inglese: 10.220 “*Mediator’s Role. The role of the mediator is to reduce obstacles to communication, assist in the identification of issues and exploration of alternatives, and otherwise facilitate voluntary agreements resolving the dispute. The ultimate decision-making authority, however, rests solely with the parties*”; 10.230 “*Mediation Concepts. Mediation is based on concepts of communication, negotiation, facilitation, and problem-solving that emphasize: (a) self determination; (b) the needs and interests of the parties; (c) fairness; (d) procedural flexibility; (e) confidentiality; and (f) full disclosure*”.

Va ancora segnalato che ai sensi della *Rule* 1.720 “*Mediation Procedures*” delle *Florida Rules of Civil Procedure* il mediatore deve essere scelto di comune accordo tra le parti e soltanto se le parti non trovano un accordo il mediatore può essere designato dal giudice: appare evidente che la volontarietà del procedimento e le possibilità di un esito favorevole richiedono innanzitutto che le parti possano scegliere la persona del mediatore, in quanto le parti devono avere fiducia nel mediatore. La legislazione italiana invece prevede che le parti devono rivolgersi all’organismo di mediazione e il responsabile dell’organismo designa il mediatore incaricato (art. 8, comma 1, d.lgs. n. 28 del 2010).



5. *La mediazione regolata dal decreto legislativo n. 28 del 2010.* - Prima di esaminare brevemente alcuni aspetti censurabili delle nuove disposizioni in materia di mediazione, appare utile segnalare che la mediazione italiana si attegga ad istituto autonomo e interamente locale, ben diverso dal concetto di mediazione recepito dall'Unione Europea.

Una prima constatazione si impone all'attenzione del giurista: in Italia il nuovo istituto non affida alla volontà delle parti la soluzione delle liti al di fuori del processo, ma è un procedimento paragiurisdizionale ad ogni effetto, con la sola differenza che non si svolge davanti al giudice ordinario, ma davanti a soggetti privati ed è gestito da enti privati, i c.d. organismi di conciliazione³⁷.

La natura giurisdizionale del procedimento è confermata da molteplici elementi:

- innanzitutto la legge parla di *“domanda di mediazione”*, che deve indicare l'organismo adito, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa, gli stessi elementi che devono essere contenuti nella domanda giudiziale;

- la domanda di mediazione, dopo la comunicazione alle altre parti, *“produce sulla prescrizione i medesimi effetti della domanda giudiziale”* (si tratta, quindi, dell'equivalente dell'atto introduttivo di un processo civile: citazione o ricorso);

- se una delle parti non compare davanti al mediatore, il giudice nella successiva fase davanti a lui *“può desumere argomenti di prova (...) ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile”* (art. 8, comma 5, del d.lgs. n. 28 del 2010). A tal fine il mediatore, quale *“ausiliario del giudice”*, deve verbalizzare la mancata partecipazione di una delle parti (art. 11, comma 5, del d.lgs. n. 28 del 2010). L'art. 116, secondo comma, c.p.c. stabilisce che *“Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma*

³⁷ Le nuove disposizioni, che prevedono la istituzione di organismi di conciliazione deputati alla gestione dei procedimenti di conciliazione, hanno creato *“un circuito paragiurisdizionale parallelo alla giurisdizione civile affidato ai mediatori”*: MONTELEONE, G., *La mediazione forzata*, cit., 23.



dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo". Questo conferma che anche la mediazione è un processo.

- le spese del procedimento di mediazione sono trattate allo stesso modo delle spese giudiziali;

- in caso di mancata conciliazione, il mediatore può formulare, *sua sponte* ed anche contro la volontà delle parti, una proposta di conciliazione, che va comunicata per iscritto alle parti; in questo caso *"informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'articolo 13"* (si veda l'art. 11, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010).

L'art. 13 del d.lgs. n. 28 del 2010 regola le conseguenze nel caso in cui le parti non aderiscono alla proposta del mediatore³⁸.

