

PARTE I
INQUADRAMENTO GENERALE
DELL'ISTITUTO

INTRODUZIONE

1. **PREMESSA**

L'interesse per la mediazione è nato nel corso della partecipazione al Laboratorio di negoziazione organizzato dal Dipartimento di Scienze Economiche e Aziendali e aperto agli studenti della Laurea Magistrale di Trade e Consumer Marketing e del Corso di Laurea in Giurisprudenza.

Obiettivo del laboratorio era, attraverso il *role play*, apprendere come la mediazione costituisca un metodo alternativo di risoluzione delle controversie, acquisire le principali tecniche di negoziazione, sviluppare la capacità di esplorazione degli interessi dell'altra parte e imparare a individuare e formulare soluzioni a vantaggio di tutte le parti di una mediazione. *Role play*, si diceva, perché dopo alcune lezioni introduttive di carattere teorico, ogni partecipante ha dovuto cimentarsi nella preparazione di casi di controversie, inventate ma plausibili, sia dal punto di vista del diritto sia dal punto di vista delle strategie negoziali.

In qualità di studente di giurisprudenza, ho dovuto “assistere” la parte, rappresentata da uno studente di economia, nella predisposizione della difesa tecnica e, soprattutto, nella ricerca di possibili soluzioni di composizione della controversia con l'altra parte.

Nell'ambito del corso, ho avuto l'onore di essere selezionato – da una giuria composta dal Prof. Montanari, dalla Prof.ssa Ziliani, Presidentessa della Laurea Magistrale in Trade e Consumer Marketing e dalla mediatrice Marina Malori, le

quali, peraltro, hanno assolto al ruolo di coaches – per essere uno dei sei membri della squadra che avrebbe partecipato alla Competizione Italiana di Mediazione (CIM) tenutasi a Milano a fine febbraio 2018. La competizione si sostanzia in una serie di incontri di mediazione simulati tra due squadre, in presenza di un mediatore professionista, all’esito di ciascuno dei quali una giuria composta da mediatori, avvocati e giuristi, esprime un parere, assegnando un punteggio, sulla base di determinati criteri di valutazione: capacità espositiva delle problematiche costitutive la controversia, abilità nel perseguire i propri interessi, lavoro di squadra avvocato-cliente, raccolta di informazioni, sviluppo di opzioni di interesse reciproco, *etc...*

Dopo due giornate di match contro cinque squadre rappresentanti altrettante Università, l’Ateneo di Parma si è classificato al terzo posto in *ex aequo* con la squadra dell’Università Bocconi di Milano.

Questa tesi è, dunque, il frutto di un’esperienza diretta nello svolgimento del procedimento di mediazione – seppur simulato – oltre che, soprattutto, di uno studio sulla disciplina legale della materia.

Scopo del presente lavoro è, oltre che delineare le caratteristiche e il funzionamento del procedimento di mediazione, evidenziarne gli aspetti maggiormente discussi dalla dottrina e dalla giurisprudenza, mettendo in risalto le criticità del sistema vigente e, senza pretese di esaustività, provare a fornire soluzioni e interpretazioni personali a questioni che tuttora rimangono al centro di dibattito.

Il campo d’indagine è circoscritto all’analisi del procedimento di mediazione, così come disciplinato dall’art. 8 del d. lgs. 28/2010, ma, come si avrà modo di notare, risulterà inevitabile il riferimento anche ad altre disposizioni del medesimo decreto, al fine di inquadrare meglio l’argomento all’interno del contesto normativo.

Infine, si precisa che, per ragioni di comodità espositiva, salvo diversa indicazione, gli articoli di seguito citati si riferiscono al d.lgs. 28/2010.

2. LA MEDIAZIONE

La mediazione è stata definita come una “*forma di comunicazione interpersonale*”, in cui il compito primario del mediatore consiste nell’“*attivare canali relazionali ovvero riaprire linee di comunicazione interrotte o mal funzionanti*”, ovvero, in altri termini, “*comprendere le posizioni delle parti, il loro vissuto, le ragioni di eventuali tensioni, così da divenire veicolo comunicativo per aiutarle a (ri)trovare e (ri)costruire la corretta forma di interazione*”¹.

