



LA RESPONSABILITÀ DEL MEDIATORE

CLAUDIA TROISI

Una riflessione che viene spontanea a chi è abituato ad osservare i fenomeni attraverso la lente del giurista riguarda il problema della tutela dell'utente e, quindi, quello della responsabilità di chi esegue una prestazione professionale.

La recente disciplina dettata dal d.lgs. 28/2010 non contiene norme specifiche in tema di responsabilità del mediatore, lasciando ancora una volta all'interprete il compito di individuare i principi applicabili al problema in esame.

La mediazione consiste in una prestazione d'opera professionale effettuata dal mediatore su specifica richiesta delle parti.

In particolare, la prestazione del mediatore rientra nella categoria delle obbligazioni di mezzi¹, quelle obbligazioni in cui il debitore è tenuto semplicemente a svolgere una certa attività, e non anche a ottenere il risultato auspicato, giacché il raggiungimento di tale risultato dipende da fattori estranei alla sua sfera di azione. Contenuto di queste obbligazioni è, quindi, il dovere di comportarsi secondo diligenza.

Con riferimento alle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, il codice civile dispone che «la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata» (art.1176, comma II, c.c.).

Questa norma impone al professionista (nel nostro caso il mediatore) una diligenza qualificata dal bagaglio di conoscenze e strumenti tecnici adeguati al tipo di attività esercitata, in rapporto ai singoli casi concreti². Tuttavia, nel caso in

¹ V. in dottrina L. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 185ss., al quale è dovuto il merito del più compiuto approfondimento della distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato; P. RESCIGNO, *Obbligazioni*, in *Enc. Dir.*, XXIX, 1979, 190 e ss.

² Cass., 10 settembre 1999, n. 9617.



cui la prestazione d'opera implichi la soluzione di problemi di particolare difficoltà, il professionista risponde solo per dolo o colpa grave (art. 2236 c.c.).

Lo standard professionale della categoria serve, quindi, a determinare il contenuto della prestazione dovuta e la misura della responsabilità, conformemente alla regola generale³.

Il mediatore, insomma, una volta assunto l'incarico, sarà obbligato all'uso della diligenza nell'esecuzione della prestazione (diligenza tecnica) e non anche al raggiungimento del "risultato", vale a dire l'accordo finale tra le parti⁴.

Le regole e le conoscenze di carattere tecnico, necessarie ad individuare i criteri di diligenza che il mediatore deve utilizzare nell'esercizio della sua professione, sono desunte dall'insieme dei principi e delle regole di carattere deontologico che governano l'attività di mediazione (artt. 9, 10, 14 d.lgs. 28/2010)⁵.

La mediazione, in quanto attività che coinvolge anche sentimenti, emozioni, debolezze e sofferenze, presenta aspetti di particolare delicatezza, ed è per questo facilmente occasione generatrice di stati emotivi di forte intensità e di difficile gestione anche da parte di un mediatore esperto.

La questione che ci si pone riguarda la possibilità del verificarsi di danni di carattere psicologico, morale, sociale o patrimoniale agli utenti di un servizio di mediazione⁶.

Sono molteplici i nodi problematici che possono nascere dall'analisi della fattispecie in esame. Un problema può riguardare la configurabilità, a carico del

³ C.M. BIANCA, *Op. cit.*

⁴ V. FEDERICI, *Alla ricerca dei principi e delle regole contrattuali applicabili alla mediazione*, in AA.VV., *Cultura e pratica della mediazione*, (a cura di) S. PINNA, Roma, 2000.

⁵ Sulle regole deontologiche vedi *amplius* Cap. III, § 9.

⁶ Ipotesi di danno potrebbero essere connesse alla diffusione di informazioni riservate emerse nel corso dell'incontro di mediazione, all'inasprimento del conflitto con conseguenze negative per l'utente sia sul piano patrimoniale sia su quello morale, alla diminuzione della resistenza fisica e psichica dovute ad una cattiva gestione dell'incontro da parte del mediatore.



mediatore, della responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.), cioè di quella responsabilità derivante dall'inadempimento di un'obbligazione.