Se il contenuto del provvedimento che definisce il successivo giudizio coincide interamente con la proposta rifiutata, la parte vittoriosa, ma responsabile del "gran rifiuto"³⁹, viene condannata alle spese del giudizio, nelle quali vanno comprese le spese per la mediazione⁴⁰, l'indennità corrisposta al mediatore e l'eventuale compenso che è stato pagato all'esperto, che può essere nominato per agevolare l'opera del mediatore.

³⁸ "1. Quando il provvedimento 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 formulazione 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. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4.

2. Quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno 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'articolo 8, comma 4.

3. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente".

³⁹ L'espressione è di MONTELEONE, G., *La mediazione forzata*, cit, 21 ss.

⁴⁰ L'art. 13 del d.lgs. n. 28 del 2010 espressamente prevede che tra le spese devono essere ricomprese quelle della mediazione. L'art. 17, comma 2, del d.lgs. n. 28 del 2010 a sua volta stabilisce che *"Tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura"*: le due disposizioni sembrano in contrasto. La verità è che le nuove disposizioni, nonostante la declamazione contenuta nell'art. 17, prevedono ingenti costi a carico delle parti. Questi costi sono stati fissati con Decreto Ministeriale 18 ottobre 2010, n. 180.



La parte condannata alle spese deve anche versare all'erario una ulteriore somma pari al contributo unificato dovuto per la lite: si tratta di una vera e propria multa, una sanzione di natura penale, conseguenza del rifiuto della proposta del mediatore.

Questa forma di coazione è in contrasto con la volontarietà del procedimento di mediazione, più volte sottolineata dalla disciplina comunitaria.

Inoltre la previsione di una sanzione a carico della parte che ha agito o resistito in giudizio appare in contrasto con il diritto di agire in giudizio, sancito dall'art. 24 della Costituzione, e con l'art. 27 della Costituzione, che prevede una riserva di legge per le sanzioni penali: in questo caso invece la sanzione deriva dal fatto che la parte non avrebbe aderito ad una proposta di conciliazione.

Peraltro, se si considera che la mediazione dovrebbe consentire alle parti di rappresentare i loro interessi in modo da addivenire ad una soluzione volontaria, non è chiaro come possa verificarsi una coincidenza tra la proposta di conciliazione e la successiva sentenza: il mediatore, invero, dovrebbe aiutare le parti a trovare una conciliazione e non è chiamato ad esprimere valutazioni giuridiche sull'esito del giudizio.

Il mediatore non svolge neppure attività istruttoria diretta a verificare quanto esposto dalle parti nel corso del procedimento e potrebbe non avere alcuna nozione giuridica.

In questo stato di cose, appare evidente che la sentenza avrà contenuto identico alla proposta, ciò sarà dovuto ad una mera casualità e la sanzione a carico della parti appare quindi odiosa ed irragionevole⁴¹.

L'esame della disciplina positiva introdotta dal decreto legislativo n. 28 del 2010 porta ad affermare che la mediazione secondo il legislatore italiano non soltanto è una condizione di procedibilità, ma mira a coartare la volontà, e quindi la libertà di determinazione delle parti: a

⁴¹ Non si può tacere che dalla complessiva lettura del decreto legislativo n. 28/2010, si ha la sensazione che il legislatore abbia voluto effettivamente affidare al mediatore funzioni giurisdizionali ed abbia considerato la fase davanti all'organismo di mediazione una vera e propria fase giurisdizionale, tale da potere produrre conseguenze nelle (successive fasi del) processo davanti giudice ordinario. Va però ricordato che gli organi giurisdizionali devono essere istituiti nel rispetto dell'art. 102 Cost. e nel rispetto delle altre norme costituzionali che regolano il diritto di azione, da un lato, e la magistratura, dall'altro lato.



questo serve l'apparato sanzionatorio a loro carico.

Ora, se effettivamente il legislatore avesse voluto introdurre un procedimento diretto ad agevolare la conciliazione delle parti, non avrebbe dovuto introdurre sanzioni o altre forme di coazione della volontà delle parti.

Le nuove norme inducono pure a dubitare che il mediatore possa operare con imparzialità.

