

**Il “futuro passato” della mediazione civile in Italia**  
**La mediazione civile verso una nuova giustizia negoziata**  
**Seminario Internazionale di Studi**

Bari, 12 settembre 2011

*Università degli Studi di Bari Aldo Moro – Palazzo Ateneo – Salone degli Affreschi*

DOMENICO DALFINO

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. 2.- Il “passato” e il “presente” della mediazione in Italia. I dati forniti dal Ministero della giustizia. 3.- Falsi problemi e questioni serie. 4.- Il ruolo dell’avvocato in mediazione. 5.- La diffusione della c.d. “cultura della mediazione”. 6.- Il “futuro” della mediazione. 7.- Lo spirito della mediazione e il “futuro passato” dei contendenti.

### 1. Premessa introduttiva

L’oggetto e la finalità del mio intervento trovano la propria ragione e spiegazione nel titolo e nel contenuto di un’opera dello storico tedesco Reinhart Koselleck, *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten* («Futuro passato. Per una semantica dei tempi storici») sul problema del significato della «storia» e della descrizione, rappresentazione e interpretazione degli eventi storici.

In particolare, vorrei tentare di descrivere e discutere il tempo «presente» dell’istituto della mediazione civile nel nostro Paese, da una parte come esito dello «spazio di esperienza», prodotto del suo «passato» e, dall’altra, come premessa dell’«orizzonte di aspettativa» che delinea il suo possibile «futuro».

Ma il «futuro passato» della mediazione riguarda anche un altro e forse principale profilo: quello dei soggetti della controversia. Di questo mi occuperò nella parte conclusiva del mio intervento.

Posta questa prima premessa, ritengo tuttavia che se ne imponga un’altra, di tipo definitorio, volta ad evitare incertezze e incomprensioni semantiche e concettuali.

In generale, il termine «mediazione» allude essenzialmente ad una tecnica di risoluzione di conflitti, di composizione di interessi contrapposti e coordinabili. Tuttavia, ne esistono molteplici sfaccettature, come emerge sia dall’esperienza e dagli studi di carattere socio-antropologico e psicologico sia dal dato positivo contenuto in talune normative di settore<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Questo orientarsi della mediazione verso la inter- e la pluridisciplinarietà ne consente il suo trattamento, sia sul piano definitorio e procedimentale sia sul piano dei suoi contenuti, anche attraverso l’utilizzazione di competenze e paradigmi concettuali propri di altre, apparentemente lontane, discipline. Così, ad esempio, la cibernetica o “scienza della regolazione”, soprattutto con i contributi di Heinz von Foerster, offre inattesi strumenti di conoscenza dei substrati psicologici che sottendono il procedimento di mediazione e della loro comprensione rispetto alle prospettive del dialogo tra le parti e l’osservazione, la comprensione e l’interpretazione della realtà. E’ l’applicazione delle «competenze acquisite nelle scienze dure (...) alla soluzione dei problemi duri delle scienze morbide» (dove per «scienze dure» si intendono quelle matematiche, mentre per «scienze morbide» si intendono la sociologia, la psicologia, l’antropologia, e così via). V. H.V. FOERSTER, *Observing systems*, Seaside Cal., 1981, trad. it. *Sistemi che osservano*, a cura di M. Ceruti e U. Telfner, Roma, 1987, spec. 207 ss.).

Così, la «mediazione» può essere intesa come tecnica procedimentale fondata sull'ascolto e sull'osservazione<sup>2</sup>; come interposizione neutrale tra due o più persone di natura contrattuale diretta ad agevolare la conclusione di un determinato affare<sup>3</sup>; come forma di protezione delle vittime del reato<sup>4</sup>; come misura giudiziale finalizzata a favorire il superamento della crisi coniugale, attraverso l'ausilio di esperti, «con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli»<sup>5</sup>, se del caso anche contestualmente all'emissione di un ordine di protezione contro gli abusi familiari<sup>6</sup>; come mezzo alternativo di risoluzione delle controversie in materia di diritti disponibili<sup>7</sup>.

Con riguardo a quest'ultimo profilo, sul quale si incentra questo intervento, va precisato che altro è la «mediazione», altro è la «conciliazione». Infatti, ai sensi dell'art. 1, lett. a) e c), d.leg. 28/2010, la «mediazione» rappresenta «l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e 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»; invece, la «conciliazione» si identifica specificamente con l'esito positivo di un procedimento di «mediazione»<sup>8</sup>. Se poi si guarda alla definizione di «mediatore» di cui alla lett. b) traspare con maggiore chiarezza in cosa l'attività di mediazione consista; infatti, il mediatore è «la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo».

Le definizioni contenute nell'art. 3 direttiva 21 maggio 2008/52/CE, apparentemente non molto dissimili, sembrano tuttavia assumere un punto di vista differente<sup>9</sup>. Infatti, «a)

<sup>2</sup> V. per tutti gli studi di J. FOLGER e R.A. BUSH, *La promessa della mediazione. L'approccio trasformativo alla gestione dei conflitti*, Firenze, ed. 2009.

<sup>3</sup> Cass. 22 ottobre 2010, n. 21737, *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Mediazione*, n. 24. L'art. 1754 c.c., tuttavia, contiene la definizione non di «mediazione» bensì di «mediatore»: «È mediatore colui che 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».

<sup>4</sup> Cfr., da ultimo, G. ARMONE, *La protezione delle vittime dei reati nello spazio giudiziario europeo: prospettive e paradossi all'indomani del trattato di Lisbona*, in *Foro it.*, 2011, V, 204 ss.

<sup>5</sup> Cfr. l'art. 155 *sexies*, 2° comma, c.p.c., aggiunto dalla l. 8 febbraio 2006 n. 54, ritenuto estensibile al rito divorzile da Trib. Lamezia Terme 26 maggio 2008, *Famiglia e dir.*, 2009, 292, con nota di C. CILIBERTO, *Cessazione degli effetti civili del matrimonio: conflittualità e mediazione familiare* e Trib. Lamezia Terme 28 novembre 2007, *id.*, 2008, 264, con nota di C. TROISI, *La mediazione familiare nell'applicazione della recente legge sull'affidamento condiviso e Nuova giur. civ.*, 2008, I, 943, con nota di A. ANSALDO, *La mediazione familiare nel divorzio*. In generale, sul tema si rinvia a I. PUPOLIZIO, *La mediazione familiare in Italia*, Torino, 2007.

<sup>6</sup> Cfr. l'art. 342 *ter*, 2° comma, c.c. Sugli ordini di protezione contro gli abusi familiari, v. P. LANZILLOTTA, *Ordini di protezione familiare* [voce nuova-2008], in *Encicl. giur. Treccani*, Roma, vol. XVI, nonché, con specifico riferimento ai profili processuali, E. D'ALESSANDRO, *Gli ordini civili di protezione contro gli abusi familiari: profili processuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 225 ss.; E. VULLO, *L'esecuzione degli ordini civili di protezione contro la violenza nelle relazioni familiari*, *id.*, 2005, 129 ss.; F. AULETTA, *L'azione civile contro la violenza nelle relazioni familiari (art. 736 bis c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1045.

<sup>7</sup> Cfr., se vuoi, D. DALFINO, *La nuova mediazione in materia civile e commerciale nel contesto delle ADR*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 113 ss.

<sup>8</sup> V. anche l'art. 1 d.m. 18 ottobre 2010, n. 180, modificato dal d.m. 6 luglio 2011, n. 145, ma non sul piano definitorio.