Si tratta, quindi, di verificare la presenza di un rapporto contrattuale da cui scaturiscano degli obblighi per il mediatore, il cui inadempimento costituisca il titolo per un'azione di responsabilità a suo carico.

La mediazione, generalmente⁷, si manifesta come rapporto di fatto, nel senso che il rapporto tra mediatore e parti in conflitto non trova quasi mai titolo in un contratto, salvo il caso in cui venga instaurato un rapporto sinallagmatico tra le parti, caratterizzato da reciproche prestazioni, quella professionale da una parte e il corrispettivo economico dall'altra. Il rapporto contrattuale, tutt'al più, le parti lo stipulano con l'organismo di conciliazione nelle ipotesi disciplinate dal d.lgs. 28/2010.

Sembra pertinente operare una comparazione con la disciplina, di matrice giurisprudenziale, della responsabilità del medico, specialmente dello psicologo⁸, nonostante siano indiscusse le differenti competenze professionali⁹.

⁷ Almeno fino all'entrata in vigore dell'obbligatorietà della mediazione quale condizione di procedibilità *ex* d.lgs. 28/2010, per le sole materie indicate nello stesso, prevista per marzo 2011.

⁸ Professioni che, malgrado le evidenti differenze, sono accomunate dal fatto di avere ad oggetto beni costituzionalmente garantiti, incidendo entrambe sul bene della salute tutelato dall'art. 32 Cost. Sul tema della responsabilità professionale in ambito di psicoterapie vedi G. GIUSTI, *La responsabilità civile e penale dello psichiatra*, in *Trattato di Criminologia, Medicina Criminologica e Psichiatria Forense*, a cura di F. FERRACUTI, Milano, 1989, 14; A. FIORI, *La Responsabilità Professionale dello Psichiatra*, in *op. ult. cit.*; G. AVORIO, *Problemi di responsabilità professionale in ambito di psicoterapia*, in *La responsabilità medica in ambito civile. Attualità e prospettive*, Milano, 1989.

⁹ Nella terapia, come nella mediazione, assumono notevole importanza i sentimenti, ma ciò che distingue i due strumenti, è il grado in cui i sentimenti si trovano al centro dell'attenzione. Nella mediazione si lascia spazio ai sentimenti, ma essi non costituiscono il punto centrale, come avviene invece nella terapia. La mediazione non prevede primariamente la guarigione e la rielaborazione dei conflitti interiori, bensì le trattative per arrivare ad accordi rivolti al futuro. I sentimenti sono certamente una parte della realtà a partire dalla quale hanno origine gli interessi delle persone coinvolte; il punto focale del processo di mediazione si trova però fondamentalmente sul piano degli interessi. La mediazione può anche avere effetti terapeutici, tuttavia i problemi interpersonali sono affrontati solo se impediscono il raggiungimento di soluzioni concrete. Se il problema



Recenti sentenze¹⁰, infatti, qualificano di natura contrattuale la responsabilità del medico ancorché non fondata su contratto ma sul “contatto sociale”, connotato dall’affidamento che l’utente pone nella professionalità dell’esercente una professione di utilità sociale.

Si ammette, quindi, che da “rapporti contrattuali di fatto”¹¹ possano sorgere obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire tutela agli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso.

L’assenza di un contratto - e, quindi, di un obbligo di prestazione in capo al professionista - non è in grado di neutralizzare la professionalità (secondo determinati *standard* di categoria) che ne qualifica l’opera e che si traduce in obblighi di comportamento nei confronti di chi su tale professionalità ha fatto affidamento entrando in contatto con lui.

Tale situazione di affidamento che il professionista, in virtù del suo *status* professionale, ingenera nell’utente fa sorgere un “obbligo di protezione senza (obbligo di) prestazione”, a prescindere dalla circostanza che si instauri, oppure no, un rapporto di tipo contrattuale¹².

