



CONSIDERAZIONI IN MERITO AL RAPPORTO TRA MEDIAZIONE E PROCESSO ALLA LUCE DEL DECRETO LEGISLATIVO N. 28/2010

DANIELA NOVIELLO

SOMMARIO: 1. LA MEDIAZIONE COME PROCEDIMENTO NEL DECRETO LEGISLATIVI N. 28/2010.
– 2. PROCEDIMENTO E PROCESSO. – 3. LA TIPOLOGIA DELL'INTERVENTO DEL TERZO NELLA
MEDIAZIONE E NEL PROCESSO: COMPOSIZIONE DI INTERESSI ED ACCERTAMENTO DI DIRITTI. -
4. PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE E CATEGORIE DEL GIUDIZIO. - 5. IL CRITERIO DI
INDIVIDUAZIONE DEI FATTI RILEVANTI NEL GIUDIZIO E NEL PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE.
– 6. IL PROBLEMATICO INQUADRAMENTO GIURIDICO DELL'ATTIVITÀ DI MEDIAZIONE
DISCIPLINATA DAL DECRETO LEGISLATIVO N. 28/2010.

1. L'art. 1 del decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28 definisce la mediazione come «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 soluzione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa», distinguendola dalla conciliazione, che è configurata quale «composizione di una controversia a seguito dello *svolgimento della mediazione*». Il legislatore italiano ha concepito, quindi, la mediazione come istituto autonomo rispetto alla conciliazione, configurandola come lo strumento attraverso il quale si perviene all'accordo, che determina la composizione della controversia insorta tra le parti.

Nel disegno del novello legislatore, lo svolgimento dell'attività di mediazione non è libero, ma deve svilupparsi secondo regole procedurali prestabilite in appositi regolamenti, formati secondo un modello delineato nello stesso decreto legislativo.



Sotto tale profilo, la normativa italiana della mediazione ha registrato qualche dissenso¹, nella convinzione che la natura libera dell'istituto, in tutto dominato dal principio di autonomia privata, mal sopporti l'imposizione di vincoli procedurali. Invero, nelle fonti normative internazionali i termini *mediazione* e *conciliazione* sono utilizzati per lo più come sinonimi, né per lo svolgimento dell'attività conciliativa sono stati finora imposte particolari modalità dalla disciplina interna della conciliazione; anzi, la mediazione non è stata finora neppure concepita come procedimento, ma come tecnica -basata anche sull'impiego di particolari cognizioni di carattere anche psicologico- per "mettere d'accordo" le parti in lite.

A dire il vero, la considerazione della mediazione come procedimento – probabilmente più compatibile con la corrente mentalità giuridica degli operatori del settore- non costituisce una creazione propria del diritto interno italiano², essendo rinvenibile una definizione analoga nella normativa comunitaria (che espressamente ne costituisce, peraltro, normativa di riferimento): ai sensi dell'art. 3 della Direttiva 2008/52/CE «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».

La normativa comunitaria non contiene, però -contrariamente alla corrispondente normativa italiana- alcuna di una disciplina del procedimento³. Proprio

¹ In senso critico rispetto alla procedimentalizzazione della mediazione emergente dal d.lgs. n. 28/2010, M. BOVE, *Mediazione civile: una disciplina poco liberale che richiede una visione legata agli interessi*, in *Guida al diritto*, n. 13, 2010, p. 11 ss; G. FINOCCHIARO, *Mediazione - Procedimento e conclusioni*, in *Guida al diritto*, n. 12, 20.3.2010, p. 60; G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in www.judicium.it, pp. 1 ss.

² Nel senso che la terminologia utilizzata dal legislatore italiano della mediazione presenti aspetti innovativi rispetto alla tradizione giuridica del nostro paese, L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in www.judicium.it, pp. 2 ss.

³ G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in www.judicium.it, pp. 1 ss., pone, al riguardo, in rilievo la circostanza che, mentre la disciplina della mediazione delineata dal legislatore italiano è non libera e processualizzata, la disciplina della mediazione contenuta nelle fonti normative comunitarie (direttive europee 30 marzo 1998, 98/257/CE, 4 aprile 2001, 2001/310/CE e 21 maggio 2008, 2008/52/CE) è libera e non procedimentalizzata. Affermazione che, peraltro, considerando la circostanza che la direttiva comunitaria espressamente qualifica la mediazione come procedimento,



la pluralità dei procedimenti utilizzabili al fine della composizione della lite costituisce, del resto, uno degli elementi caratterizzanti degli strumenti negoziali di soluzione delle controversie, rappresentando, anzi, il sistema ottimale per rispondere adeguatamente alle varie esigenze di giustizia⁴.

2. La definizione della mediazione come *procedimento* è coerente con la natura di mezzo compositivo della lite propria dell'istituto; l'attuazione del *processo* è, invece, necessaria solo per lo svolgimento di attività di decisione delle controversie, ossia, per il giudizio (statale o arbitrale).