<sup>9</sup> Cfr., inoltre, lo *Uniform Mediation Act* elaborato nel 2001, negli Stati Uniti, secondo cui la *mediation* deve intendersi «a process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute».

per "mediazione" si intende 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. // Esso include la mediazione condotta da un giudice che non è responsabile di alcun procedimento giudiziario concernente la controversia in questione. Esso esclude i tentativi messi in atto dall'organo giurisdizionale o dal giudice aditi al fine di giungere ad una composizione della controversia in questione nell'ambito del procedimento giudiziario oggetto della medesima; b) per "mediatore" si intende qualunque terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato membro interessato e dalle modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione»<sup>10</sup>.

Va considerato, peraltro, che sino all'entrata in vigore del d.leg. 28/2010 cit., il termine «conciliazione» stava ad indicare tanto il procedimento quanto la conclusione del procedimento con esito positivo. Più precisamente, in relazione a svariati contesti, l'ordinamento disciplinava, a seconda dei casi, il «tentativo di conciliazione» come «filtro» obbligatorio di accesso alla giurisdizione ovvero come mezzo alternativo di risoluzione della controversia rimesso alla volontaria scelta delle parti<sup>11</sup>; la disponibilità dei diritti in contesa non era da ritenersi elemento essenziale alla conciliazione<sup>12</sup>.

Con la nuova «*mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali*» la nozione di «conciliazione» è stata riservata alla sola ipotesi in cui i contendenti riescono a comporre la controversia; ad essa è stata giustapposta quella di «*mediazione*»<sup>13</sup>.

Ciò porta a domandarsi se tale novità sia destinata ad incidere in qualche misura sulla interpretazione delle differenti ipotesi normative previste dall'ordinamento. Orbene, in linea di principio, la risposta deve essere negativa, almeno tutte le volte in cui i contesti di

<sup>10</sup> L'importanza della questione definitoria rischia di complicarsi nella traduzione dall'una all'altra lingua. A titolo di esempio, secondo il 'considerando' 14 (v. anche l'art. 5, 2° comma) della direttiva 52/2008/CE, la mediazione «*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*». Nel nostro ordinamento, tuttavia, la «volontaria giurisdizione» rappresenta un ambito dell'attività giurisdizionale, contrapposta a quella contenziosa, e non un procedimento gestito e organizzato interamente dalle parti; il testo in inglese riporta «*voluntary process*», quello in francese «*processus volontarie*», quello in spagnolo «*procedimiento voluntario*».

<sup>11</sup> Tra i tentativi di conciliazione preliminari al giudizio di tipo obbligatorio, v. nelle controversie di lavoro: art. 410 ss. c.p.c. e art. 65 d.lg. 165/2001, già anticipati dall'art. 5 l. 108/1990 e soppiantati dalla disciplina di cui alla l. 183/2010; nelle controversie agrarie: art. 46 l. 203/1982, conservato dallo schema di decreto legislativo sulla semplificazione e riduzione dei riti, ma rimasto privo di sanzione in caso di inosservanza; in materia di subfornitura: art. 10 l. 192/1998; in materia di telecomunicazioni: art. 1, 11° comma, l. 249/1997. Tra quelli facoltativi, v. in materia societaria: art. 40 d.leg. 3/2005; in materia di fornitura di servizi turistici che insorgano tra imprese, oppure tra imprese e consumatori ed utenti: art. 4, 3° comma, l. 135/2001; tra quelli obbligatori se previsti in contratto dalle parti stesse, v. in materia societaria: l'ormai abrogato – dal d.leg. 28/2010 – art. 40, 6° comma, d.leg. 5/2003; in materia di affiliazione commerciale: art. 7 d.leg. 129/2004.

<sup>12</sup> Cfr. F.P. LUIO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it) e in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 1206.

<sup>13</sup> In generale, sulla distinzione anche concettuale tra conciliazione e *mediation*, v. C. PUNZI, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 845 ss.; F. CUOMO ULLOA, *Mezzi di conciliazione nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 1283, spec. 1293, nota 30.

riferimento risultino incompatibili. Così, ad esempio, non pare corretto trapiantare nel contesto delle controversie di lavoro – in particolare, quelle in materia di certificazione ove il tentativo di conciliazione riveste ancora il carattere dell'obbligatorietà dopo la novella di cui alla l. 183/2010 – soluzioni tecniche, quale quella relativa alle conseguenze dell'inosservanza della condizione di procedibilità di cui all'art. 5, 1° comma, d.leg. 28/2010, per l'evidente diversità dell'oggetto di tutela<sup>14</sup>.

Occorre prendere atto del diverso volto che la mediazione ha acquisito nell'ambito delle ADR<sup>15</sup>, anche rispetto alle pregresse sperimentazioni (soprattutto, in materia di tutela dei consumatori e societaria<sup>16</sup>). Oggi, infatti, accanto ad un modello di mediazione volontaria, ad uno di mediazione c.d. delegata<sup>17</sup> e ad un altro di mediazione obbligatoria su accordo delle parti, il d.leg. 28/2010 ne contempla un altro in cui la mediazione è obbligatoria e costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale (v. art. 5, 1° comma). Soprattutto, occorre sottolineare un dato che ha stentato molto ad affermarsi nel sentire comune e che caratterizza la mediazione rispetto alle altre tipologie di ADR: il soggetto che, individualmente o collegialmente, è chiamato a svolgere la mediazione, resta privo «del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo»; non applica la norma alla fattispecie concreta; non ha il potere di imporre la propria volontà alle parti. In ciascuno dei modelli menzionati, egli è chiamato ad operare in condizioni di imparzialità, attraverso gli strumenti propri di una logica di tipo «conversazionale»<sup>18</sup>, nell'ambito di un procedimento improntato alla informalità e alla riservatezza, idoneo a favorire l'emersione dei reali bisogni delle parti.

## 2.- Il “passato” e il “presente” della mediazione in Italia. I dati forniti dal Ministero della giustizia

Il “passato” della mediazione civile in Italia è costituito sicuramente dall'esperienza di altri paesi, tanto quelli di *common law* quanto quelli di *civil law*, dove l'istituto ha preso piede nell'ambito di una sempre più variegata fenomenologia di metodi alternativi di risoluzione delle controversie (c.d. ADR, *Alternative Dispute Resolution*), sebbene in base a ragioni differenti<sup>19</sup>.

Infatti, in un caso, ha prevalso l'esigenza di addivenire ad una più sollecita definizione della lite e di ovviare alle inefficienze del sistema giudiziario (soprattutto negli Stati Uniti, dove il movimento delle ADR ha potuto svilupparsi più profondamente in virtù

---

<sup>14</sup> Invece, per la tesi criticata nel testo, v. M. BOVE, *ADR nel c.d. collegato lavoro (prime riflessioni sull'art. 31 della legge 4 novembre 2010 n. 183)*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it). Per la soluzione qui accolta, sebbene in senso dubitativo, v. S. IZZO, *La conciliazione e l'arbitrato*, in *La nuova giustizia del lavoro*, a cura di D. Dalfino, Bari, 2011.

<sup>15</sup> Per un catalogo completo delle ADR, anche con riferimento alla normativa straniera, si rinvia a F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., spec. p. 55 ss.

<sup>16</sup> Cfr., per tutti, G. MICCOLIS, in *I procedimenti in materia commerciale*, a cura di G. Costantino, Padova, 2005.

<sup>17</sup> Ai sensi dell'art. 5, 2° comma, d.leg. 28/2010, il giudice, anche in appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può invitare le parti – prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa – a procedere alla mediazione. Ove le parti aderiscano all'invito, il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di quattro mesi dall'esperimento della stessa.

<sup>18</sup> Cfr. M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2008/52/Ce)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 374.