Mentre la mediazione “*tende a (ri)aprire canali di dialogo e collaborazione*” al fine di “*far ritrovare empatia*”, il mediatore assolve al compito di individuare non solo “*gli effettivi interessi dei soggetti che mette in comunicazione*”, ma anche delle “*necessità sottostanti*”, dei “*bisogni che hanno dato impulso alla mediazione*” e alle “*utilità che le parti stesse si prefiggono di conseguire*”².

Ancora, a proposito della “*missione*” del mediatore, si è detto che la sua “*opera ri-costruttiva [...] deve passare attraverso diversi livelli, volti a separare le persone dal problema, le intenzioni dalle modalità, gli obiettivi dai risultati e gli interessi dalle posizioni*”³.

Insomma, come può risultare evidente da queste definizioni di carattere introduttivo, prima ancora che istituto giuridico, la mediazione è canale di riattivazione della comunicazione, per questo si può sostenere che la sua funzione principale consiste nel riavvicinare le parti, nel ripristinare una comunicazione interrotta e nella ricomposizione del conflitto in modo efficace, attraverso il superamento della logica avversariale che permea il processo, per giungere piuttosto

¹ Filippo Danovi e Federico Ferraris, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Giuffrè Editore, Milano 2013, p. 2.

² Ivi, p. 3; leggermente diversa la classificazione fatta da Fabio Rondot, *Problem solving (le tecniche di mediazione)*, in Chiara Besso (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, Giappichelli Editore, Torino 2010, p. 89, secondo cui le quattro valenze fondamentali che sottendono ogni richiesta sono: posizione, interesse, bisogno e desiderio.

³ Fabio Rondot, *Dalla ragione alla ragionevolezza (la mediazione come luogo di cambiamento)*, Giur. it., 2012, p. 225, riportato in F. Danovi e F. Ferraris, *op. cit.*, p. 5, nota 6.

ad accettare la possibilità di ottenere un risultato soddisfacente per entrambi i litiganti, senza dovere necessariamente prevalere sull'altro.

Per raggiungere tali obiettivi, il diritto fornisce lo strumento dell'accordo negoziale.

Per questi motivi, la mediazione è stata anche definita come “*mending justice*” ovvero “*giustizia rammendatrice*”⁴, in grado di ricucire, appunto, il tessuto delle relazioni sociali, laceratosi a causa di un evento che ha generato un conflitto tra soggetti, con un esito non raggiungibile attraverso una pronuncia di un organo giudicante che attribuisca torti e ragioni, che senz'altro pone fine alla controversia giuridica ma crea solchi profondi negli animi dei contendenti, segnati dall'esperienza del processo anche, e forse soprattutto, a causa delle risorse spese, in termini di tempo e denaro.

Svolte queste brevi considerazioni di carattere generale e spostando adesso l'attenzione sugli aspetti più squisitamente tecnici della materia, bisogna cominciare col dire che l'istituto della mediazione è stato introdotto nell'ordinamento italiano con il decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, emanato a seguito della delega contenuta nell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in “*materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*”, con la quale il Parlamento ha dato attuazione alla Direttiva del Parlamento e del Consiglio Europeo del 21 maggio 2008, n. 52. È proprio dall'analisi di quest'ultima che si ritiene di avviare la presente esposizione.

2.1. LA DIRETTIVA 2008/52/CE

L'esigenza di norme minime che garantissero “*un livello adeguato di assistenza giudiziaria nelle cause transnazionali in tutta l'Unione e specifiche norme*”

⁴ Efficace espressione adoperata da Mauro Cappelletti, *Appunti su conciliatore e conciliazione*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1981, pp. 49 ss., riportata in F. Danovi e F. Ferraris, *op. cit.*, p. 4, nota 4.

procedurali comuni per semplificare e accelerare la composizione delle controversie transnazionali di piccola entità in materia commerciale e riguardanti i consumatori, nonché le cause relative alle prestazioni alimentari, e in materia di crediti non contestati”, e la necessità di *“istituire procedure di risoluzione delle controversie alternative al giudizio ordinario”*⁵, hanno condotto all’emanazione della suddetta Direttiva, che ogni Stato membro doveva recepire entro il 21 maggio 2011.