La distinzione tra *procedimento* e *processo* è non solo terminologica, ma corrisponde alla logica bipartizione tra la categoria degli strumenti di composizione delle controversie, alla quale appartiene la prima, e, quella dei mezzi di decisione autoritativa delle liti, nella quale si colloca il secondo.

Al riguardo, riprendendo le parole di un autorevole Maestro, si ricorda che la nozione di procedimento è stata elaborata dagli amministrativisti «proprio partendo dal modello delle attività di giustizia, come da ovvio archetipo; senza, però, pervenire alla constatazione che tale modello 'non' è esclusivo della giustizia, sebbene è uno schema di teoria generale, utilizzabile e utilizzato al di là della giurisdizione, in qualsiasi settore dell'ordinamento»⁵.

sembra possa essere intesa nel senso –qui espresso nel testo- che manchi nella normativa comunitaria una disciplina procedimentale specifica analoga a quella puntualmente stabilita per la mediazione dal legislatore italiano.

⁴ G. CABRAS, D. CHIANESE, E. MERLINO, D. NOVIELLO, *Mediazione e conciliazione per le imprese - Sistemi alternativi per la risoluzione delle controversie nel diritto italiano e comunitario*, Torino, 2003, pp. 28 ss., spec. p. 32. Una rassegna delle diverse forme di ADR *ivi*, pp. 71 ss. In argomento, diffusamente, G. CABRAS, *Arbitrato societario, arbitraggio gestionale e conciliazione stragiudiziale*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società* diretto da F. D'ALESSANDRO, Padova 2009, vol. I, pp. 357 ss. In generale sugli strumenti negoziali di risoluzione delle controversie, G. AUTORINO STANZIONE, *Le ADR. Profili generali*, in questa Rivista (luglio 2010), pp. 1 ss.

⁵ E. FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1987, 821; ID., *Istituzioni di diritto processuale*, VII Ed., Padova, 1994, p. 73 ss. Ma già ID., *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, p. 94



Il procedimento consiste, quindi, in uno schema di teoria generale idoneo a regolare l'ordinato svolgimento di attività destinate alla produzione di atti (tale da consentirne la trasparenza ed il controllo); schema che, elaborato in seno alla dottrina amministrativistica, è stato poi esteso ad altri settori del diritto.

Anche la dottrina processualistica, per molto tempo ferma sulla nozione di rapporto giuridico processuale, ha infine adottato la teoria del procedimento, ma «solo negli ultimi tempi il «processo» ha rinvenuto un proprio significato (significato distinto, ma non disgiunto dalla nozione di procedimento), e si è dispiegato in tutta la sua potenzialità d'impiego» (...) «il «processo» è un procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) anche coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a svolgere effetti: in contraddittorio, e in modo che l'autore dell'atto non possa obliterare le loro attività»⁶.

3. Indipendentemente dalle definizioni normative, l'analisi strutturale della mediazione in rapporto al processo, rivela ulteriori caratteri di autonomia e di originalità, in primo luogo, con riferimento alla tipologia dell'intervento del terzo (giudice/arbitro, da un lato, mediatore, dall'altro lato).

Al riguardo, si rileva che, benché la mediazione, al pari del giudizio, presupponga l'esistenza di un conflitto, e sebbene in entrambi i casi, a seguito dell'intervento del terzo, si pervenga al risultato pratico dell'eliminazione della lite, la tipologia dell'intervento dell'attività del terzo nell'un caso (giudice o arbitro) e nell'altro (mediatore) sono radicalmente differenti.

ss.; ID., *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1958, 861 ss.; ID. *Processo (teoria generale)*, in *Nov. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, p. 1068 ss.; ID., *I processi nell'ordinamento italiano*, Padova, 1973, p. 21 ss.

⁶ E. FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1987, p. 819 ss. e spec. p. 821 e 827. ID., *Istituzioni di diritto processuale*, VII Ed., Padova 1994, p. 73 ss.



Nel nostro ordinamento, il giudizio è, invero, funzionale al ristabilimento dell'ordine giuridico violato mediante l'applicazione del diritto⁷: l'eliminazione della lite costituisce solo una conseguenza dell'intervento giudiziale, non il suo scopo (o, per lo meno, non il suo scopo principale)⁸.

Il riconoscimento della ragione da parte del giudice postula la conformità tra la posizione concreta della parte e la posizione (di vantaggio) descritta nella norma, che il giudice è chiamato ad applicare nel processo. L'attività giurisdizionale consiste, quindi, essenzialmente, nel procedimento di sussunzione della cosiddetta fattispecie concreta in quella astratta descritta nella norma di diritto da applicare alla vicenda e postula un'attività di accertamento (verifica) dei fatti accaduti (nel passato), che costituiscono, appunto, la fattispecie concreta sottoposta alla cognizione del giudice.