<sup>19</sup> Cfr. F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008, 122 ss.

di una giusta combinazione di elementi politici, culturali, socio-antropologici e di una propensione alla definizione conciliativa favorita dalla legislazione sostanziale e processuale<sup>20</sup>; nell'altro, quella di ricercare forme di completamento della tutela giurisdizionale (come è avvenuto a livello europeo, dove l'istituto della mediazione, oltre che rimedio alle disfunzioni del processo e mezzo di deflazione del carico giudiziario, ha rappresentato principalmente un'efficace forma di tutela, alternativa sul piano qualitativo, assistita da garanzie di tipo oggettivo (soprattutto, riservatezza e trasparenza) e soggettivo (indipendenza e imparzialità, formazione, specializzazione), sostenuta da incentivi e agevolazioni, una vera e propria via di "fuga dalla giurisdizione"<sup>21</sup> e dal processo, una strada senz'altro più veloce e semplice, ma soprattutto più vicina «ai bisogni dei cittadini»<sup>22</sup>, sebbene questa tendenza non necessariamente ha trovato corrispondenza nei singoli Stati membri<sup>23</sup>.

I dati forniti dal Ministero della Giustizia – Direzione Generale di Statistica (21 marzo 2011-30 giugno 2011) rivelano il "presente" della mediazione in Italia.

Il periodo di riferimento, per quanto breve, è piuttosto significativo del *trend* assunto dall'applicazione del nuovo istituto. I dati sono stati registrati a partire dall'entrata in vigore della condizione di procedibilità di cui all'art. 5, 1° comma, d.leg. 28/2010 e possono essere sintetizzati nel modo che segue:

- le iscrizioni delle mediazioni civili sono aumentate progressivamente da un mese all'altro (5.070 nel marzo-aprile; 5.735 nel maggio, con un aumento del 13%; 7.333 nel giugno, con un aumento del 28%). Questo dato non desta alcuna meraviglia; a fronte della obbligatorietà del previo esperimento del procedimento di mediazione, le iscrizioni non potevano (e non possono) che crescere di numero;

- complessivamente, sono stati iscritti 18.138 procedimenti e definiti 8.019, mentre a tutto giugno 2011 ne sono risultati pendenti 10.982; il dato va analizzato, peraltro, con riferimento alle singole materie nelle quali la mediazione costituisce condizione di procedibilità, poiché i numeri e le percentuali variano da caso a caso (ad esempio; in materia di diritti reali, su 3.429 iscritti ne sono stati definiti 1.305 e, quindi, il 38,5%; in materia di successioni ereditarie, su 982 iscritti ne sono stati definiti 334 e, quindi, il 34,01%; in materia di locazione, su 1.956 iscritti ne sono stati definiti 895 e, quindi, il 45,76%; in materia di responsabilità medica, su 1.340 iscritti ne sono stati definiti 577 e, quindi, il 43,05%; in materia di contratti assicurativi, su 1.430 iscritti ne sono stati definiti 673 e, quindi, il 47,06%). I numeri riportati in relazione alla materia condominiale (su 229 procedimenti iscritti, definiti 137 e, quindi, il 59,82%) e alla materia del risarcimento dei danni da circolazione di veicoli e natanti (su 236 iscritti, 150 definiti e, quindi, il 63,55%) devono tener conto del fatto che l'entrata in vigore dell'obbligatorietà è stata rinviata al 20 marzo 2012 dall'art. 2, comma 16 *decies*, d.l. 29 dicembre 2010 n. 225, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, 1° comma, l. 26 febbraio 2011 n. 10;

<sup>20</sup> Cfr. F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione*, Padova, 2008, spec. 21 ss.

<sup>21</sup> Tale da far paventare persino il rischio concreto di una "fuga dal diritto": cfr. M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2008/52/Ce)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 357, spec. 373

<sup>22</sup> S. CHIARLONI, *La conciliazione stragiudiziale come mezzo alternativo di risoluzione delle dispute*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 694 ss. Per una ricostruzione dei passaggi normativi fondamentali a livello europeo, v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 667.

<sup>23</sup> Cfr. F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., 124 ss.

- il maggior numero di controversie promosse interessa la materia dei diritti reali (25%); seguono la materia della locazione (17%); quella del risarcimento dei danni da responsabilità medica (12%); quella dei contratti assicurativi (12%) e dei contratti bancari (10%); quella della divisione (7%); quella delle successioni ereditarie (6%); quella del risarcimento danni da diffamazione a mezzo stampa, comodato e contratti finanziari (ciascuna al 3%); quella dell'affitto di aziende (2%); quella in materia di patti di famiglia (0%). Le percentuali scendono nella rilevazione statistica relativa a tutte le materie (anche quelle in cui non vige la condizione di procedibilità) in cui la mediazione è stata proposta;

- il valore medio della lite è di € 80.781,25, ma ancora una volta il dato va analizzato con specifico riferimento ai singoli scaglioni indicati nella tabella A allegata al d.leg. 28/2010; risulta, in particolare, che il maggior numero di controversie promosse rientri nell'ambito dello scaglione che va dai 1.001 ai 5.000 euro (21,24%); seguono le controversie rientranti nello scaglione 0-1.000 euro (20,12%); quelle dello scaglione 10.001-25.000 euro (14,84%); quelle dello scaglione 50.001-250.000 (12,67%); quelle dello scaglione 5.001-10.000 (12,18%); quelle dello scaglione 25.001-50.000 (11,86%); seguono le altre appartenenti agli scaglioni di importo più elevato (con la particolarità del 2,07% di controversie di valore indeterminato);

- nei procedimenti iscritti risulta che l'aderente sia comparso soltanto nel 27,76% dei casi; tuttavia, l'esito della mediazione con aderente comparso è stato del 58,44%;

- la percentuale di mediazioni obbligatorie in quanto condizione di procedibilità è pari al 69% di tutte le mediazioni e, come era facilmente intuibile, è superiore a quello delle mediazioni volontarie (che pure ammontano al 29%, segnale questo di un progressivo aumento di fiducia nell'istituto), a quelle obbligatorie in quanto previste da clausole contrattuali (1%) e a quelle demandate al giudice (1%);

- la percentuale di mediazioni introdotte con l'assistenza dell'avvocato è pari all'82% dei casi; il dato si inverte per ciò che concerne gli aderenti al procedimento, per i quali la percentuale di assistiti da un avvocato scende al 20,10%. L'apparente contraddizione può forse essere spiegata tenendo conto del fatto che, da un lato, quello dell'obbligatorietà dell'assistenza tecnica si rivela un falso problema, dall'altro, nei fatti la classe forense non crede nell'istituto. Ai fini di una più completa lettura, occorrerebbe distinguere tra mediazioni obbligatorie e volontarie, organismi di mediazione forensi e altri organismi e così via, ma questi aspetti non emergono dalle informazioni diffuse dal Ministero.

### **3.- Falsi problemi e questioni serie.**

E' forse troppo presto per un bilancio sull'effettiva utilità dell'istituto della mediazione, ma deve essere subito osservato che la normativa in materia ha determinato il sorgere di numerosi dubbi interpretativi sin dalla sua entrata in vigore, prima ancora dell'operatività della condizione di procedibilità.

Il profilo relativo ai rapporti tra mediazione e processo è quello che presenta i punti di maggiore criticità.