Nella Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sull’applicazione della Direttiva, pubblicata il 26 agosto 2016, a coronamento del suo primo quinquennio di vigenza, si legge che tale atto ha rappresentato *“la prima misura a incoraggiare la mediazione nell’ambito delle controversie civili e commerciali in generale”*⁶, che essa *“ha fornito valore aggiunto europeo”*⁷ e che *“sensibilizzando i legislatori nazionali ai vantaggi della mediazione, l’attuazione della Direttiva ha avuto un impatto significativo sulla legislazione di diversi Stati membri”*⁸. Tuttavia, non si è mancato di rilevare le *“difficoltà pratiche nel funzionamento dei sistemi di mediazione nazionali, connesse principalmente alla mancanza di una “cultura” della mediazione negli Stati membri [...], al basso livello di sensibilizzazione alla mediazione e al funzionamento dei meccanismi di controllo della qualità per i mediatori”*⁹.

Entrando nel merito dei principi e delle disposizioni contenute nella Direttiva, meritano di essere svolte alcune riflessioni.

⁵ Consiglio Europeo di Tampere, 15 e 16 ottobre 1999, Conclusioni della Presidenza, par. 30, www.europarl.europa.eu

⁶ Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sull’applicazione della Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciali, Bruxelles, 26 agosto 2016, www.publications.europa.eu, p. 2.

⁷ Ivi, p. 4.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

Innanzitutto, all'art. 1 è palesato l'obiettivo che la Direttiva si prefigge di raggiungere, ovverossia di *“facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario”*.

In secondo luogo, emerge chiaramente la centralità che assumono le parti nella mediazione, tanto è vero che nel considerando n. 6 si legge 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”*, mentre il considerando n. 13 precisa che *“le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento”*. La *ratio* di tale impostazione è contenuta nella seconda parte del considerando n. 6, in cui è detto che *“gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti”*. D'altronde, come si avrà modo di approfondire nel corso del presente lavoro, attribuire alle parti sufficienti margini di autonomia e libertà all'interno del procedimento di mediazione, permette loro non solo di decidere se e come raggiungere l'accordo, ma anche di essere maggiormente invogliate a rispettarlo.

Con riguardo all'ambito di applicazione, il considerando n. 8 precisa che benché le disposizioni della Direttiva *“dovrebbero applicarsi soltanto alla mediazione nelle controversie transfrontaliere, [...] nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni”*. Questo è stato il caso dell'Italia, la quale ha introdotto nel proprio ordinamento la mediazione come strumento alternativo di risoluzione stragiudiziale per le controversie di diritto interno.

Quanto alle tipologie di mediazione individuate dall'atto europeo, esso *“dovrebbe applicarsi ai casi in cui un organo giurisdizionale deferisce le parti a una*

mediazione o in cui il diritto nazionale prescrive la mediazione”¹⁰: in ciò si scorgono quelle che nel d. lgs. 28/2010 rappresentano rispettivamente la mediazione giudiziale e la mediazione obbligatoria. Ancora più chiaro, sul punto, il considerando n. 14: “*la presente direttiva dovrebbe inoltre fare salva la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto ad incentivi o sanzioni, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario*”. Quindi, la Direttiva non ha imposto l’introduzione negli ordinamenti nazionali degli Stati membri di una fattispecie di mediazione obbligatoria, inteso come obbligatorio esperimento di tale procedimento come condizione necessaria e propedeutica (*recte*: pregiudiziale) per l’accesso alla giurisdizione statale, dato che l’art. 5, secondo comma, della Direttiva medesima, rubricato “*ricorso alla mediazione*” dispone che “*la presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l’inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario*”. In altri termini: è ammessa la previsione di un sistema sanzionatorio a tutela dell’osservanza delle norme sulla obbligatorietà della mediazione, ma questo non deve in alcun modo interferire sull’accesso ai comuni canali di giustizia ordinaria¹¹.

Venendo ora alla definizione di mediazione, l’art. 3, lett. a) della Direttiva riferisce che con tale locuzione “*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*

¹⁰ Considerando n. 12 della Direttiva.

¹¹ Questa considerazione assumerà maggior significato quando verrà presa in esame la fattispecie della mediazione obbligatoria in relazione all’intervento della Corte Costituzionale di cui si dirà *infra*.

avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro”.