Scopo della mediazione è, al contrario, (non l'attuazione del diritto, né l'accertamento del torto e della ragione, ma) l'eliminazione della controversia proprio attraverso un accordo che, tenendo conto dei reciproci interessi, ridefinisca i rapporti tra le parti: «nel procedimento conciliativo, in effetti, non viene indagato se vi siano doveri inadempiti, né viene stabilito chi abbia ragione o torto; ci si limita a registrare l'esistenza di una situazione di contrasto in ordine ad un determinato bene della vita ed a favorire la composizione della controversia»⁹. Il mediatore è, quindi, chiamato a risolvere la controversia, dando luogo ad un'ipotesi di accordo sulla vicenda litigiosa, che realizzi gli interessi concreti delle parti in lite, eventualmente anche emersi successivamente alla vicenda che ha dato luogo alla controversia¹⁰.

⁷ Il giudizio si compie nel processo, dove si definiscono i torti e le ragioni, sulla base del preventivo accertamento dei diritti e degli obblighi delle parti (F. CARNELUTTI, *Studi di diritto processuale*, Padova, 1939, IV, pp. 259 ss.).

⁸ Se lo scopo del processo sia l'attuazione del diritto o la composizione delle controversie private costituisce una questione centrale della dottrina processual-civilistica ed implica la disamina di questioni importantissime sul piano tecnico, quale la funzione giurisdizionale e la collocazione di questa nell'ambito del più generale assetto istituzionale e dell'ordinamento giuridico dello Stato.

⁹ N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, II Ed., Milano, 2010, p. 672.

¹⁰ «Un mediatore capace non mira a dare un po' di ragione a ciascuno partendo dalle pretese giuridiche dei litiganti, ma punta a risolvere il conflitto su un piano diverso dalla logica aggiudicativa, nella quale si



In tal senso, gli strumenti negoziali di risoluzione delle controversie, alla quale categoria la mediazione appartiene, prescindono dalla *giustizia* dell'atto negoziale, in quanto all'accertamento della realtà giuridica preesistente si sostituisce la valutazione di convenienza operata dai titolari delle situazioni protette coinvolte nell'accordo negoziale¹¹.

Escluso, quindi, per il negozio conclusivo di un procedimento per la risoluzione amichevole delle controversie, qualunque valore di accertamento del rapporto giuridico analogo a quello giudiziale, occorre, tuttavia, rilevare che la controversia sul rapporto giuridico non è del tutto estranea alla conciliazione/mediazione, costituendo, invero, il presupposto, sulla base del quale viene effettuata *nunc* (dalle parti e dal mediatore/conciliatore) la valutazione degli opposti interessi delle parti, da cui scaturisce la nuova regolamentazione negoziale dei rapporti tra le parti, che elimina la lite.

In altri termini, se è vero che l'accertamento della situazione controversa non costituisce lo scopo della mediazione (né l'essenza dell'atto che definisce la lite in via conciliativa), è anche vero che, ai fini della conciliazione, l'accertamento della controversia in ordine al rapporto giuridico preesistente costituisce uno degli elementi della valutazione complessiva di convenienza, che darà luogo ad un'autonoma la regolamentazione negoziale dei contrapposti interessi in gioco.

L'accertamento della situazione giuridica controversa compiuto dal mediatore è, peraltro, di natura diversa da quello compiuto dal giudice. Invero, mentre l'accertamento giudiziale (o arbitrale) è strumentale, storico, rivolto al passato (al *sein*), l'accertamento proprio dei negozi risolutivi delle controversie civili ha carattere

cerca la ragione ed il torto» in M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in www.Judicium.it, p. 7.

¹¹ F.P. LUISO, *Il sistema dei mezzi negoziali per la risoluzione delle controversie civili*, in www.Judicium.it, p. 5.; G. FINOCCHIARO, *Mediazione – Procedimento e conclusioni*, in *Guida al diritto*, n. 12, 20.3.2010, p. 67.



prescrittivo, è rivolto al futuro (*sollen*) e serve per rendere fermo (*feststellen*) un *quid* (normalmente, regole di condotta)¹².

D'altra parte, la circostanza che nella mediazione/conciliazione la composizione negoziale della lite si determini attraverso una ridefinizione dei rapporti giuridici tra le parti (sulla base della vicenda controversa, ma con l'occhio rivolto al futuro), assume un contenuto dispositivo, che postula la titolarità (o, quanto meno, la disponibilità) del diritto controverso, in capo a (colui o, meglio, a) coloro i quali pongono concretamente in essere l'accordo risolutivo della controversia; potere dispositivo che consente di attribuire all'accordo compositivo della controversia un contenuto atipico, del tutto impensabile nei casi in cui, provenendo l'atto da soggetto per definizione privo del potere di disporre del diritto controverso (sia esso il giudice o l'arbitro), il contenuto non può che essere tipico¹³. Di conseguenza, il mediatore può ipotizzare un accordo che presenti anche profili di novità rispetto alla vicenda litigiosa, ma che siano idonei a realizzare i reali interessi delle parti¹⁴. D'altra parte, nessuno, se non l'effettivo titolare del diritto controverso, può compiere la valutazione dell'interesse personale, sottostante alla composizione negoziale della controversia civile¹⁵.