In particolare, vengono in rilievo: le conseguenze dell'inosservanza dell'obbligo di informazione dell'assistito da parte dell'avvocato; le conseguenze dell'inosservanza dell'allegazione all'atto introduttivo del processo del documento attestante l'avvenuta informativa; i limiti di operatività della condizione di procedibilità (in relazione alle domande riconvenzionali, alle domande proposte dai terzi interventori, alle ipotesi di litisconsorzio necessario; ai procedimenti speciali nei quali la mediazione diventa obbligatoria soltanto una volta espletata una fase preliminare, quali il procedimento di

ingiunzione, il procedimento di convalida di sfratto, il procedimento possessorio); le conseguenze della mancata presentazione della domanda di mediazione a seguito del rilievo dell'inosservanza della condizione di procedibilità della domanda giudiziale; le conseguenze, in termini di argomento di prova, della mancata comparizione senza giustificato motivo all'incontro fissato per la mediazione; le conseguenze del rifiuto della proposta conciliativa formulata dal mediatore sulla distribuzione dell'onere delle spese processuali; l'inutilizzabilità nel processo delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nell'ambito del procedimento di mediazione; impossibilità di conservare gli effetti prenotativi della domanda in caso di raggiunta conciliazione; e così via.

Anche gli aspetti procedurali e regolamentari offrono spunti per notevoli questioni interpretative.

Ad esempio: individuazione del "tempo della domanda" in caso di pluralità di domande; necessità della adesione della parte convocata al fine dello svolgimento del primo incontro del procedimento; individuazione dei criteri per l'assegnazione degli incarichi ai mediatori<sup>24</sup>; limiti alla responsabilità dei mediatori rispetto alle determinazioni contenute nell'accordo di conciliazione contrarie all'ordine pubblico o a norme imperative<sup>25</sup>; e così via.

Si tratta in qualche caso di falsi problemi<sup>26</sup>, ma vi sono anche questioni molto serie.

La prassi sino ad ora ha fornito, come è ovvio data l'esiguità del tempo trascorso dall'entrata in vigore della normativa in parola, una risposta limitata ad alcuni profili. Segnatamente, quelli relativi a:

a) l'obbligo di informazione (*ambito di applicazione*: esclusione nelle controversie aventi ad oggetto le modalità di affidamento della prole di coniugi separati; *rappporti con la procura alle liti*: necessità che l'informativa sia contenuta in atto separato, insufficienza dell'informativa apposta nella procura estesa a margine della citazione; infondatezza dell'eccezione di improcedibilità per difetto, nella procura, dell'informativa; *violazione del dovere di informazione*: legittimazione dell'assistito che non ha ricevuto l'informazione stessa e non della controparte processuale a far valere l'annullabilità del contratto di prestazione d'opera professionale);

b) la condizione di procedibilità (le modalità del rilievo dell'improcedibilità della domanda giudiziale relativa ad un rapporto di locazione; l'esclusione dell'operatività della condizione di procedibilità rispetto all'istanza di consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi, ai sensi dell'art. 696 *bis* c.p.c.; l'esclusione dell'operatività in caso di azione

---

<sup>24</sup> Su questi ultimi aspetti, v. le modifiche apportate dall'art. 3 d.m. 145/2011 all'art. 7, 5° comma, d.m. 180/2010.

<sup>25</sup> Cfr. S. IZZO, *La mediazione nella disciplina di attuazione*, in *Futuro Giustizia Azione collettiva Mediazione*, a cura di V. Vigoriti e G. Conte, Torino, 2010, 505 ss.

<sup>26</sup> Ad esempio, la mancata allegazione all'atto introduttivo del documento sottoscritto dalla parte contenente l'informativa, non produce alcuna conseguenza invalidante, né del contratto di prestazione d'opera professionale, né della procura alle liti, né dell'atto introduttivo. A tal proposito, il legislatore ha dettato una espressa disciplina, in base alla quale il giudice «*se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione*». Pertanto, in tal caso, ciò che rileva non è la mancata produzione in giudizio del documento sottoscritto e neanche l'inosservanza dell'obbligo di informazione, bensì il mancato espletamento in sé della condizione di procedibilità. Infatti, ove il procedimento di mediazione sia stato comunque esperito e di ciò si dia dimostrazione in giudizio, l'inosservanza dell'obbligo di informazione (e, di conseguenza, la mancata allegazione del relativo documento) è destinata a non produrre alcuna conseguenza invalidante (v., se vuoi, D. DALFINO, *Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali»*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it)).

revocatoria ex art. 2901 c.c., anche se in relazione ai contratti, che ricadono sotto il suo fascio applicativo dell'art. 5, 1° comma, d.leg. 28/2010)<sup>27</sup>.

Un cenno a parte merita la rimessione alla Corte costituzionale avvenuta su iniziativa del Tar Lazio<sup>28</sup>, avente ad oggetto le questioni di legittimità costituzionale – sollevate nel corso del giudizio diretto all'annullamento del d.m. 180/2010 – degli art. 5, 1° comma, primo, secondo e terzo periodo<sup>29</sup>, e 16, 1° comma, d.leg. n. 28, in riferimento agli art. 24 e 77 Cost. L'ordinanza ha posto in discussione la conformità alla Costituzione del meccanismo relativo alla condizione di procedibilità dell'azione, con particolare riguardo all'affidamento della gestione dei procedimenti di mediazione ad organismi pubblici e privati, che diano garanzie di mera "serietà ed efficienza" e non anche esplicitamente di "professionalità e competenza".

Le censure, sulle quali ancora si attende il pronunciamento della Consulta, investono due tra gli aspetti che più hanno dato linfa agli strali dei detrattori dell'istituto (soprattutto, una parte dell'Avvocatura), almeno per come esso è disciplinato dal d.leg. 28/2010 e dal d.m. 180/2010 (quest'ultimo, come detto, da poco modificato dal d.m. 145/2011).

Non è questa la sede per esaminare il tema della c.d. "giurisdizione condizionata"; è sufficiente ricordare che, secondo la Corte costituzionale, l'obbligatorietà del "filtro" non è di per sé incostituzionale se non impedisce o non rende particolarmente difficile l'accesso alla via giurisdizionale e, quindi, se si pone come mera condizione di procedibilità<sup>30</sup>. L'esperienza del tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di lavoro questa volta può essere utile; la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità degli art. 410, 410 *bis* e 412 *bis* c.p.c., rigettò la questione di costituzionalità proprio con riferimento agli art. 24 e 76 Cost.<sup>31</sup>

Sulla questione relativa alla legittimità dei sistemi di accesso condizionati si è pure di recente espressa la Corte di giustizia, affermando che il principio della tutela giurisdizionale effettiva non osta ad una normativa nazionale che impone il previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale, 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

---

<sup>27</sup> Cfr., se vuoi, D. DALFINO, *La mediazione alla prova: prime esperienze applicative*, in *Foro it.*, V, 2011.

<sup>28</sup> Tar Lazio, sez. I, 12 aprile 2011, n. 3202, *Foro it.*, 2011, III, 274. Cfr., inoltre, I. PAGNI, *La mediazione dinanzi alla Corte costituzionale dopo l'ordinanza del TAR Lazio*, in corso di pubblicazione in *Corriere giur.*, 2011, nonché C. PERAGO, *Spunti di riflessione sulla compatibilità costituzionale della mediazione obbligatoria*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, fasc. 9, 1881 ss.

<sup>29</sup> In particolare, il primo periodo dell'art. 5, 1° comma, nella parte in cui introduce a carico di chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa alle controversie nelle materie espressamente elencate l'obbligo del previo esperimento del procedimento di mediazione; il secondo periodo, nella parte in cui prevede che l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale; il terzo periodo, nella parte in cui dispone che l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto o rilevata d'ufficio dal giudice.