Un mediatore, consapevole di potere influenzare la volontà delle parti per ricevere un beneficio economico diretto (l'aumento del compenso, che è previsto sia nel caso in cui le parti conciliano la controversia, sia nel caso in cui il mediatore formula una proposta che non viene accettata), non è e non può essere considerato *"imparziale"*: egli ha uno specifico *"interesse nella causa"*.

Il mediatore è indotto a formulare la proposta e ad attivarsi affinché la conciliazione venga raggiunta, a qualunque costo.

In contrasto con la Direttiva e con il Codice Europeo di Condotta del mediatore⁴², le parti non hanno neppure il potere di porre fine al procedimento di mediazione: anche se le parti vogliono concludere il procedimento, il mediatore conserva il potere di prorogare la sua funzione e può formulare la proposta di ufficio.

Nella disamina dei poteri del mediatore va ancora sottolineato che il legislatore sembra ipotizzare una scissione tra la prima fase del procedimento, in cui il mediatore svolge una funzione *"facilitativa"*, e una seconda fase, in cui il mediatore si trasforma in un *"aggiudicatore"* e formula la proposta⁴³.

⁴² Si vedano il *"Considerando"* n. 13 della Direttiva e l'art. 3.3. del Codice Europeo di Condotta del mediatore.

⁴³ L'art. 1 del decreto legislativo n. 28 del 2010 definisce mediazione l'attività *"finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa"*, ricomprendendo sotto un ampio ombrello due fattispecie diverse: la mediazione facilitativa e la formulazione di una proposta che deve avere la forma scritta (art. 11, comma 2), pregiudica la libera determinazione delle parti e produce effetti anche nel successivo processo. Per un richiamo alle critiche alle precedenti disposizioni in materia di conciliazione societaria, che consentivano l'esercizio di poteri valutativi nel caso di mancato raggiungimento dell'accordo, si veda SANTAGADA, F., *La conciliazione delle controversie civili*, cit., 295.



Ma, a ben guardare, si tratta di una finzione.

Questo soggetto, che il legislatore ha voluto chiamare mediatore in omaggio alla terminologia che viene usata in paesi stranieri, sin dall'inizio del procedimento è munito del potere di coartare la volontà delle parti per scoraggiare l'accesso alla giustizia e in questo caso ottiene un maggiore compenso.

Le parti sin dall'inizio del procedimento saranno indotte a litigare ed a depositare difese scritte, al fine di convincere il mediatore a formulare una proposta, che possa risultare vantaggiosa⁴⁴.

E il "mediatore" sarà pure indotto a formulare proposte di decisione della futura controversia: questo lo ha voluto il legislatore, quando ha introdotto il collegamento tra il contenuto della proposta e la sanzione sulle spese.

Questo sistema suscita dubbi di legittimità costituzionale.

Minacciare sanzioni e condanne alle spese la parte vittoriosa, per il solo fatto che la stessa parte abbia rifiutato la proposta conciliativa poi recepita dal giudice dello Stato nella successiva sentenza, conferisce al mediatore poteri giurisdizionali e non ha altra funzione che ostacolare l'accesso alla giustizia con strumenti di coazione indiretta. Manca il divieto diretto ed immediato di adire il giudice, ma vi è una costrizione morale che porta allo stesso risultato.

Se le considerazioni appena svolte sono fondate, sembrano anche violati gli artt. 24 e 102 della Costituzione, perché il c.d. mediatore assume la veste di un giudice e viene istituita una forma giurisdizione speciale, gestita da soggetti estranei all'ordinamento giudiziario.

6. Cenni su alcuni dubbi di legittimità costituzionale e sul possibile contrasto tra le nuove disposizioni e la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 6) e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 47). – Molti

⁴⁴ La raccomandazione della Commissione del 30 marzo 1998, sopra richiamata, aveva messo la diversa natura delle procedure di ADR nelle quali il terzo "propone o impone una soluzione": in questi procedimenti trovare piena applicazione il principio del contraddittorio e deve svolgersi un procedimento disciplinato da regole certe.



commentatori hanno sollevato dubbi di legittimità costituzionale della nuova disciplina, per eccesso di delega.

