

EUROPA E DIRITTO PRIVATO

Fasc. 1 - 2012

Antonio Albanese

**DALLA GIURISDIZIONE ALLA
CONCILIAZIONE. RIFLESSIONI
SULLA MEDIAZIONE NELLE
CONTROVERSIE CIVILI E
COMMERCIALI**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

OSSERVATORIO

DALLA GIURISDIZIONE ALLA CONCILIAZIONE. RIFLESSIONI SULLA MEDIAZIONE NELLE CONTROVERSIE CIVILI E COMMERCIALI

SOMMARIO: 1. La mediazione come via autonoma di « accesso alla giustizia » rispetto al processo e agli altri metodi di risoluzione stragiudiziale delle controversie. - 2. L'individuazione dell'organismo di mediazione e l'assenza di criteri legali di competenza territoriale tra attività giurisdizionale e autonomia privata. - 3. La questione di legittimità della mediazione « obbligatoria e onerosa ». - 4. La proposta di conciliazione formulata dal mediatore: criticità degli strumenti di coazione sulla volontà delle parti.

1. Il rapporto tra mediazione e processo civile costituisce una questione cruciale ai fini dell'esatta comprensione dell'istituto disciplinato dal d.lgs. 4-3-2010 n. 28. La finalità stessa della mediazione trova infatti una più precisa definizione proprio nel suo modo di atteggiarsi rispetto al processo, in ragione delle diverse opinioni che sono state al riguardo espresse. Ci si interroga così se la mediazione possa legittimamente ridursi a mero strumento per deflazionare il contenzioso, allontanandolo dalle aule giudiziarie (1), o se invece essa possa e debba comunque svolgere una propria e autonoma funzione rispetto al processo, ampliando le possibilità di « accesso alla giustizia » (2).

In quest'ultimo caso la mediazione, oltre a rendere più efficiente

(1) In questo senso vedi l'opinione espressa da A. Proto Pisani, *Appunti su mediazione e conciliazione*, Foro it., 2010, 143 con riguardo alle ipotesi in cui il preventivo esperimento della mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

(2) Questo del resto è lo scopo della disciplina europea della mediazione, che il Considerando 2 della direttiva 21-5-2008 n. 52 individua nel « dare effettività al principio fondamentale dell'accesso alla giustizia ». Da una tale prospettiva di *multy doors system*, nel quale la soluzione del conflitto possa trovare strade diverse, « mediazione e processo... si collocano su piani diversi equivalenti e complementari, collegati dal comune denominatore del principio di accesso alla giustizia »: così L. Zanuttigh, *Mediazione e processo civile*, I contratti, 2011, 205. In senso solo parzialmente diverso R. Caponi, *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d. leg. 4 marzo 2010 n. 28). Quadro generale*, Foro it., V, 2010, 92 s. ritiene che la disciplina in esame risponda ad entrambe le finalità, rappresentando la mediazione talvolta uno strumento di *access to justice* altre volte un *commodus discessus* dalla giustizia civile statale.

e celere il processo nelle controversie non mediate, assolverebbe altresì a uno specifico compito, garantendo alle parti che vi fanno ricorso l'attingimento di obiettivi che sarebbero invece preclusi al giudizio civile, improntato a una *adversarial logic* incompatibile con la ricerca comune di una soluzione della controversia, che garantisca una effettiva conciliazione (3).

Da questo punto di vista la mediazione, come mezzo alternativo di risoluzione delle controversie, si differenzia nettamente rispetto all'arbitrato (4), che, al pari del processo, prescinde da una composizione autonoma della controversia, essendo invece diretto a provocare una decisione di un arbitro, vincolante per le parti anche quando una o entrambe non la reputano giusta o conveniente (5). La mediazione, invece, imprime un mutamento di direzione alla controversia: non si tratta più di tracciare una netta demarcazione tra torto e ragione, ma di raggiungere una soluzione che risulti soddisfacente per entrambe le parti (6). Non più quindi una

(3) Questa è la valutazione espressa, tra gli altri, da G. Arnone - P. Porreca, *La mediazione tra processo e conflitto*, Foro it., 2010, V, 95 s.