¹² F.P. LUISO, *Il sistema dei mezzi negoziali per la risoluzione delle controversie civili*, in www.Judicium.it, p. 5. Si potrebbe, forse, aggiungere che, in realtà, nell'ambito degli strumenti negoziali di risoluzione delle controversie, si possono individuare negozi che presentano caratteristiche di accertamento simili a quello proprio delle decisioni giudiziali o arbitrali. Si allude alla categoria dei negozi di accertamento, dove la fissazione della realtà (fattuale e giuridica) verificatasi tra le parti è strumentale (proprio come nei giudizi) all'applicazione del diritto. Sotto questo profilo, la risoluzione delle controversie conseguente alla mediazione, contiene un *quid pluris* rispetto ai negozi di accertamento. Contiene, invero, quella (nuova) valutazione dei contrapposti interessi, che dà luogo alla (nuova) regolamentazione del rapporto tra le parti.

¹³ F.P. LUISO, *Il sistema dei mezzi negoziali per la risoluzione delle controversie civili*, in www.Judicium.it, p. 6.

¹⁴ Nella dottrina nordamericana, in considerazione di tale eventualità è stata enucleato un modello di mediazione definito "*norm generating*", nel quale la regolamentazione negoziale del rapporto tra le parti, contenuto nell'accordo conciliativo, prescinde totalmente dal contesto normativo nel quale si pone e determina, così, per volontà delle parti, la creazione di un'autonoma norma di diritto, destinata a regolare il rapporto controverso. In argomento, L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in www.judicium.it, p.6 s.

¹⁵ F.P. LUISO, *Il sistema dei mezzi negoziali per la risoluzione delle controversie civili*, in www.Judicium.it, p. 6.



4. Essendo stato chiarito che la mediazione consiste in uno strumento per la composizione negoziale dei conflitti (non mediante l'applicazione di una norma di legge, ma) mediante la *composizione (anche creativa) dei contrapposti interessi* delle parti¹⁶ -non appartenendo, quindi, alla categoria degli strumenti giurisdizionali o paragiurisdizionali di decisione delle controversie- la mediazione non si realizza attraverso un processo. Peraltro, lo svolgimento dell'attività di mediazione ben può svolgersi secondo un iter procedimentalizzato, che garantisca l'ordinata partecipazione delle parti (sia pure non necessariamente in contraddittorio) e l'ordinata emersione dei relativi interessi¹⁷. Lo svolgimento della mediazione, in tal caso, configura un procedimento, precisamente, di un *procedimento di negoziazione* degli interessi,

Dalla qualificazione della mediazione come procedimento (e non come processo) discende una serie di corollari, il più rilevante dei quali è, senz'altro, la non indispensabilità del rispetto del principio del contraddittorio, per il relativo svolgimento.

. Essendo, invero, il processo destinato a risolvere il contrasto di diritto in ordine ad un rapporto giuridico controverso tra le parti, la partecipazione di queste su un piano di parità è indispensabile per la giustizia della decisione finale ed il contraddittorio costituisce, pertanto, elemento essenziale e caratterizzante; allorquando, invece, l'attività è orientata all'adozione di un provvedimento finalizzato alla realizzazione di un interesse, l'adozione di una forma procedimentalizzata per il relativo svolgimento è possibile, ma il procedimento non postula l'attuazione del contraddittorio¹⁸.

¹⁶ Non costituisce, quindi, uno strumento paragiurisdizionale per l'attuazione di un diritto.

¹⁷ Al riguardo, si è segnalato che nell'esperienza statunitense delle ADR si è passati, anche sul piano terminologico, dal *dispute settlement* al *dispute processing* (V. DENTI, *I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative*, in *Riv. it. dir. proc.*, 1980, p. 411).

¹⁸ Ciò che, ad esempio, comunemente accade nel caso del procedimento amministrativo.



Così, si spiega la previsione della possibilità che nel corso del procedimento di mediazione il mediatore svolga distinti incontri con le parti in sessioni separate¹⁹, che sarebbero del tutto inconcepibili nel processo (possibilità oggi espressamente prevista nella disciplina del procedimento di mediazione di cui al decreto legislativo n. 28/2010, ed esplicitata anche in fonti particolarmente qualificate, quale il Modello di Legge UNCITRAL²⁰, ma già ampiamente applicato in concreto).

Più in generale, sul piano della concreta disciplina procedimentale, la mancata assimilazione della mediazione al giudizio comporta la non immediata applicabilità alla prima delle categorie proprie del secondo²¹.

5. Come sopra esposto, nel processo –che è il luogo del giudizio- ciascuna parte mira al riconoscimento del proprio diritto nei confronti dell'altra parte.