Al riguardo è stato osservato che, secondo la legge delega, la mediazione doveva essere introdotta “*senza precludere l’accesso alla giustizia*”; inoltre la delega doveva essere esercitata “*nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria*” (art. 60, comma 2, della legge n.69 del 2009).

La normativa comunitaria, richiamata tra i criteri della legge delega, prevede che la mediazione è facoltativa e mette l’accento sulla volontarietà del procedimento.

Il decreto legislativo n. 28 del 2010 ha invece stabilito che il tentativo di conciliazione è condizione di procedibilità in numerose materie che sono state individuate dal Governo in assoluta autonomia, senza alcun criterio direttivo da parte del Parlamento⁴⁵.

La introduzione di una nuova condizione di procedibilità appare contraria alla legge delega, secondo la quale la mediazione non poteva “*precludere l’accesso alla giustizia*”.

Questo dubbio di legittimità costituzionale ha indotto il Tribunale Amministrativo del Lazio a sollevare questione di legittimità costituzionale dell’art. 5 del d. lgs. n. 28 del 2010, comma 1, per eccesso di delega, nella parte in cui introduce l’obbligo del previo esperimento del procedimento di mediazione.

I dubbi di legittimità costituzionale derivano sia da un eccesso di delega sia dal contrasto delle nuove disposizioni con l’art. 24 della Costituzione, nella misura in cui esse determinano un concreto pregiudizio all’azionabilità in giudizio di diritti soggettivi.

Il Tribunale Amministrativo Regionale dubita pure della legittimità costituzionale dell’art. 16 del d. lgs. n. 28 del 2010, comma 1, laddove dispone che “*gli enti pubblici e privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza*” sono abilitati a costituire organismi deputati a gestire il

⁴⁵ Si ricorda che ai sensi dell’art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010 il tentativo di conciliazione è condizione di procedibilità nelle controversie “*in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari*”. Per una disamina dei dubbi di costituzionalità, SCARSELLI, G., *L’incostituzionalità della mediazione di cui al d.leg. 28/2010*, in *Foro it.*, 2011, V, 54.



procedimento di mediazione: secondo i Giudici Amministrativi questa previsione è generica, non trova riscontro nella legge delega e non garantisce, mediante un'adeguata conformazione della figura del mediatore, che i privati non subiscano pregiudizi a causa dell'operato del mediatore e, soprattutto, a causa della mancata accettazione della proposta conciliativa⁴⁶.

Va ancora segnalato che in tempi recenti la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con sentenza 18 marzo 2010, ha fissato alcuni limiti al potere dei singoli Stati di imporre alle parti di esperire tentativi preventivi di conciliazione⁴⁷.

La Corte di Giustizia era stata chiamata a stabilire se la previsione di un tentativo obbligatorio di conciliazione sia compatibile con il principio della tutela giurisdizionale effettiva.

In particolare, la Corte si è pronunciata sulla compatibilità tra la normativa dell'Unione Europea e il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie in materia di telecomunicazioni introdotto dallo stato Italiano dall'art. 1 comma 11 della legge 31 luglio 1997, n. 249.

In forza del *“Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con Delibera 173/07/CONS”* approvato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il procedimento di conciliazione previsto dalla legge 31 luglio 1997, n. 249, deve concludersi entro trenta giorni (art. 3) ed è gratuito quando si svolge presso i Comitati regionali per le comunicazioni (CO.RE.COM.), che operano come organi funzionali dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

Ora, la Corte di Giustizia ha stabilito che uno Stato membro possa introdurre un tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale come condizione per la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali *“a condizione che tale procedura non conduca ad una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non*

⁴⁶ L'ordinanza di rimessione del 12 aprile 2011 è pubblicata in *Guida al diritto*, 23 aprile 2011, pag. 15.