Dal punto di vista della tutela del diritto alla salute¹³, il mediatore è, poi, indubbiamente assoggettato alla generale regola della responsabilità extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.*, cioè della responsabilità da fatto illecito,

principale riguarda problematiche profonde della personalità del contendente, allora è consigliabile un trattamento terapeutico, che esula dalle competenze del mediatore. Sul punto vedi G. MAHLER, *Trennungs und Scheidungsmediation in der Praxis*, in *Familiendynamik*, 1992; C. BESEMER, *Op.cit.*

¹⁰ Cass. Civ. 22 gennaio 1999, n. 589; Trib. Milano 24 giugno 1999.

¹¹ Sul tema cfr. E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957; P. RESCIGNO, voce *Contratto*, in *Enc. Giur. Treccani*, IX, 1988; C. ANGELICI, *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXV, 1991.

¹² C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Jus*, 1976; C. CASTRONOVO, *L’obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Studi in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995; F. BENATTI, *Osservazioni in tema di “doveri di protezione”*, in *Riv. Trim. Proc. Civ.*, 1960.

¹³ Diritto alla salute inteso come integrità “psicofisica” della persona. In tale prospettiva, cfr P. PERLINGIERI, *La tutela giuridica della “integrità psichica” (A proposito delle psicoterapie)*, in *Riv. Trim.*, 1972.



qualora ne ricorrano i presupposti (fatto doloso o colposo, danno ingiusto, nesso di causalità) e sempre che il danneggiato riesca a dimostrarli.

Partendo dal presupposto di riuscire a individuare un eventuale danno ingiusto (psicologico, sociale, morale o patrimoniale), al danneggiato resta da dimostrare sia il nesso di causalità (cioè che sia stata proprio l'attività di mediazione a produrre il danno), sia il dolo o la colpa del mediatore.

Si tratta di elementi difficili da provare, soprattutto considerando il carattere di novità della pratica della mediazione, che comporta una conoscenza ancora inadeguata, da parte del mondo giuridico, delle sue modalità operative e applicative. Risulterebbe, inoltre, assai arduo provare l'esistenza di un nesso causale tra il comportamento del mediatore e lo stato psicologico ed emotivo del "danneggiato", proprio perché si tratta di situazioni in cui è difficile prevedere o ipotizzare cause ed effetti o dettare regole generali a cui attenersi¹⁴.

Ciò comporta che una stessa condotta (attività professionale del mediatore\medico) potrebbe violare due o più precetti, uno di natura contrattuale ed uno di natura extracontrattuale, dando vita a due diversi titoli di responsabilità.

Infatti, nel nostro ordinamento (a differenza dell'ordinamento francese in cui vige il principio di divieto di cumulo), vige il principio di ammissibilità del concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, quando un unico comportamento, riconducibile al medesimo autore, appaia lesivo non solo di diritti specifici derivanti dal rapporto contrattuale (o "contatto sociale"), ma

¹⁴ Appare arduo stabilire i limiti della regola d'arte nell'esecuzione dell'opera professionale *ex art. 2224 c.c.*: la scarsa pratica della mediazione in Italia e le poche indicazioni in materia di contenuti da veicolare nei corsi di formazione rendono davvero indefiniti i limiti della diligenza del mediatore.



anche di diritti soggettivi, tutelati indipendentemente dall'esistenza di un rapporto contrattuale¹⁵.

Sono molte le questioni da definire e risolvere in tema di mediazione, come sono molte quelle da portare ancora all'attenzione del dibattito sociale e giuridico. Tutto ciò dipende dal fatto che la mediazione è una pratica ancora marginalmente diffusa ed affermata, con una serie di problematiche sulle quali è tuttora aperto il dibattito tra gli stessi operatori del settore.