Nell'ottica avversariale propria del processo, e ai fini della sussunzione nella posizione di vantaggio da cui dipende il riconoscimento del diritto preteso in giudizio, le parti compiono una selezione dei fatti da sottoporre alla valutazione giudiziale, tenendo conto della fattispecie astratta descritta nella norma, della quale si invoca l'applicazione. In tal modo, la posizione concreta di ciascuna delle parti si trasforma nella posizione processuale, che si auspica sia giudizialmente riconosciuta nella decisione giudiziale.

Aspirando ad ottenere una decisione favorevole, quindi, le parti non rappresentano necessariamente nel processo la verità, ma solo quella parte di verità che, essendo conforme alla descrizione contenuta nella norma di cui si chiede l'applicazione, potrà determinare la pronuncia di una decisione a sé favorevole. Il criterio di

¹⁹ I c.d. *caucuses*, dell'esperienza nordamericana.

²⁰ Art. 7 UNCITRAL Model Law: “*Communication between conciliator and parties. – The conciliator may meet or communicate with the parties together or with each of them separately*”.

²¹ In senso conforme M. BOVE, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in www.judicium.it, p. 7, sulla base dell'assunto che il procedimento di mediazione non è un procedimento in senso tecnico.



identificazione dei fatti rilevanti ai fini del giudizio è assorbito dalla rilevanza giuridica dei fatti descritti nella fattispecie normativa.

Gli interessi concreti di ciascuna delle parti, essendo del tutto estranei alle norme e al ragionamento giudiziale, non assumono alcuna rilevanza nel processo. L'insieme dei fatti e delle circostanze che, sebbene non contemplati nella norma attributiva del diritto controverso, siano, tuttavia, rilevanti, sul piano pratico/economico, per le stesse parti, restano, pertanto, in ombra.

Per esempio: nel caso di mancato pagamento di somme, sono rilevanti, ai fini del diritto, il titolo e le cause giustificative del diritto di credito, ma restano fuori la situazione contingente di liquidità, l'eventuale attualità di opportunità economiche (che possano sfumare), ecc. Semmai, tali fatti potrebbero essere considerati ai fini di una pretesa accessoria di risarcimento; ma anche questa postula, da un lato, la piena prova del danno (e della sua entità); dall'altro lato, anche se accolta, potrebbe avere efficacia non pienamente soddisfacente per il creditore.

Al contrario, gli interessi personali, che sottostanno alle posizioni avversariali delle parti, del tutto irrilevanti in una logica giudiziale, costituiscono proprio ciò che il mediatore è chiamato a realizzare²². Pertanto, le parti saranno indotte a rappresentare al mediatore – e a far confluire, quindi, nel procedimento di mediazione- tutti quei fatti e quelle circostanze che, pur estranei alla fattispecie normativa che potrebbero far valere in giudizio, determinino, tuttavia, attualmente ed in concreto, i rispettivi interessi (tanto più nell'ambito delle eventuali sessioni separate, nelle quali ciascuna parte non può temere avversarie strumentalizzazioni dei fatti esposti al mediatore). L'individuazione dei fatti rilevanti ai fini del procedimento di mediazione dipende dagli interessi concreti e dalle contingenti aspettative delle parti.

²² Il vantaggio della mediazione, rispetto agli strumenti giudiziali (aggiudicativi) di risoluzione delle controversie è rappresentato proprio dalla possibilità di realizzare tali interessi personali (F.P. LUISO, *Il sistema dei mezzi negoziali per la risoluzione delle controversie civili*, in www.Judicium.it, p. 6.)



In altri termini, mentre l'oggetto del giudizio si determina attraverso il filtro della disposizione normativa la cui applicazione è invocata in giudizio in relazione alla vicenda storica che ha originato la lite, l'oggetto della mediazione è libero e dipende dalle concrete situazioni e dagli scopi concretamente perseguiti dalle parti, rispetto ai quali la vicenda controversa può costituire anche solo un'occasione.

Così si può affermare che mentre l'oggetto del giudizio è sempre un conflitto giuridico, l'oggetto della mediazione è costituito piuttosto da un conflitto di interessi, collegati alla vicenda giuridica controversa: la soluzione della lite, perseguita nella mediazione attraverso una composizione negoziale degli opposti interessi concreti, comporta, tendenzialmente, la trasformazione della controversia giuridica in controversia economica²³.

6. Sia nella normativa italiana (decreto legislativo n. 28/2010), che in quella comunitaria (direttiva 52/2008/CE), l'attività di mediazione svolta dal terzo viene configurata come attività di *assistenza* delle parti nel raggiungimento dell'accordo, che pone fine alla controversia: precisamente, la normativa comunitaria descrive l'intervento del mediatore come assistenza delle parti nel tentativo che le stesse compiono, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della controversia; quella interna definisce l'attività del mediatore come assistenza delle parti *sia* nella ricerca di un accordo amichevole per la soluzione della controversia, *sia* nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa.