⁴⁷ La sentenza della Corte Giustizia Unione Europea, 18 marzo 2010, n. 317-320/08, emessa nelle cause riunite n. 317/08, 318/08, 319/08, 320/08: Rosalba Alassini contro Telecom Italia S.p.A. è pubblicata in *Foro it.*, 2010, IV, 361, con nota di ARMONE, G. - PORRECA, P., *La mediazione civile nel sistema costituzional-comunitario*.



ingenti, per le parti, e purché la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone".

In motivazione si legge che una disciplina contraria a questi principi sarebbe in contrasto con l'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁴⁸.

La Corte ritiene inoltre che un ritardo di trenta giorni per l'esperimento del tentativo di conciliazione non appare in contrasto con il diritto ad un processo equo in un termine ragionevole.

Le condizioni indicate dalla Corte di Giustizia per la legittimità del tentativo obbligatorio di conciliazione sono le seguenti:

- a) *"la procedura non conduca ad una decisione vincolante per le parti";*
- b) *"non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale";*
- c) *"sospenda la prescrizione dei diritti in questione";*
- d) *"non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti"* (nel testo inglese si legge: *"it does not give rise to costs – or gives rise to very low costs"*: la traduzione più corretta è: *"non comporta costi o comporta costi molto bassi"*);
- e) *"la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione";*
- f) *"sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone".*

⁴⁸ In forza dell'articolo 6 del Trattato sull'Unione Europea, come modificato dal Trattato di Lisbona, *"L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati"*. Lo stesso articolo, nel comma 3, stabilisce che *"I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali"*. Con queste disposizioni il Trattato recepisce al suo interno la Carta dei diritti fondamentali, nonché i diritti garantiti dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.



Il procedimento di mediazione regolato dal decreto legislativo n. 28 del 2010 non sembra rispettare tutti i parametri fissati dalla Corte di Giustizia: segnatamente, le nuove disposizioni appaiono in contrasto con i parametri indicati con le lettere *a)*, *b)* e *d)*.

Innanzitutto perché la procedura può terminare con la proposta, che produce effetti vincolanti per le parti: non si tratta della decisione della lite, ma di conseguenze che possono comunque cagionare pregiudizi alla parte che non accetti la proposta di conciliazione o che decida di non partecipare al procedimento di mediazione.

La nuova disciplina appare pure in contrasto con il requisito che abbiamo indicato con la lettera *b)*, relativo alla congruità del differimento dell'esercizio del diritto di azione.

Il termine di durata del procedimento di mediazione è di quattro mesi, secondo previsto dall'art. 6, del decreto legislativo n. 28 del 2010⁴⁹.

Questo lasso di tempo a nostro avviso comporta un *"ritardo sostanziale"* (*"a substantial delay"* secondo le parole della Corte di Giustizia) nella proposizione di un ricorso giurisdizionale: se si considera che secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo il termine ragionevole di durata dell'intero processo di primo grado è di tre anni, un ritardo di ben quattro mesi per l'esperimento del tentativo di conciliazione assume una concreta rilevanza e posticipa in modo significativo la instaurazione del processo.

Anche l'aspetto dei costi suscita notevoli perplessità.

La Corte ha stabilito che il procedimento non deve comportare costi o, se proprio necessario, *"costi molto bassi"*.

Il decreto legislativo n. 28 del 2010, ha stabilito che le tariffe sarebbero state fissate con decreto ministeriale ed ha pure previsto una forma di corrispettività: gli organismi di

⁴⁹ "1. Il procedimento di mediazione ha una durata non superiore a quattro mesi.

2. Il termine di cui al comma 1 decorre dalla data di deposito della domanda di mediazione, ovvero dalla scadenza di quello fissato dal giudice per il deposito della stessa e, anche nei casi in cui il giudice dispone il rinvio della causa ai sensi del quarto o del quinto periodo del comma 1 dell'art. 5, non è soggetto a sospensione feriale".



mediazione vengono remunerati attraverso le somme pagate dalle parti⁵⁰.