<sup>30</sup> Sulla distinzione tra condizioni di procedibilità e condizioni di proponibilità, v. G. COSTANTINO, nota a Corte cost. 10 febbraio 1993, n. 40, in *Foro it.*, 1993, I, c. 1028, nonché N. TROCKER, *La conciliazione come metodo alternativo di risoluzione delle controversie nell'ordinamento italiano tra obiettivi di politica legislativa e profili di compatibilità costituzionale*, in *L'altra giustizia*, a cura di V. Varano, Milano, 2007, p. 339. Da ultimo, proprio in relazione alla mediazione, cfr. G. ARMONE, *La mediazione civile: il procedimento, la competenza, la proposta*, in *Società*, 2010, 627; I. PAGNI, *La mediazione dinanzi alla Corte costituzionale*, cit.; C. PERAGO, *Spunti di riflessione*, cit.

<sup>31</sup> Corte cost. 13 luglio 2000, n. 276, in *Foro it.*, 2000, I, 2752.

diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non 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<sup>32</sup>.

Il secondo dei due aspetti riguarda più in generale il tema della professionalità dei soggetti chiamati a gestire i procedimenti di mediazione. In effetti, non paiono sufficienti "serietà" ed "efficienza" ad assicurare la prestazione di un servizio qualitativamente elevato, se a queste non si accompagna (e non si pretende) la garanzia di un adeguato livello di competenza. I requisiti richiesti per l'accreditamento dell'ente presso il Ministero e l'iscrizione nell'apposito Registro non contengono elementi in tal senso.

Dovrebbe essere chiaro che il successo della mediazione, quale strumento alternativo per la risoluzione delle controversie, dipende anche dalla previsione di un solido "statuto" del mediatore<sup>33</sup>, cioè dalla fissazione di precise regole attinenti ai requisiti di accesso, alla formazione e specializzazione, alle garanzie, ai doveri, alle responsabilità. La sussistenza di adeguata qualificazione è una esigenza imprescindibile<sup>34</sup>.

Il d.m. 180/2010 prevede che i mediatori posseggano «un titolo di studio non inferiore al diploma di laurea universitaria triennale ovvero, in alternativa», l'iscrizione «a un ordine o collegio professionale»<sup>35</sup>. Il regolamento, inoltre, contempla un irrobustimento anche qualitativo del percorso formativo rispetto alla vecchia disciplina in materia societaria (v. d.m. 222/2004), poiché non soltanto ne aumenta la durata (da 32 ad almeno 50 ore), ma lo articola anche in corsi teorici e pratici vertenti, tra l'altro, su materie specificamente mirate al perseguimento delle finalità della mediazione (normativa nazionale, comunitaria e internazionale in materia di mediazione e conciliazione, metodologia delle procedure facilitative e aggiudicative di negoziazione e di mediazione e relative tecniche di gestione del conflitto e di interazione comunicativa, anche con riferimento alla mediazione demandata dal giudice, efficacia e operatività delle clausole contrattuali di mediazione e conciliazione, forma, contenuto ed effetti della domanda di mediazione e dell'accordo di conciliazione, compiti e responsabilità del mediatore)<sup>36</sup>. Prevede poi anche l'istituzione di un distinto percorso di aggiornamento formativo, di durata complessiva non inferiore a 18 ore biennali, articolato in corsi teorici e pratici avanzati, comprensivi di sessioni simulate partecipate dai discenti ovvero, in alternativa, di sessioni di mediazione, sulle materie appena indicate.

Da ultimo, il d.m. 145/2011 ha aggiunto la necessità che i mediatori partecipino nel biennio di aggiornamento in forma di tirocinio assistito, ad almeno venti casi di mediazione svolti presso organismi iscritti<sup>37</sup> e che – evidentemente anche al fine di una maggiore trasparenza – «gli affari di mediazione» siano ad essi assegnati in base a «criteri

<sup>32</sup> Corte giust. 18 marzo 2010, causa C-317/08, C-318/08, C-319/09 e C-320/09, *Alassini*, in *Foro it.*, 2010, IV, c. 361, con nota di ARMONE e PORRECA.

<sup>33</sup> Cfr. F. DANOVI, *Per uno statuto giuridico del mediatore*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 771 ss.

<sup>34</sup> L'esigenza si impone anche nella "negoziiazione", quale procedura primaria alternativa, distinta da un lato, dalla mediazione, dall'altro, dall'arbitrato. Cfr. DE PALO-D'URSO-GOLANN, *Manuale del mediatore professionista*, Milano, 2010, 14 ss.

<sup>35</sup> V. art. 4, 3° comma, lett. a).

<sup>36</sup> In particolare, v. l'art. 18, 2° comma, lett. f).

<sup>37</sup> V. l'art. 18, 2° comma, lett. g) e l'art. 4, 3° comma, lett. b), quest'ultimo come modificato dal d.m. 145/2011.

inderogabili predeterminati e rispettosi della specifica competenza professionale», «desunta anche dalla tipologia di laurea universitaria posseduta»<sup>38</sup>.

La questione è estremamente seria e meriterebbe una maggiore attenzione da parte del legislatore.

#### 4.- Il ruolo dell'avvocato in mediazione.

L'intero impianto normativo innanzi richiamato sembra dare per scontata la partecipazione attiva dell'avvocato nel procedimento di mediazione.

A ben vedere, il ruolo che questo è chiamato ad assumere può essere duplice: l'avvocato, quale assistente tecnico della parte; l'avvocato-mediatore.

La strenua battaglia condotta da una frangia dell'Avvocatura per l'affermazione dell'obbligatorietà dell'assistenza tecnica per il momento ha prodotto risultati modesti: la citata intesa tra il Ministro della giustizia e i presidenti dei Consigli degli ordini di Roma, di Milano, di Palermo, del Triveneto, nonché il presidente del Consiglio nazionale forense, diretta a introdurre tale previsione nei casi in cui il procedimento di mediazione rappresenta una condizione di procedibilità dell'azione, non è stata ancora concretizzata; la relativa questione di costituzionalità è stata ritenuta irrilevante dalla citata ordinanza del Tar Lazio.

Ciò non toglie che, nella maggior parte dei casi, il soggetto che intende chiedere tutela dei propri diritti si rivolgerà ad un avvocato anche per promuovere il procedimento di mediazione; anzi, molto verosimilmente, interpellerà l'avvocato ancor prima, per decidere il da farsi<sup>39</sup>. Una conferma può essere tratta dai dati forniti dal Ministero, innanzi sintetizzati.

L'avvocato può assumere, si diceva, la veste di mediatore. L'esperienza dei corsi di formazione ci dice che il maggior numero degli iscritti già svolge la professione forense.

Nell'uno e nell'altro caso, l'avvocato ha l'onere di reimpostare il proprio metodo lavorativo.

Infatti, in qualità di *assistente tecnico*, deve coinvolgere sin dall'inizio l'assistito nell'espletamento del dovere di informazione, non limitandosi ad illustrare la normativa vigente o a far sottoscrivere un documento prestampato. Molto spesso, infatti, l'assistito legge frettolosamente o non legge il documento che sottoscrive, accordando piena fiducia al legale, ma tale fiducia, che costituisce condizione essenziale per la conclusione del contratto di patrocinio, può rivelarsi non sufficiente ad assicurare la piena comprensione da parte dell'assistito dell'esistenza e del funzionamento dei differenti strumenti di tutela a disposizione.

Pertanto, l'avvocato, ove possibile, deve:

- a) tentare di individuare le reali motivazioni dell'assistito;
- b) indicargli in astratto le possibili strategie difensive dirette ad attuare in maniera (almeno tendenzialmente) piena i suoi interessi;
- c) valutare in concreto e mettere al corrente l'assistito dei possibili vantaggi e svantaggi derivanti dal ricorso alla mediazione;
- d) illustrare all'assistito la diversa prospettiva di tutela nel primo e nel secondo caso.