Così, mentre per quanto riguarda la definizione di mediazione di cui alla direttiva comunitaria (assistenza delle parti nel tentativo che le parti stesse compiono di raggiungere un accordo conciliativo) non sembra possibile revocare in dubbio che si

²³ M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in www.Judicium.it, p. 1-2, il quale precisa che, pertanto, la mediazione si colloca a metà strada tra i mezzi di soluzione della lite (transazione e contratto di accertamento) e i mezzi eteronomi, di natura anche giurisdizionale (processo dichiarativo statale ed arbitrato rituale) o di tipo negoziale (arbitrato irrituale).



tratti di una forma di conciliazione facilitativa, la previsione della possibilità di formulare una proposta di conciliazione (letteralmente, di assistenza delle parti nella formulazione di una proposta), rende disagiata l'inquadramento giuridico dell'attività di mediazione disciplinata dal legislatore italiano.

Come è noto, nella conciliazione c.d. facilitativa, il mediatore non considera il torto e la ragione delle parti in relazione alla vicenda che ha dato origine alla controversia, ma valuta ogni possibilità di *accomodamento*, che può anche contenere elementi di novità rispetto alla situazione preesistente (dalla quale è originata la controversia), tenuto conto degli interessi complessivamente coinvolti della parti in lite. Nella conciliazione c.d. aggiudicativa, invece, il raggiungimento dell'accordo tra le parti è sollecitato dal conciliatore mediante la formulazione di una proposta, il cui contenuto coincide (ad avviso del conciliatore stesso) con quella che potrebbe essere la decisione del giudice o dell'arbitro, qualora la controversia fosse sottoposta al relativo giudizio: ai fini di tale deliberazione è, quindi, evidente che il conciliatore non possa prescindere dalla valutazione delle posizioni giuridiche delle parti in relazione alla vicenda controversa²⁴.

Alla luce dell'esposta distinzione concettuale, la testuale previsione che il mediatore assiste le parti *sia* nella ricerca di un accordo amichevole, *sia* nella formulazione di una *proposta* per la composizione negoziale della controversia, rende alquanto complesso l'inquadramento della mediazione nell'ambito delle categorie considerate. Anzi, la definizione normativa dell'attività del mediatore sembrerebbe

²⁴ Alla luce di tale distinzione concettuale, nel contesto internazionale si è sostenuto che per mediazione debba intendersi l'attività del terzo destinata ad agevolare le parti nel raggiungimento dell'accordo che pone fine alla lite e che debba, invece, definirsi più propriamente conciliazione l'attività consistente nella formulazione, da parte del terzo, di una proposta fondata sull'idea che il terzo stesso si sia formato circa la giusta soluzione della controversia. Definizione ritenuta, peraltro, più coerente con l'istituto della conciliazione giudiziale: M.S. DONAHEY, *International Mediation and Conciliation*, in *The Alternative Dispute Resolution Practice Guide* § 33, Roth et al. eds., 1933; A.S. RAU, E.F. SHERMAN, *Tradition and Innovation in International Arbitration Procedure*, 30 *Texas Int'l L.J.* 89, 105fn 89, 1995. In argomento v. anche C. TROISI, *La mediazione obbligatoria alla luce del d.lgs n. 28/2010*, in questa Rivista, (giugno 2010), pp. 22 ss.



addirittura equivoca²⁵; invero, se, da un lato, la descrizione della stessa come attività di assistenza delle parti²⁶ suggerisce l'idea di una natura facilitativa dell'intervento del terzo, destinato ad agevolare la conclusione di un accordo tra le parti che ponga fine alla controversia; dall'altro lato, il riferimento alla proposta attribuisce al mediatore un ruolo attivo nella definizione della lite. Ruolo, peraltro, non neutro, attesi i riflessi che la mancata adesione delle parti alla proposta formulata dal mediatore può determinare nel successivo giudizio.

Al riguardo, viene in considerazione la disciplina speciale delle spese dettata dal decreto legislativo n. 28/2010 per il giudizio che segua l'infruttuoso esperimento del procedimento di mediazione. Ferma restando l'applicabilità degli artt. 92 e 96 del codice di procedura civile, si prevede che il giudice (i) qualora la decisione corrisponda interamente al contenuto della proposta formulata dal mediatore nel procedimento di mediazione, esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente nello stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto (con la precisazione che nella nozione di spese, alle quali si applica la descritta disciplina, rientrano anche il compenso del mediatore e dell'esperto incaricato ai sensi dell'art. 8 comma 4); (ii) nel caso in cui il contenuto della sentenza corrisponda solo parzialmente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni -che debbono essere esplicitate nella motivazione della sentenza-, può escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla

²⁵ Circa la poca chiarezza della previsione, anche G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in www.judicium.it, p. 4. Nel senso che la disciplina legislativa della mediazione italiana delinea una forma ibrida di mediazione, L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in www.judicium.it, p. 5.