Il Decreto Ministeriale 18 ottobre 2010, n. 180 ha fissato tariffe molto elevate, che sono dovute da tutte le parti del procedimento, compresi i convenuti che si limitano a resistere alle pretese dell'attore.

Le tariffe richiedono un primo versamento di 40 euro per spese di segreteria e il successivo versamento di una indennità che arriva fino ad euro 9.600,00 per ciascuna delle parti (nel caso di pluralità di convenuti, l'importo dovrà essere versato da ciascun convenuto) e sono soggette a maggiorazioni, nei casi previsti dallo stesso decreto⁵¹.

Non sembra che questi importi possano essere considerati "molto bassi": anche sotto questo profilo la nuova disciplina appare in contrasto alle indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia.

⁵⁰ Questi introiti devono pure garantire l'accesso alla mediazione in favore dei soggetti che si trovano nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato: si veda al riguardo l'articolo 17, comma 5, del decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28. Non soltanto il costo della singola mediazione, ma anche il costo del patrocinio a spese dello Stato viene così caricato sulla parte, che vuole agire o resistere in giudizio.

⁵¹ Ulteriori perplessità derivano dalla previsione di tariffe minime obbligatorie, fissate dal Ministero della Giustizia nel caso di organismi di mediazione istituiti da enti pubblici e sottoposte alla approvazione dello stesso Ministero nel caso di enti privati (art. 2 lett. E, ed art. 5, comma 1, del D.M. n.180/2010).

Invero, gli organismi di mediazione forniscono una prestazione di natura privatistica e dovrebbero operare in regime di libera concorrenza.

L'art. 2 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito della legge 4 agosto 2006 n. 248 (c.d. decreto Bersani) ha abolito le tariffe minime nel settore dei servizi professionali. In particolare, *"In conformità al principio comunitario di libera concorrenza ed a quello di libertà di circolazione delle persone e dei servizi, nonché al fine di assicurare agli utenti un'effettiva facoltà di scelta nell'esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato, dalla data di entrata in vigore del presente decreto sono abrogate le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali: a) l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime"*.

A fronte di questa disciplina generale, la previsione di tariffe ministeriali per gli organismi di mediazione introduce un regime speciale, senza alcuna ragionevole giustificazione: da qui plausibili dubbi di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 della Costituzione. Va pure considerato che la previsione di tariffe minime rende più difficile l'accesso alla giustizia senza alcuna ragionevole giustificazione, con conseguente violazione dell'art. 24 della Costituzione.

Si consideri inoltre che la legge non conteneva i criteri per la determinazione delle tariffe, che sono frutto di una scelta arbitraria dell'amministrazione.

Il D.M. 180/2010, anche se sul punto non era stata data alcuna delega, ha addirittura introdotto una solidarietà nei confronti dell'organismo di tutte le parti che hanno aderito al procedimento: art. 16, comma 11. In questo modo un convenuto in mala fede e impossidente (o che ha sottratto il patrimonio al rischio di azioni esecutive) può aderire al procedimento al solo fine di recare pregiudizi all'attore.



7. *Conclusioni.* - L'analisi dei rapporti tra il processo giurisdizionale e il procedimento di mediazione regolato dal decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 richiede ancora un cenno alla nostra storia.

Non si può fare a meno di ricordare che la introduzione del tentativo obbligatorio di conciliazione è un ritorno all'antico.

Nei secoli passati i legislatori hanno più volte introdotto tentativi obbligatori di conciliazione. Ma una lunga esperienza pratica ha insegnato che questo istituto non ha mai sortito l'effetto di agevolare la tutela delle parti, di sfozzire i ruoli giudiziari o di ridurre il numero delle liti: *“il tentativo forzato, appunto perché forzato, degenera, siccome l'esperienza ha luminosamente dimostrato, in vana formalità, spesso inutile, talora dannosa”*⁵².

La migliore riprova della inutilità del tentativo obbligatorio di conciliazione è costituita dalla recente abrogazione del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie individuali di lavoro, che non aveva portato alcun beneficio alle parti ed al processo, ma era stato soltanto fonte di inutili complicazioni e di formalismi⁵³.