Tra le tante, spicca la questione relativa proprio alla "professionalizzazione" dell'attività di mediazione, che se da una parte risolverebbe molti problemi tra i quali anche quelli prima descritti relativi alle forme di garanzia di professionalità e tutela dell'utenza, dall'altra rischierebbe di comprimere dietro rigide definizioni e facili schematismi una attività che si fa portatrice di principi legati alla libertà di espressione e all'assenza di formalismo.

La nuova disciplina, introdotta dal d.lgs. 28/2010 e integrata dal successivo regolamento attuativo (D.M. 180/2010), ha in parte tentato di dettare una serie di regole e obblighi per il mediatore sia di carattere deontologico e professionale sia inerente alla formazione e iscrizione agli organismi di conciliazione presso i quali si svolgeranno le procedure di mediazione. Restano, pertanto, ancora irrisolte molte questioni problematiche; altre, poi, sono state poste all'attenzione dell'interprete proprio a seguito dei recenti interventi legislativi.

Nel Libro Verde, al punto n. 94, si apre una riflessione sulla responsabilità del mediatore/conciliatore, ad esempio, nell'ipotesi di violazione dell'obbligo di riservatezza o di mancanza di imparzialità a favore di una delle parti, laddove «il mediatore potrebbe essere chiamato a rispondere ai sensi del

¹⁵ Cass. 23 giugno 1994 n. 6064; Cass. 29 marzo 1983 n. 2278; Cass. 7 agosto 1982 n. 4437. L. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Padova, 1989; P. STANZIONE, B. TROISI, *Principi generali del diritto civile*, Torino, 2010, p. 204.



diritto comune della responsabilità civile degli Stati membri, anche se questi ultimi non sembrano possedere norme specifiche relative alla responsabilità dei mediatori o conciliatori. Ci si può interrogare sulla creazione di un regime di responsabilità o almeno di norme specifiche per fare risaltare il ruolo esatto del mediatore nella procedura, che spesso è ridotto a mero catalizzatore». E' chiara consapevolezza di chi opera nel settore della mediazione della necessità di trovare un equilibrio tra le contrapposte esigenze al fine di raggiungere un modello operativo generalmente condiviso e idoneo a farsi portatore delle necessarie garanzie di professionalità.

In relazione alla tutela della riservatezza, è da notare alla luce del d.lgs. 28/2010, innanzitutto, un differente ruolo rispetto alla tutela dei dati personali: da parte dell'organismo e da parte del mediatore. Il primo, verosimilmente, verrà a conoscenza solo di alcuni dati, ossia quelli anagrafici ed identificativi delle parti in conflitto e di quelli contenuti in eventuali documenti depositati, mentre il mediatore acquisirà nel corso degli incontri (sia di quello iniziale congiunto, sia, soprattutto, di quelli privati) ulteriori e diverse informazioni destinate a non essere comunicate all'organismo (e dunque da esso non conoscibili, con la conseguenza che non vi sarà trattamento alcuno).

Ciò significa che mediatore ed organismo sono anche due "responsabili" diversi, con la conseguenza che ognuno risponderà autonomamente del rispetto delle misure minime di sicurezza in relazione alle modalità con cui verrà effettuato il trattamento.

Il d.lgs. 28/2010, sebbene non contenga norme specifiche in materia di responsabilità del mediatore, pone al riguardo una serie di problemi connessi ad alcune caratteristiche peculiari della mediazione. Innanzitutto, ci si è posti il problema se il mediatore possa essere responsabile nella misura in cui egli concorra alla formazione di un verbale non omologabile: l'art. 12 prevede, infatti,



che «il verbale di accordo, il cui contenuto non è contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, è omologato, su istanza di parte e previo accertamento anche della regolarità formale, con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo».

Il dubbio sorge, innanzitutto, in relazione alla qualificazione della natura della responsabilità in questione: se si tratti, cioè di responsabilità contrattuale o aquiliana, considerando che le parti litiganti non stipulano nessun contratto - almeno formale - con il mediatore, ma solo con l'organismo.