(4) La mediazione finalizzata alla conciliazione trova una precisa collocazione, tra i diversi metodi di composizione delle controversie alternativi al processo giurisdizionale di cognizione, riprendendo almeno terminologicamente la *Mediation* di origine anglosassone. In base a una classificazione delle c.d. *Alternative Dispute Resolution* da tempo in uso negli Stati Uniti, essa presenta elementi che la accomunano e altri che la differenziano rispetto sia ai metodi « negoziali » che non coinvolgono terzi (ad es. transazione) sia ai metodi che invece prevedono una decisione di un terzo, assimilabile alla sentenza del giudice (ad es. arbitrato): cfr. C. Punzi, *Mediazione e conciliazione*, Riv. dir. proc., 2009, 845 s. La conciliazione delle parti in conflitto, infatti, si realizza bensì attraverso un atto di autonomia imputabile esclusivamente ad esse, la cui conclusione è però « facilitata » dall'intervento di un « mediatore professionale ». La mediazione, così intesa, si distingue poi in due diversi sottotipi a seconda che il mediatore possa oppure non possa suggerire eventuali soluzioni della controversia, sulla base di una sua « valutazione » dei fatti controversi. Entrambi i modelli hanno trovato accoglimento nel d.lgs. 28/2010, che addirittura si è spinto sino a prevedere regole in grado di esercitare in qualche misura una pressione sulla volontà delle parti, per indurle ad accettare la proposta di conciliazione formulata dal mediatore. Forme di conciliazione assistite da un terzo non sono peraltro estranee alla nostra tradizione giuridica, come già riferiva il Guardasigilli Giuseppe Pisanelli nella *Relazione ministeriale sul primo libro del Progetto di codice di procedura civile*, Codice di procedura civile del Regno d'Italia, 1865. Testi e documenti per la storia del processo, a cura di N. Picardi e A. Giuliani (Milano 2004), § 5, 5 s.

(5) La necessaria soluzione della lite attraverso la decisione dell'arbitro, formulata anche contro la volontà delle parti, fa sì che il ricorso all'arbitrato, diversamente da quanto avviene per le varie forme di mediazione e conciliazione, non possa essere imposto dalla legge, neppure a titolo gratuito.

(6) Nel confronto tra mediazione e processo si può cogliere la distanza tra un modo « maschile » di soluzione della controversia, che è rappresentato dalla figura

parte vittoriosa e una soccombente, ma due parti tra loro conciliate (7).

Da questa prospettiva la Relazione illustrativa al d.lgs. 28/2010 sottolinea l'autonoma valenza della mediazione come mezzo per ricercare un nuovo equilibrio tra gli interessi in conflitto, secondo un modello di cooperazione, estraneo alla logica conflittuale e oppositiva del processo. Attraverso la mediazione il legislatore intende non tanto correggere le disfunzioni della giustizia civile quanto offrire ai cittadini la possibilità di gestire e risolvere i conflitti tra loro in modo più autonomo e responsabile, attraverso la ricerca di una soluzione che trae la sua forza non dall'autorità di un terzo che la impone come giusta, ma dalla volontà delle parti stesse che liberamente la scelgono (8). Si realizza così un obiettivo eminentemente culturale, mediante la diffusione di strumenti alternativi di soluzione delle controversie, che, prescindendo dalle tradizionali forme coercitive, favoriscono un nuovo tipo di relazioni interpersonali tra i soggetti in lite (9).

2. È peraltro evidente che in funzione degli obiettivi posti alla mediazione cambiano anche le regole che ne disciplinano il procedimento e i rapporti con il processo e così pure il significato che a tali norme l'interprete deve attribuire nei casi dubbi, al fine di salvaguardarne la coerenza.

Così ad esempio ci si può chiedere se la preventiva determinazione consensuale dell'organismo di mediazione da adire in caso di controversia possa essere assimilata a una deroga convenzionale alla competenza giudiziaria, ai fini dell'accertamento dell'eventuale vessatorietà della clausola inserita nelle condizioni generali di un contratto con i consumatori o anche tra professionisti.

È chiaro che la risposta a tale domanda non può prescindere dal grado di autonomia che si riconosca al procedimento di mediazione

tragica di Creonte, il quale pone sopra ogni cosa la ragione di Stato, quale oggettivamente emerge dalle norme dell'ordinamento, e un modo « femminile », che, al pari di Antigone, rivendica la soddisfazione degli interessi soggettivi in conflitto. I due modelli riflettono peraltro due differenti concezioni del diritto, efficacemente descritte da A. Nicolussi, *Se la legge dell'uomo è alla ricerca del giusto. La sfida dell'ecologia giuridica*, Vita e pensiero, 2012, 66 s., dal quale ho tratto il riferimento all'opera sofoclea.

(7) È opportuno richiamare quanto scriveva al riguardo S. Satta, *Dalla conciliazione alla giurisdizione*, Riv. dir. proc., 1939, 206: « le liti si estinguono solo con la libera volontà delle parti, con la *conciliazione*, come la parola stessa dice ».

(8) In questo senso la mediazione, pur migliorando l'accesso alla giustizia, non assume « una funzione ancillare rispetto al processo civile »: così Zanuttigh, *Mediazione e processo civile* cit., 205 spec. note 4 e 5.

(9) Sul punto vedi l'analisi di O.G. Chase, *I metodi alternativi di soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d'America*, *L'altra giustizia*. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato, a cura di V. Varano (Milano 2007), 148 s.

rispetto al processo e che nel concetto di « foro competente » potrebbe farsi rientrare anche l'organismo incaricato della mediazione ove questa si configuri come fase meramente preparatoria e interna al giudizio civile, « resa obbligatoria dalla legge o dalla volontà anche di una sola parte », il cui esperimento costituisca il presupposto necessario perché il processo possa seguire il suo corso ordinario (10).