Le nuove disposizioni sulla mediazione presentano ulteriori inconvenienti anche perché hanno attribuito al mediatore poteri, che possono pregiudicare i diritti delle parti e influenzare

⁵² MATTIROLO, L., *Trattato di diritto giudiziario civile*, vol. I, Torino, 1892, p. 145. Nello stesso senso, già prima PISANELLI, G., *Relazione ministeriale sul libro primo del progetto di codice di procedura civile*, cit., pag. 5 ss., ove si legge che *“la conciliazione delle parti è un'idea che ha molte attrattive, ma conviene di non esagerarla, e molto più ancora di non forzarla: allora perde ogni pregio e si corre il pericolo di riuscire ad un fine opposto. Quando lo sperimento della conciliazione si volle rendere obbligatorio, come preliminare necessario del giudizio, non corrispose alle aspettative e degenerò in una vana formalità”*.

⁵³ Come è noto la legge 4 novembre 2010, n. 183 ha abrogato le disposizioni che regolavano il tentativo di conciliazione come condizione di procedibilità delle controversie di lavoro. Era notorio che i tentativi di conciliazione avevano esito infruttuoso. Va segnalato che le statistiche riportavano una qualche percentuale di conciliazioni innanzi le Direzioni Provinciali del Lavoro: si trattava dei casi in cui il datore di lavoro, dopo avere raggiunto un accordo con il lavoratore, chiedeva al lavoratore di formalizzare la transazione davanti la Direzione Provinciale del Lavoro per evitare che il lavoratore potesse impugnare l'accordo ai sensi dell'art. 2113 c.c., il quale stabilisce che *“Le rinunzie e le transazioni, che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro (...) non sono valide”* e *“possono essere impugate entro sei mesi dal lavoratore, con qualsiasi atto, anche stragiudiziale”*, salvo che si tratti di conciliazioni stipulate innanzi le Direzioni Provinciali del Lavoro, ovvero in sede sindacale o davanti al Giudice del Lavoro. Le statistiche hanno sempre trattato questi procedimenti come i normali procedimenti contenziosi che venivano instaurati tra lavoratore e datore di lavoro per assolvere all'onere di esperire il tentativo di conciliazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale.



la loro volontà.

Il vizio di fondo della nuova disciplina deriva dal fatto che le nuove norme sono dirette ad ostacolare l'accesso alla giustizia⁵⁴: tutto il contrario di quello che dovrebbe essere lo scopo della mediazione.

La nuova disciplina fa leva sul termine "mediazione" e sull'idea di "conciliazione" ed evoca alla mente un rimedio semplice, che dovrebbe svolgersi innanzi ad un soggetto esperto, che risolve agevolmente le liti, seduto sotto una palma, come la profetessa Dèbora nel libro Giudici⁵⁵.

Ma la realtà è diversa: il procedimento di mediazione disciplinato dal decreto legislativo n. 28 del 2010 ha stravolto il ruolo e la funzione del mediatore, che non si limita ad aiutare le parti a raggiungere una intesa.

Il procedimento si presenta complesso ed articolato, comporta l'obbligo di pagare cospicui compensi agli organismi di mediazione e può determinare gravi conseguenze negative a carico delle parti.

In definitiva la "mediazione" italiana è un procedimento giurisdizionale di tipo contenzioso, rimesso ad organismi privati, che può concludersi con una proposta vincolante per il giudice dello Stato, ai fini della liquidazione delle spese e della irrogazione di una multa in favore dell'Erario⁵⁶.