Per mediatore, si legge alla lett. b) del medesimo art. 3, deve intendersi *“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”.*

Per quanto riguarda il principio ritenuto fondamentale nella mediazione, così come concepita dalle istituzioni europee e successivamente ripresa dall’ordinamento italiano, è quello della riservatezza, previsto al considerando n. 23, in base al quale *“la riservatezza nei procedimenti di mediazione è importante e quindi la presente direttiva dovrebbe prevedere un grado minimo di compatibilità delle norme di procedura civile relative alla maniera di proteggere la riservatezza della mediazione in un successivo procedimento giudiziario o di arbitrato in materia civile e commerciale”*, e all’art. 7¹².

Questi i caratteri principali delle indicazioni fornite dall’Unione Europea agli Stati membri per la predisposizione di una legislazione sulla mediazione *ad hoc* in ciascuno di essi.

¹² L’art. 7 della Direttiva, rubricato *“riservatezza della mediazione”*, dispone quanto segue: *“1. Poiché la mediazione deve avere luogo in modo da rispettare la riservatezza, gli Stati membri garantiscono che, a meno che le parti non decidano diversamente, né i mediatori né i soggetti coinvolti nell’amministrazione del procedimento di mediazione siano obbligati a testimoniare nel procedimento giudiziario o di arbitrato in materia civile e commerciale riguardo alle informazioni risultanti da un procedimento di mediazione o connesse con lo stesso, tranne nei casi in cui: a) ciò sia necessario per superiori considerazioni di ordine pubblico dello Stato membro interessato, in particolare sia necessario per assicurare la protezione degli interessi superiori dei minori o per scongiurare un danno all’integrità fisica o psicologica di una persona; oppure b) la comunicazione del contenuto dell’accordo risultante dalla mediazione sia necessaria ai fini dell’applicazione o dell’esecuzione di tale accordo. 2. Il paragrafo 1 non impedisce in alcun modo agli Stati membri di adottare misure più restrittive per tutelare la riservatezza della mediazione.”*

2.2. LA LEGGE 69/2009

Come anticipato, il Parlamento italiano ha recepito il contenuto della Direttiva 2008/52/CE attraverso la legge 18 giugno 2009, n. 69, al cui art. 60 è conferita la delega al Governo “*ad adottare, entro sei mesi dall’entrata in vigore della legge medesima, uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale*”, in conformità ai principi e criteri direttivi in essa precisati.

Tra questi si annoverano: la previsione che “*la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l’accesso alla giustizia*” (lett. a); la previsione che la mediazione venga svolta da organismi professionali e indipendenti (lett. b), per la cui iscrizione nel registro devono essere previsti dei requisiti stabiliti con decreto dal Ministro della giustizia (lett. d); la previsione di un obbligo di informativa in capo agli avvocati sulla possibilità e sui vantaggi dell’esperimento della mediazione (lett. n); la previsione di un termine massimo entro cui il procedimento deve concludersi (lett. q).

2.3. IL DECRETO LEGISLATIVO 28/2010

Come detto sopra, il 4 marzo 2010 è stato emanato il decreto legislativo n. 28 (d’ora in avanti, d.lgs. 28/2010) con il quale il Governo delegato ha predisposto una normativa unitaria in materia di mediazione civile e commerciale.

Ai sensi dell’art. 1, la mediazione è “*l’attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa*”. Riguardo a questa disposizione possono formularsi una serie di considerazioni.

Innanzitutto, bisogna rilevare che la mediazione rientra in quelle che nei sistemi giuridici di *common law* sono state definite “*Alternative Dispute Resolution*”¹³ (d’ora in avanti, ADR), ovvero strumenti di composizione stragiudiziale delle controversie, alternativi alla giurisdizione ordinaria, espressione che è stata adottata anche con riferimento ai mezzi di composizione stragiudiziale previsti dall’ordinamento giuridico italiano. Tra questi, si è soliti distinguere tra strumenti autonomi e strumenti eteronomi¹⁴: nei primi, sono le parti ad operare direttamente la composizione della lite, mentre nei secondi l’atto che pone fine alla controversia proviene da un terzo assoggettato a regole di comportamento, oltre che di giudizio.