Inoltre, un'assistenza effettiva richiederebbe: l'individuazione dell'Organismo di mediazione più congeniale, anche dal punto di vista del regolamento di procedura adottato;

<sup>38</sup> Art. 3 d.m. 145/2011, che modifica l'art. 7, 5° comma, d.m. 180/2010.

<sup>39</sup> Questo emerge dall'art. 4 d.leg. 28/2010, nella parte in cui impone all'avvocato l'obbligo di fornire all'assistito l'informazione circa la possibilità o necessità di promuovere il procedimento di mediazione.

Illustrazione delle specifiche problematiche attinenti alla singola controversia (profondamente diverse, come è evidente, a seconda che la causa riguardi la materia successoria ovvero quella dei contratti assicurativi, bancari o finanziari ovvero ancora quella della responsabilità medica e così via); la gestione della fase successiva alla conclusione dell'accordo, dal controllo sull'adempimento degli obblighi assunti alla richiesta di omologa ai fini esecutivi<sup>40</sup>.

Va da sé, poi, che l'avvocato debba acquisire le conoscenze necessarie relative alle tecniche di mediazione e negoziazione, essenziali per lo svolgimento del ruolo di "gestore dei conflitti"<sup>41</sup>. A tal fine, sarebbe più che mai opportuno prevedere specifici corsi di preparazione e aggiornamento, al momento inesistenti o molto rari.

In qualità di *mediatore*, l'avvocato dovrebbe sicuramente possedere le conoscenze teoriche attinenti non soltanto agli aspetti giuridici, sostanziali e processuali, ma anche, come nel precedente caso, alla teoria dei conflitti, della comunicazione e della negoziazione<sup>42</sup>. Dovrebbe poi abbandonare l'atteggiamento tipicamente avversariale. Ancora una volta, viene in rilievo l'importanza di specifici percorsi formativi (se del caso, anche anteriori all'acquisizione del titolo abilitante alla professione di avvocato).

## 5.- La diffusione della c.d. "cultura della mediazione".

---

<sup>40</sup> L'avvocato ha anche l'onere di valutare adeguatamente la proposta conciliativa eventualmente formulata dal mediatore, di propria iniziativa o su istanza congiunta delle parti, tenendo conto di quello che si otterrebbe accettandola e a quello che si perderebbe rifiutandola.

In particolare, deve considerare:

1. il contenuto e il tenore della domanda di mediazione. Quel che la parte chiede in mediazione può essere anche molto diverso da quello che il mediatore propone, stante la inapplicabilità del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, di cui all'art. 112 c.p.c. Sicché, in definitiva, a fronte della proposta del mediatore, occorre confrontare ad un tempo quel che in origine si mirava ad ottenere, quel che il mediatore prospetta per la soluzione della controversia, quello che si presume che il giudice riconosca in sentenza;
2. la tipologia della controversia;
3. l'atteggiamento da esse tenuto nel corso del procedimento di mediazione;
4. i riscontri e/o pareri resi da esperti eventualmente nominati. Nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche (ad esempio, in materia di responsabilità medica) la valutazione della proposta dovrebbe tener conto dell'eventuale relazione tecnica presentata dall'esperto del quale il mediatore abbia deciso di avvalersi. Infatti, se la proposta, come è presumibile, si basa su tale relazione e se quest'ultima risponde a precisi criteri di tipo oggettivo, è probabile che in sede giudiziale la perizia effettuata dal c.t.u. dia luogo a risultati non distanti e che, pertanto, la sentenza abbia un contenuto corrispondente alla proposta;
5. le conseguenze del rifiuto della proposta conciliativa in ordine alla distribuzione dell'onere delle spese dell'eventuale processo instaurato a seguito dell'insuccesso del procedimento di mediazione (art. 13 d.leg. 28/2010);
6. l'eventuale esistenza di orientamenti giurisprudenziali consolidati che ne farebbe presumere, attraverso un giudizio di carattere prognostico, la probabile adesione da parte del giudice;
7. a fronte di una proposta conciliativa contraria all'ordine pubblico o a norme imperative, le conseguenze, in caso di accettazione, sulla tenuta e sulla validità dell'accordo di conciliazione, nonché gli eventuali profili di responsabilità dell'ODM e del mediatore;
8. lo stato di avanzamento e la rispettiva posizione assunta nel processo, laddove la proposta sia formulata nel corso del procedimento di c.d. mediazione delegata (art. 5, 2° comma, d.leg. 28/2010).

<sup>41</sup> Cfr. A. UZQUEDA, *Dinamiche della procedura di mediazione e ruolo dell'avvocato*, relazione tenuta nell'ambito del Seminario "Mediazione: l'avvocato nella procedura. Aspetti normativi e operativi", organizzato dal Cnf e dalla Scuola Superiore dell'Avvocatura, Roma 11 dicembre 2010.

<sup>42</sup> A. UZQUEDA, *Dinamiche della procedura di mediazione e ruolo dell'avvocato*, cit.

Complessivamente ci si può domandare se il metodo prescelto dal legislatore italiano per diffondere la c.d. "cultura della mediazione" sia quello più corretto<sup>43</sup> e se, piuttosto, l'opzione attuata non risponda alla finalità di inculcare una mentalità che per tradizione ha sempre stentato ad affermarsi nel nostro tessuto socio-economico.

Occorre soffermarsi sui principali strumenti adottati: l'obbligo di informazione dell'assistito da parte dell'avvocato; la condizione di procedibilità; le conseguenze del rifiuto della proposta conciliativa del mediatore.

I primi due sono già stati in parte esaminati. Si può aggiungere, tuttavia, quanto segue.

Appare eccessivo aver sanzionato l'omissione del comportamento dovuto da parte dell'avvocato con la previsione dell'annullabilità del contratto di patrocinio (non della procura alle liti), sebbene tale sanzione sia sicuramente più blanda di quella (nullità) stabilita nell'originario testo dello schema di decreto legislativo. Infatti, anche non volendo considerare le difficoltà tecniche insite nell'applicazione della disciplina di cui agli art. 1441 ss. c.c. e del regime delle restituzioni, resta pur sempre il fatto che l'onere imposto all'avvocato rischia di ingessare il rapporto con il proprio assistito e minare alle fondamenta la fiducia che il secondo deve riporre nel primo; come dire, un ordigno pronto ad esplodere al momento ritenuto più opportuno dall'uno (l'avvocato, per il pagamento del compenso maturato per la prestazione comunque effettuata) o dall'altro (l'assistito, per la ripetizione della somma indebitamente corrisposta a titolo di compenso o di acconto sullo stesso).

Per ciò che concerne la condizione di procedibilità, va osservato che la rimessione alla Corte costituzionale da parte del Tar Lazio non ha riguardato un profilo particolarmente delicato, destinato ad incidere negativamente sul livello di accettazione del nuovo istituto, vale a dire il rapporto tra obbligatorietà e onerosità della mediazione<sup>44</sup>. E' evidente, infatti, che un sistema di giustizia che imponga l'espletamento di una determinata attività come "filtro" per l'accesso alla tutela giurisdizionale, appare tanto più odioso quanto maggiori sono i costi abbinati all'attività stessa e, ove non sia anche accompagnato da misure di temperamento (quali la tutela dei non abbienti), rischia di non superare indenne il vaglio di costituzionalità. Sotto tale profilo, la disciplina contenuta nel d.leg. 28/2010 e nei decreti regolamentari dovrebbe essere perfezionata.

Infine, le conseguenze connesse al rifiuto della proposta conciliativa che il mediatore può formulare discrezionalmente ovvero su istanza congiunta delle parti.