⁵⁴ È noto che la nuova disciplina sulla mediazione è stata introdotta come strumento per ridurre il numero delle cause, attraverso la creazione di ostacoli alla instaurazione del processo innanzi al Giudice dello Stato. La relazione illustrativa alla prima edizione del decreto legislativo è esplicita sul punto: si legge espressamente che la introduzione della mediazione come condizione di procedibilità mira a "garantire alla nuova disciplina una reale spinta deflattiva". Anche il Primo Presidente della Corte di Cassazione, in occasione della inaugurazione dell'anno giudiziario, ha messo in evidenza che scopo delle recenti disposizioni è la "deflazione del contenzioso" (si veda pag. 41 della *Relazione sull'Amministrazione della Giustizia nell'anno 2010* del Primo Presidente della Corte di Cassazione Ernesto Lupo, disponibile sul sito www.cortedicassazione.it). In nessun passaggio della Relazione del Primo Presidente si fa cenno alla mediazione come strumento diretto a favorire l'accesso alla giustizia, secondo il modello previsto dalla Direttiva n. 52/2008.

⁵⁵ Capitolo 4, versetti 4 e 5: "In quel tempo era giudice d'Israele una donna, una profetessa, Dèbora, moglie di Lappidòt. Ella sedeva sotto la palma di Dèbora, tra Rama e Betel, sulle montagne di Èfraim, e gli Israeliti salivano da lei per ottenere giustizia".

⁵⁶ La interferenza tra le nuove disposizioni e le norme costituzionali sull'esercizio della funzione giurisdizionale traspare dalla motivazione della ordinanza del TAR Lazio del 12 aprile 2011, *cit.*, che considera "aperto



In questo modo la funzione giurisdizionale si viene a trovare in una posizione subalterna rispetto all'attività dei mediatori e viene violato l'art. 102 della Costituzione, secondo il quale i giudici sono soggetti soltanto alla legge.

Le nuove disposizioni appaiono pure in contrasto con l'art. 111 della Costituzione, perché il procedimento non è regolato dalla legge, ma dai regolamenti adottati dagli organismi di mediazione e non vi è alcuna garanzia del contraddittorio.

E non va trascurato che secondo i principi sanciti dalla Costituzione ogni persona ha il diritto di agire in giudizio innanzi al giudice ordinario e lo Stato deve sostenere le spese pubbliche per il funzionamento degli organi giurisdizionali attraverso le imposte, che devono rispettare il principio di capacità contributiva (stabilito dall'art. 53 della Costituzione⁵⁷), salvo il pagamento di eventuali concorsi economici a carico della parte che propone la domanda giudiziale⁵⁸.

La giurisdizione è una funzione essenziale dello stato di diritto ed è un servizio di interesse collettivo: sarebbe contrario alla natura pubblica della funzione giurisdizionale un sistema basato su "sportule", che abbiano lo scopo di remunerare, come "corrispettivo", gli organi giurisdizionali.

La azione giudiziale non può rimanere subordinata a preventive autorizzazioni da parte degli organismi di mediazione o al pagamento di compensi a soggetti privati, fissati dal Ministero con un provvedimento non motivato.

E la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari, nominati per concorso

l'interrogativo di quale sia il ruolo che l'ordinamento giuridico nazionale intende effettivamente affidare alla mediazione.

Laddove, invece, è proprio la puntuale individuazione di tale ruolo ad essere imprescindibilmente pregiudiziale all'apprezzamento dei requisiti che, in via attuativa-amministrativa, è legittimo richiedere al mediatore ovvero da cui è legittimamente consentito prescindere".

⁵⁷ *"Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva. Il sistema tributario è informato a criteri di progressività".*

⁵⁸ La dottrina ha più volte sottolineato che *"In linea di principio (...) la giustizia non dovrebbe esser gravata da imposizioni tributarie e non dovrebbe costare niente ai litiganti"*: cfr. per tutti SCARSELLI, G. *Contro i tributi giudiziari*, in *Foro it.* 2001, I, 1807 ss., ed ivi richiami. La legittima aspirazione non appare compatibile con lo stato delle risorse pubbliche, ma appare evidente che la funzione giurisdizionale assolve ad interessi di tipo generale e il costo del processo non può essere interamente addossato alle parti.



(artt. 102 e 106 della Costituzione), non da organismi privati.

Le nuove disposizioni sembrano avere dimenticato queste fondamentali regole costituzionali.

L'interprete deve, dunque, auspicare che intervengano al più presto i necessari correttivi.