La mediazione si colloca in una via di mezzo, dato che per un verso sono senz’altro le parti le promotrici dell’(eventuale) accordo raggiunto, ma per un altro esse non sarebbero in grado di adoperarsi in tal senso se non fossero coadiuvate dal mediatore.

Interessante un passaggio della Relazione illustrativa al d. lgs. 28/2010, in cui, a commento dell’art. 1, lett. a), si legge che “*per controversia è da intendersi la crisi di cooperazione tra soggetti privati, risolubile non soltanto attraverso la netta demarcazione tra torti e ragioni di ciascuno, ma anche per mezzo di accordi amichevoli che tendano a rinegoziare e a ridefinire gli obiettivi, i contenuti e i tempi del rapporto di cooperazione, in vista del suo prolungamento, e non necessariamente della sua chiusura definitiva. Già nella definizione iniziale viene pertanto esplicitata l’opzione per una mediazione che sappia abbracciare contemporaneamente forme sia facilitative che aggiudicative*”. Esistono dunque due diversi modi di condurre la mediazione, che portano a due esiti totalmente diversi: con la mediazione facilitativa il mediatore mira a far emergere i reali bisogni e

¹³ Per approfondire il concetto, le origini e lo sviluppo delle ADR, v. Cesare Bulgheroni, *I metodi di risoluzione delle controversie*, in *Procedimento e metodi per la composizione dei conflitti*, Zanichelli Editore, Bologna 2018, pp. 7 ss.

¹⁴ In questo senso, *ex multis*, Mauro Bove, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, www.judicium.it, *passim*; Francesco Paolo Luiso, *L’arbitrato e la mediazione nell’esperienza contemporanea*, www.judicium.it, p. 2; F. Danovi e F. Ferraris, *op. cit.*, p. 14, in particolare v. Autori citati ivi in nota 30.

interessi delle parti, assumendo il ruolo di facilitatore, appunto, ovvero di un terzo imparziale che aiuta i litiganti a superare la lite trovando un accordo che li soddisfi entrambi, mentre con la mediazione aggiudicativa (definita anche “*valutativa*”¹⁵) le parti fanno di affidarsi ad un mediatore autorizzato a formulare una proposta sulla base di quanto emerso nel corso del procedimento e in osservanza dei principi di diritto.

Ciò non toglie, però, che una mediazione facilitativa, possa diventare, su richiesta di entrambe le parti, aggiudicativa, infatti, “*il ruolo del mediatore non è [...] limitato all’agevolazione della comunicazione tra le parti, secondo il modello della mediazione «facilitativa», ma si estende alla possibile formulazione della proposta, all’esito di una valutazione, nel merito, di ragioni e torti dei litiganti, secondo lo schema della mediazione «valutativa» o «aggiudicativa». Obiettivo del mediatore è far convergere gli interessi contrapposti, conducendo per mano le parti verso un accordo amichevole; ove il tentativo fallisca, si apre la fase valutativa, residuando, comunque, il potere del mediatore di formulare la proposta. Se vi è, poi, concorde richiesta delle parti, il potere diventa dovere e la proposta va obbligatoriamente formulata*”¹⁶.

Ciononostante, la stessa Relazione illustrativa, afferma che “*alle forme facilitative è anzi assegnata una certa preferenza (v. anche gli articoli 8 e 11), in virtù della loro maggiore duttilità rispetto ai reali interessi delle parti e della conseguente loro maggiore accettabilità sociale*”.

La norma in esame parla di “*accordo amichevole*” che il mediatore si impegna a far trovare alle parti; a tale scopo, la comunicazione fra esse rappresenta al tempo

¹⁵ Sia Domenico Dalfino, *Mediazione civile e commerciale*, Zanichelli Editore, Bologna 2016, p. 363, sia Filomena Santagada, *La mediazione*, Giappichelli Editore, Torino 2012, p. 148, utilizzano l’espressione “*mediazione valutativa*” per indicare l’attività del mediatore consistente nella formulazione della proposta alle parti.

¹⁶ Andrea Giordano, *Gli organismi di mediazione e i mediatori secondo il d.lgs.28/2010. Alla ricerca di un’identità controversa tra regole dell’economia e principi del diritto*, Giureta, Rivista di diritto dell’economia, dei trasporti e dell’ambiente, Vol. X, 2012, p. 178.