Tali conseguenze si manifestano sul piano della distribuzione dell'onere delle spese giudiziali e sono, almeno sulla carta, piuttosto pesanti per la parte che pure risulti vittoriosa all'esito del processo instaurato dopo il fallimento del procedimento di mediazione (v. art. 13 d.leg. 28/2010).

In considerazione di ciò e tenendo anche conto del fatto che lo spirito più genuino della mediazione dovrebbe favorire la formazione di accordi di conciliazione per quanto possibile non "indotti", sarei propenso a ritenere che la formulazione della proposta

<sup>43</sup> Cfr. M. BOVE, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in *Società*, 2010, 760, che individua nella normativa in parola l'imposizione di un vero e proprio obbligo di cooperare.

<sup>44</sup> Sul quale v. G. ARMONE-P. PORRECA, *I costi della mediazione tra dubbi di costituzionalità e giustizia coesistenziale*, in *Foro it.*, in corso di pubblicazione, anche in replica a G. SCARSELLI, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.lgs. 28/10*, *id.*, 2011, V, 55, sub § 3. Cfr. anche le riflessioni di I. PAGNI, *La mediazione dinanzi alla Corte costituzionale*, cit., § 6.

conciliativa – contrariamente a quanto sembra emergere dall'art. 1, lett. a) d.leg. 28/2010 e dall'art. 1, lett. c), d.m. 180/2010<sup>45</sup> – debba rappresentare una ipotesi residuale.

Il mediatore dovrebbe evitare un atteggiamento troppo proteso a suggerire soluzioni, non dovrebbe ingerirsi nel rapporto dialettico tra le parti, invadere il campo e lasciarsi prendere dalla tentazione di propinare soluzioni. Dovrebbe, invece, ascoltare le parti, congiuntamente e separatamente, facendo in modo che le stesse manifestino sino in fondo i reali bisogni e gli interessi perseguiti, favorendo il più possibile il confronto e l'incontro spontaneo e, soltanto in ultima analisi (cioè, appunto, ad accordo non raggiunto), formulando una proposta.

Sennonché, è ragionevole prevedere un ampio utilizzo della proposta conciliativa, se non altro per gli incentivi introdotti dall'art. 16, 4° comma, lett. c) d.m. 180/2010<sup>46</sup>. Ne consegue la necessità di individuare precisi limiti.

In estrema sintesi, premesso che il mediatore dovrebbe possedere una adeguata conoscenza dei termini della controversia e delle principali problematiche ad essa relative, in ogni caso, la proposta:

- a) *non può riferirsi, salvo diverso accordo delle parti, alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento* (art. 11, 2° comma, d.leg. 28/2010). La norma mira a favorire il raggiungimento della conciliazione lasciando le parti libere di prendere posizione senza temere di “scoprirsi” troppo; allo stesso tempo, è coerente con il generale dovere di riservatezza che governa il procedimento di mediazione e del quale è anche espressione la disposizione dell'art. 10 d.leg. cit. (a sua volta, analoga a quanto già previsto dall'art. 40, 3° comma, d.leg. 5/2003, abrogato dalla l. 69/2009), secondo cui le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni;
- b) *anche quando richiesta congiuntamente dalle parti, non dovrebbe essere formulata in mancanza di elementi necessari e sufficienti*. E' evidente, infatti, la pericolosità di una proposta formulata senza una completa base in virtù della

---

<sup>45</sup> Le norme testualmente dispongono che la mediazione costituisce «l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e 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».

Cfr. la diversa definizione contenuta nell'art. 3 direttiva 21 maggio 2008/52/CE, secondo cui: «a) per “mediazione” si intende 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. // Esso include la mediazione condotta da un giudice che non è responsabile di alcun procedimento giudiziario concernente la controversia in questione. Esso esclude i tentativi messi in atto dall'organo giurisdizionale o dal giudice aditi al fine di giungere ad una composizione della controversia in questione nell'ambito del procedimento giudiziario oggetto della medesima».

<sup>46</sup> L'art. 16, 4° comma, lett. c), d.m. 180/2010, prevede che «l'importo massimo delle spese di mediazione per ciascun scaglione di riferimento, come determinato a norma della medesima tabella A: [...] c) deve essere aumentato di un quinto nel caso di formulazione della proposta ai sensi dell'articolo 11 del decreto legislativo». Tale previsione è criticabile, poiché rischia di favorire oltremodo l'atteggiamento “propositivo” del mediatore, anche verso soluzioni (“proposte”) le più bizzarre, spinto dall'idea di conseguire un maggior vantaggio economico.

- quale poter valutare le rispettive posizioni delle parti; rischierebbe di essere prematura, ad esempio, una proposta alla data del primo incontro, effettuata senza alcuna previa sessione di ascolto;
- c) *in linea di massima, non dovrebbe essere formulata in assenza di una delle parti.* E' vero che l'art. 7, 2° comma, lett. b) d.m. 180/2010 attribuisce al Regolamento di procedura del singolo ODM la possibilità di prevedere la c.d. "proposta contumaciale" e che la bozza di Regolamento unitario del CNF la prevede per le controversie in materia di responsabilità medica e di danno prodotto dalla circolazione di veicoli e natanti, ma, in linea generale, al di là di queste specifiche ipotesi, la logica conversazionale che caratterizza la mediazione presuppone il confronto tra tutte le parti presenti;
- d) deve essere formulata nel rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico (art. 14 d.leg. 28/2010).

#### **6.- Il "futuro" della mediazione.**

L'aspettativa del legislatore italiano è molto alta: ottenere un significativo decongestionamento degli uffici giudiziari, sotto la spinta di incentivi e deterrenti.

E' piuttosto diffuso, però, il timore che l'aspettativa sia destinata a rimanere delusa. L'esperienza applicativa del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro, abrogato dalla l. 183/2010, parrebbe averci dato conferma che il raggiungimento di un accordo riposa sulla spontanea volontà dei litiganti. Tuttavia, questa appare una conclusione semplicistica. E infatti, per un verso, l'obbligatorietà riguarda l'esperimento del tentativo di conciliazione, giammai, come è ovvio, la conclusione dell'accordo, sicché si potrebbe rovesciare la prospettiva, sostenendo l'utilità del "filtro" in tutte le ipotesi in cui le parti, pur obbligate a tentare la via conciliativa<sup>47</sup>, scelgono di comporre amichevolmente la controversia<sup>48</sup>; per un altro, va ribadito che le peculiarità della materia del lavoro non consentono di esportarne *tout court* i risultati in altri e diversi contesti.

Ma nel "futuro" della mediazione c'è anche un'altra aspettativa<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Invero, ad essere obbligata è la parte che chiede tutela, potendo l'altra liberamente scegliere, espressamente o per fatti concludenti, di non aderire al procedimento di mediazione.

<sup>48</sup> Cfr. i dati forniti dal *IV Rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia* (per il 2009), a cura di Isdaci, 2011, dai quali emerge proprio il dato segnalato nel testo: nelle conciliazioni amministrative, là dove c'è stata l'adesione della parte convocata, l'accordo è stato raggiunto in due casi su tre.