²⁶ Entrambe le proposizioni introdotte dalla congiunzione "sia" sono rette dallo stesso verbo "assistere".



parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'art. 8, comma 4²⁷.

Tale disciplina legale della proposta di accordo conciliativo solleva una serie di questioni in ordine al valore da attribuire a tale atto del terzo ed interferisce con la naturale collocazione della mediazione nella categoria degli strumenti negoziali di composizione delle liti.

Infatti, se è vero che - per quanto esposto in precedenza - la mediazione appartiene al novero degli strumenti di negoziazione degli interessi e non alla categoria dei mezzi autoritativi di definizione delle controversie²⁸, l'intervento del terzo non dovrebbe mai prevalere sulla volontà delle parti nella formazione dell'accordo conciliativo. Da un lato, infatti, la formazione dell'accordo conciliativo, in quanto atto negoziale, dipende dalla valutazione di convenienza del regolamento degli opposti interessi, che spetta esclusivamente alle parti; dall'altro lato, la definizione dell'accordo conciliativo, in quanto atto di autonomia privata, postula l'assoluta libertà delle parti nella regolamentazione dei propri interessi.

Prevedere per la mancata adesione delle parti alla proposta del mediatore immediate conseguenze significa, invece, attribuire al mediatore il potere di incidere nella formazione dell'accordo conciliativo, imponendo di fatto alle parti (che vogliono evitare possibili sanzioni) la regolamentazione degli relativi interessi fondata sulla base di una valutazione del mediatore.

Al riguardo, si ricorda che l'elemento caratterizzante della mediazione quale strumento di risoluzione dei conflitti -elemento, contemporaneamente, differenziale rispetto agli strumenti giurisdizionali o paragiurisdizionali di decisione delle controversie- è costituito dal difetto nel mediatore di ogni potere autoritativo. Il vincolo dell'accordo negoziale compositivo è subordinato all'accettazione delle parti, la

²⁷ Art. 13 d.lgs. n. 28/2010, rubricato "*Spese processuali*".

²⁸ I primi sono destinati alla risoluzione dei conflitti, i secondi mirano all'attuazione dei diritti (M. TARUFFO, *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1999, p. 779).



quale è successiva alla valutazione della sua convenienza (nel giudizio - pubblico o privato - le parti sono, invece, tenute a rispettare il contenuto della decisione - del giudice statale o dell'arbitro - prima ancora che la decisione sia adottata)²⁹. Di conseguenza, nella mediazione, la regolamentazione concreta del rapporto giuridico litigioso, che elimina la lite, deriva dall'accordo delle parti, il cui raggiungimento è stato facilitato dall'intervento del terzo (mediatore), mentre nel caso del processo giurisdizionale o arbitrale, discende direttamente dall'atto del terzo (giudice o arbitro), col quale si definisce il giudizio³⁰.

Mancando al mediatore poteri autoritativi, i suoi atti non possono incidere direttamente sul rapporto controverso, né vincolare le parti. Neppure nelle ipotesi di mediazione c.d. aggiudicativa la proposta formulata dal conciliatore ha immediato valore vincolante per le parti: queste possono, invero, scegliere di accettare o rifiutare la proposta del conciliatore; e, se la accettano, la proposta del conciliatore viene recepita quale contenuto dell'accordo, che le parti stipulano *nunc* per risolvere la lite³¹.

²⁹ Determinandosi, così, nella mediazione (e, più in generale, in tutti gli strumenti di ADR) un'inversione dello schema proprio del giudizio (pubblico o privato). Così, F.P. LUISO, *Il sistema dei mezzi negoziali per la risoluzione delle controversie civili*, in www.Judicium.it, p. 5.

³⁰ Sul piano della ricostruzione della disciplina, l'assenza di poteri autoritativi del mediatore comporta anche l'inapplicabilità alla mediazione delle categorie proprie del giudizio. In senso conforme M. BOVE, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in www.judicium.it, p. 7, sulla base dell'assunto che il procedimento di mediazione non è un procedimento in senso tecnico.