Tale ostacolo risulta, altresì, superabile attraverso la già richiamata teoria giurisprudenziale del "contatto sociale", la quale riconoscendo il rapporto contrattuale di fatto tra mediatore e parti apre la strada alla possibile azione di responsabilità contrattuale nei confronti del professionista.

Sembrerebbe trovarsi di fronte ad una prestazione intellettuale, normalmente resa nell'ambito di un contratto d'opera professionale. Non risulta ancora ben chiaro, peraltro, il rapporto che si instaura tra mediatore e organismo pure al fine di rintracciare eventuali profili di corresponsabilità. Potrebbe sussistere una forma di responsabilità dei committenti (art. 2049 c.c.) o, in genere dei mandanti, volendo ritenere che l'organismo, con l'atto di nomina del mediatore che gli spetta *ex art. 3 d.lgs. 28/2010*, stia sostanzialmente commissionando a costui lo svolgimento della prestazione di cui godono le parti litiganti.

Bisogna sottolineare però che perché possa sussistere rapporto di preposizione (e dunque responsabilità *ex art. 2049 c.c.*) è necessario che il committente, pur avendo commissionato la realizzazione dell'opera, conservi su quest'ultimo un potere direttivo che ne limiti l'autonomia decisionale ed organizzativa; tale limite non sembra, pertanto, individuabile nel dettato dell'art. 3 del d.lgs. 28/2010, il quale prevede semplicemente l'obbligo per l'organismo



(attraverso il suo regolamento) di garantire la riservatezza del procedimento ai sensi dell'articolo 9, nonché le modalità di nomina del mediatore che ne assicurino l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico.

L'organismo di mediazione potrebbe considerarsi, dunque, responsabile per le attività riconducibili alla prestazione d'opera intellettuale del mediatore, rispondendo dei danni provocati dalla condotta dolosa e negligente dello stesso da esso nominato (*ex art. 1228 c.c.*).

In definitiva l'organismo potrebbe essere considerato responsabile per il verbale non omologabile poiché su di esso aveva l'onere e la possibilità di effettuare ogni verifica anche successiva alla materiale stesura da parte del mediatore e, finanche, dopo la sua sottoscrizione e deposito presso la segreteria dell'organismo medesimo.

Ciò non toglie che nei rapporti tra organismo e mediatore la produzione di un verbale non omologabile da parte del secondo potrebbe essere fonte di responsabilità; sul punto si dovrebbe riflettere se trattasi di responsabilità civile e/o disciplinare o deontologica.

Tuttavia, è pur vero che presupposto della responsabilità disciplinare è evidentemente l'esistenza di un ordine professionale, dunque di un potere disciplinare; quella del mediatore, però, non è una professione protetta, non esistono albi né ordini e, tantomeno, poteri e sanzioni disciplinari.

Altro spunto di riflessione riguarda la responsabilità nel caso in cui la proposta effettuata dal mediatore (mediazione valutativa) risulti invalida.

Il contenuto minimo dell'attività di mediazione è dato dalla prestazione di assistenza delle parti nella ricerca di una soluzione alla lite in cui sono coinvolti e da quella di formulare una proposta. Se tale proposta risulti non essere valida in



quanto contraria all'ordine pubblico o a norme imperative¹⁶, è chiaro che colui che l'ha emessa sarà responsabile civilmente dei danni cagionati alle parti che hanno confidato, appunto, nella sua validità (e nella misura, ovviamente, in cui ciò abbia determinato lesioni patrimoniali).

Resta da verificare se tale responsabilità esponga solo il mediatore o anche l'organismo, posto che se si ritenesse applicabile al rapporto mediatore-organismo l'art. 2049 c.c., l'organismo risulterebbe comunque responsabile considerato che detta norma non prevede alcuna liberatoria.

¹⁶ Tra gli obblighi del mediatore *ex* art. 14 lett. *d*) del d.lgs. 28/2010 vi è quello di «formulare le proposte di conciliazione nel rispetto del limite dell'ordine pubblico e delle norme imperative».