<sup>49</sup> Sembra per il momento relegata al campo del mero "futuribile" la p.d.l. relativa alla *Procedura partecipativa di negoziazione assistita da un avvocato*, formulata dall'Unione Triveneta dei COA, dall'AIAF, dall'UNCC, sul modello della procedura approvata dall'Assemblea nazionale francese in data 30.6.2010 e conv. in l. n. 2010-1609 del 22.12.2010. La proposta sembra puntare principalmente sul potere di autoregolamentazione delle parti, mettendo in sicuro risalto la posizione e la funzione dell'avvocato, chiamato ad assistere le parti stesse nell'attività di negoziazione finalizzata alla ricerca di un accordo (la c.d. "convenzione di procedura partecipativa di negoziazione assistita da un avvocato"), suscettibile a sua volta di essere reso esecutivo previa omologa giudiziale. Il suo ambito di applicazione non comprende le controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili o *status* della persona, né quelle attinenti alla "risoluzione del rapporto del lavoro dipendente o ricorsi giurisdizionali avverso la certificazione dei contratti di lavoro o riguardanti la materia previdenziale" (cfr. art. 6). Ciononostante, essa si applica anche nei procedimenti di separazione personale, cessazione degli effetti civili del matrimonio e scioglimento del matrimonio, modifica delle condizioni di separazione o divorzio, anche in presenza di figli minori, o tra genitori non coniugati per la regolamentazione dei loro rapporti nell'interesse dei figli (art. 14). Di estremo interesse appaiono, tra gli altri aspetti, quello relativo alla possibilità di procedere alla trascrizione dell'invito rivolto all'altra parte a ricorrere alla procedura partecipativa, "se notificato a mezzo Ufficiale Giudiziario, nei casi in cui la controversia abbia per oggetto una domanda per cui è consentita la trascrizione della domanda giudiziale"

L'applicazione dei metodi e delle tecniche di comunicazione e negoziazione dovrebbe agevolare una risoluzione della lite più genuina e durevole, nella convinzione che, come si legge nel considerando n. 6 della direttiva 52/2008/CE, «gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti». Si tratta di una vera e propria scommessa.

### 7.- Lo spirito della mediazione e il “futuro passato” dei contendenti.

Riprendo, ora, lo spunto di riflessione al quale ho fatto cenno all'inizio di questo intervento.

Come anticipato, per comprendere appieno lo spirito della mediazione, è forse il caso di soffermarsi con maggiore attenzione sulla dimensione personale dei contendenti, in quanto soggetti portatori di uno «spazio di esperienza» e di un «orizzonte di aspettativa».

Osserva Koselleck che «esperienza» e «aspettativa» sono categorie storiche formali, che vanno riempite di specifici contenuti, ma allo stesso tempo che «non esiste storia che non sia stata costituita da esperienze e aspettative degli uomini in quanto agiscono e subiscono»<sup>50</sup>. Tanto l'esperienza quanto l'aspettativa sono insieme personali e interpersonali; in esse emerge un profilo di “presenzialità” che incide sull'agire quotidiano: la prima, in quanto “passato presente” che può essere assimilato e ricordato («ogni esperienza si compone sempre di tutto ciò che può essere tratto dal ricordo della propria vita e dalla conoscenza di quelle altrui»); la seconda, in quanto “futuro presente” che va arguito e scoperto (l'orizzonte dell'aspettativa «si riferisce a quella linea dietro la quale si schiude, in futuro, un nuovo spazio di esperienza, che peraltro non è ancora visibile»)<sup>51</sup>.

Nella individuazione di un nesso tra le due categorie si compie un importante passo nella ricerca di una giustizia *alternativa*. A questo nobile compito sono chiamati, ciascuno secondo i rispettivi ruoli e in base agli strumenti a disposizione, tutti coloro che cercano una soluzione non meramente *mediana*, in senso aristotelico<sup>52</sup>, del conflitto tra le

---

(art. 13, 4° comma); quello relativo alla espressa regolamentazione dei rimedi esperibili avverso la convenzione (art. 11); quello attinente all'improcedibilità di “qualsiasi ricorso, anche sommario o monitorio, al giudice per decidere sulla stessa controversia”, “quando è in corso una procedura partecipativa assistita da un avvocato” (art. 7).

In quanto alternativa alla mediazione di cui al d.leg. 28/2010, la proposta non sembra avere molte possibilità di decollare, soprattutto se dovessero trovare concreta attuazione i risultati dell'incontro tenutosi tra il Ministro della giustizia e i presidenti dei Consigli degli ordini di Roma, di Milano, di Palermo, del Triveneto, nonché il presidente del Consiglio nazionale forense, consistenti nell'intesa circa la (possibile) introduzione dell'assistenza tecnica obbligatoria nei casi in cui il procedimento di mediazione rappresenta una condizione di procedibilità dell'azione, nonché dalla (possibile) contestuale riduzione di tali ipotesi attraverso l'esclusione delle controversie superiori a un certo valore (cfr. *Il Sole24Ore*, 12 maggio 2011; *Corriere della sera*, 12 maggio 2011).

<sup>50</sup> R. KOSELLECK, *Futuro passato*, cit., 300.

<sup>51</sup> R. KOSELLECK, *Futuro passato*, cit., 306.

<sup>52</sup> Cfr. ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, Trad., introduzione e note di C. Natali, 6ª ed., Bari, 2009, spec. 187: «[...] la gente cerca un giudice imparziale, e alcuni popoli chiamano i giudici “mediatori”, volendo dire che, se colgono l'intermedio, coglieranno il giusto. Quindi il giusto è intermedio, poiché lo è anche il giudice. Il giudice restaura l'uguaglianza e, come nel caso di un segmento diviso in due parti disuguali, toglie alla sezione maggiore tanto, quanto essa supera la metà, e lo aggiunge alla sezione minore. Quando l'intero viene diviso in due parti, la gente dice di “avere quanto gli spetta” solo quando ottiene una parte uguale [...]».

parti, bensì capace di proporre «una nuova realtà», attraverso l'attenzione ai più punti di vista<sup>53</sup>.

A questo fine, se provassimo a sostituire alle parole «terapia, terapeuta, terapeutico» le parole «mediazione, mediatore, di mediazione, », probabilmente tornerebbe molto utile la seguente riflessione di H.v. Foerster<sup>54</sup>:

*«la terapia consiste nel creare un contesto di ascolto e accentuare le capacità dialogiche degli individui [...]. E' costante il tentativo di esplorare le modalità in cui attraverso il dialogo si generano sia l'apprendimento che una nuova cornice. Se c'è dialogo, se cioè tutti stanno ascoltando, e il fatto importante diventa che tutte le persone prestino orecchio e vogliano usare le parole degli altri, si genera una nuova prospettiva. Nel momento in cui si ascolta ci si trova con materiale differente: l'interpretazione è un processo costante. L'attenzione dei partecipanti al dialogo è ampliata durante l'intervista. Gli individui possono anche sorprendersi da sé, non soltanto osservarsi da una prospettiva differente; si legge lo stupore nei loro occhi, stupore per una connessione mai fatta prima. Le persone devono diventare poeti e lo diventano attraverso le domande che il terapeuta fa; è importante per esempio fare domande che l'individuo non abbia mai pensato prima. Queste persone, per rispondere, devono diventare poeti ... Uno strumento terapeutico è quello di fare domande il più ambigue possibili, il più aperte possibile. Usare il vincolo della situazione per forzare gli altri a diventare creativi. Di solito le persone si rifiutano di inventare perché lo ritengono pericoloso, nel contesto terapeutico diventa meno pericoloso inventare che definirsi. Lo strumento più potente è quello di fare domande sfida, ambigue, prive di senso, aperte. Chi risponde deve inventare e attiva un processo di auto creazione ...».*

---

<sup>53</sup> Proprio l'attenzione "ai più punti di vista" dovette suggerire ad H.V. FOERSTER il noto aneddoto costruito intorno alla domanda "Allora, che cos'è la realtà?" (cfr. op. cit., 49).

<sup>54</sup> H.V. FOERSTER, *Intervista a Heinz von Foerster*, a cura di U. Telfner, *Psicobiiettivo*, n. 1, 1987.