³¹ Tale precisazione si rivela essenziale per distinguere la conciliazione da quella discussa forma di arbitrato, che viene definito irrituale, libero, negoziale o contrattuale. In questo caso, infatti, le parti si obbligano preventivamente, con la stipulazione del compromesso (o la sottoscrizione della clausola compromissoria, contenuta nel contratto regolatore del rapporto), ad accettare la soluzione compositiva della controversia che renderà l'arbitro. Di conseguenza, nonostante la natura negoziale del lodo, oramai riconosciuta anche dalla legge (v. art. 808 *ter* comma 1 c.p.c., introdotto con d.lgs. n. 40 del 2.2.2006, il quale espressamente definisce l'arbitrato irrituale come lo strumento per la definizione della controversia mediante "determinazione contrattuale"), l'efficacia vincolante dello stesso non dipende dalla manifestazione attuale di volontà delle parti ma da una manifestazione di volontà effettuata "ora per allora", al momento della stipulazione dell'accordo compromissorio. Nella conciliazione, al contrario, le parti esprimono il proprio consenso, in ordine alla risoluzione della controversia nei termini ed alle condizioni contenute nella proposta dal terzo, solo dopo che la stessa proposta è stata formulata. In questo caso, le parti restano effettive titolari del potere di disporre del diritto controverso nel momento fino alla stipulazione dell'accordo conciliativo, che è alle stesse immediatamente riferibile; nel caso dell'arbitrato irrituale (o libero o negoziale), le parti dispongono del diritto controverso nel momento in cui stipulano l'accordo compromissorio (e, nel contempo, attribuiscono al terzo arbitro un potere di incidere sulle proprie sfere



Al contrario, la disciplina della proposta di cui al d.lgs. n. 28/2010 appare idonea a coartare, sia pure indirettamente (attraverso la previsione delle descritte conseguenze in ordine alle spese del successivo giudizio, che la mancata definizione conciliativa della lite non abbia potuto impedire) l'accettazione/adeguamento delle parti alla proposta del mediatore.

Sotto altro profilo, la previsione della valutazione di conformità (totale o parziale) tra la decisione e la proposta, che il giudice è chiamato a compiere ai fini della pronuncia sulle spese processuali ai sensi dell'art. 11 del d.lgs. n. 28/2010, implicando una comparazione tra il contenuto della decisione ed il contenuto della proposta, pone il problema della comparazione tra due entità non omogenee. Infatti, mentre la mediazione opera sul piano degli interessi ed è fondata sulla valutazione di convenienza delle parti, la decisione giudiziale opera sul piano del diritto, e postula l'accertamento dei fatti che hanno dato luogo alla controversia³². Tale valutazione giudiziale deve consistere in una valutazione di corrispondenza/conformità del contenuto della proposta al contenuto della decisione.

Allora, delle due l'una: o la proposta di mediazione, in quanto tale, contiene un'ipotesi di accomodamento degli interessi in gioco delle parti e, pertanto, essendo ontologicamente diversa dalla decisione giudiziale, che contiene l'accertamento del torto e della ragione, la comparazione tra la proposta e la sentenza è inconcepibile; oppure la proposta di mediazione contiene la valutazione delle posizioni giuridiche delle parti. Nel primo caso, si rispetta la naturale vocazione facilitativa della mediazione,

giuridiche – mediante la pronuncia del lodo – che presenta caratteri assai simili a quelli astrattamente propri dei diritti potestativi.

³² Nello stesso senso proposto nel testo, G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in www.judicium.it, p. 4, il quale rileva che la mediazione ha ad oggetto qualcosa che non necessariamente coincide con l'oggetto del processo.



ma si finisce con lo svuotare di contenuto l'art. 13 d.lgs. n. 28/2010; nel secondo caso, si forza la natura della mediazione³³.

Può essere considerato un tentativo di superare tale *impasse* la previsione, di cui all'art. 7, comma 2, lett. *b*) del D.M. 180/2010, per la quale «in caso di formulazione della proposta ai sensi dell'ar. 11 del decreto legislativo, la stessa può provenire da un mediatore diverso da quello che ha condotto sino ad allora la mediazione e sulla base delle sole informazioni che le parti intendono offrire al mediatore proponente». Tale previsione, invero, mediante l'attribuzione al mediatore originario del compito di agevolare le parti nel raggiungimento dell'accordo conciliativo (sulla base della valutazione degli interessi), ed al nuovo mediatore del compito di formulare una proposta (sulla base della valutazione delle sole informazioni che le parti intendono offrirgli), si presta a configurare due distinte figure di mediazione: la prima senz'altro facilitativa - conforme al modello generale -, la seconda aggiudicativa (sul modello della *early neutral evaluation*, per intenderci) e, quindi, omogenea, per quanto riguarda l'oggetto (ossia, valutazione giuridica delle rispettive posizioni delle parti), alla successiva decisione giudiziale³⁴.

³³ Così M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in www.Judicium.it, p. 2, per il quale, quando si pretende dal mediatore una proposta di soluzione della lite, anche quando le parti non l'abbiano richiesta, “*si forza in certa misura il suo ruolo*”.

³⁴ Le delicate questioni interpretative che la previsione della proposta del mediatore solleva sta inducendo –per quanto consta a chi scrive nel momento in cui licenzia il presente testo- ad adottare nei regolamenti di procedura degli organismi di conciliazione formulazioni assai caute, al principale scopo di evitare il c.d.”effetto sorpresa”, prevedendo che sin dall'inizio del procedimento di mediazione le parti siano informate della possibilità della relativa formulazione. L'auspicio che la disciplina dei regolamenti contenesse simili previsioni era stato già formulato in dottrina (L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in www.judicium.it, p. 22).