Una deroga alla competenza si potrebbe del resto configurare con riguardo all'ipotesi in cui sia stato raggiunto un accordo amichevole e una parte ne chieda l'omologazione al Presidente del Tribunale nella cui circoscrizione ha sede l'organismo di mediazione. Anche in questo caso, infatti, ove si consideri il procedimento di mediazione meramente funzionale e strumentale alla formazione del successivo titolo esecutivo, si potrebbe ipotizzare un mutamento dell'Autorità giudiziaria competente a emettere l'eventuale decreto di omologazione (11).

Tale conclusione si rivela tuttavia una forzatura nella misura in cui l'omologazione del verbale di accordo, lungi dal costituire una conseguenza necessaria della mediazione, rappresenta una mera eventualità, il cui verificarsi dipende innanzitutto da un esito che non è affatto scontato, ossia la conciliazione della controversia, e, solo ove si giunga a tale risultato positivo, da una scelta assolutamente libera della parte che ha interesse alla formazione di un titolo esecutivo e che potrebbe anche essere diversa da quella che ha proposto l'istanza di mediazione (12). Da questa prospettiva la designazione dell'organismo di mediazione rileva per il suo significato intrinseco e non in considerazione delle sue possibili ripercussioni sul giudice chiamato ad omologare l'eventuale verbale di conciliazione, la cui competenza territoriale è individuata — in termini sostanziali oltre che formali — direttamente in virtù di un collegamento con il luogo in cui ha sede l'ente prescelto e solo indirettamente dalla volontà al riguardo ipoteticamente manifestata dalle parti.

Lo stesso concetto di competenza appare del resto estraneo al procedimento di mediazione secondo una lettura dell'istituto, che ne valorizzi l'autonomia funzionale rispetto alla successiva attività giu-

(10) P. Duvia, *I consumatori e il nuovo procedimento di mediazione ex d.lgs. n. 28 del 2010*, I contratti, 2011, 281.

(11) Cfr. al riguardo Duvia, *I consumatori e il nuovo procedimento di mediazione* cit., 282, secondo il quale la designazione preventiva dell'organismo di mediazione da adire in caso di controversia configura « una deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria anche se limitatamente alla verifica della sussistenza dei requisiti di legge per l'efficacia esecutiva del verbale di conciliazione ».

(12) Non manca del resto in dottrina chi, pur ritenendo che la possibilità di rendere esecutivo l'eventuale accordo di conciliazione costituisca un incentivo che può favorire il ricorso alla mediazione, ne rileva l'estraneità rispetto alla logica dei metodi di risoluzione della controversia finalizzati alla spontanea composizione degli interessi: vedi sul punto F. P. Luiso, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, Riv. dir. proc., 2009, 1261.

risdizionale. È bensì vero che la conciliazione, come la sentenza giudiziale, deve rappresentare una composizione « giusta » della controversia (13), ma è anche vero che, mentre l'attività giurisdizionale è vincolata all'attuazione della legge (14), la conciliazione può prescindere da tale obiettivo (15), dovendosi invece ispirare a criteri di equità e di convenienza per entrambe le parti (16), salvo comunque il rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico (17).

Ne deriva che la preventiva determinazione dell'organismo da adire non configura alcuna deroga convenzionale alla competenza dell'autorità giudiziaria e pertanto la relativa clausola, ove pure sia inserita in condizioni generali di contratto, non deve essere specificamente approvata per iscritto dall'aderente. La scelta contrattuale dell'organismo di mediazione potrà invece configurare una clausola vessatoria solamente ove determini in concreto un significativo squilibrio di diritti e obblighi a carico del consumatore ai sensi dell'art. 33, co. 1, cod. cons., ad esempio in quanto l'ente designato abbia sede in un luogo distante dalla residenza o domicilio del consumatore e ciò ostacoli ingiustificatamente il ricorso o l'adesione alla mediazione.

In tal senso peraltro la stessa Relazione illustrativa del d.lgs. 28/2010 prefigura come possibile « giustificato motivo » di mancata partecipazione al procedimento la situazione « di colui che sia stato chiamato davanti a un organismo... in un luogo molto distante dalla sua residenza, senza alcun legame con l'oggetto della causa » (18).

(13) Così F. Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, I (Padova 1936) n. 59, 173 s. e spec. 176, il quale evidenzia come « la composizione ottenuta mediante la conciliazione abbia nel pensiero della legge un carattere particolare (la giustizia) che la distacca dalla semplice composizione contrattuale e la avvicina alla composizione giudiziale ».

(14) Vedi in tal senso Satta, *Dalla conciliazione alla giurisdizione* cit., 207.

(15) In questo senso la mediazione si distingue nettamente rispetto alla giurisdizione tanto contenziosa che volontaria. Quest'ultima, peraltro, prescindendo dall'esistenza di una controversia, esula dall'idea stessa di conciliazione tra posizioni contrapposte. Sul punto vedi L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III (Milano 1923) n. 9.

(16) In quest'ottica si potrebbe ritenere che il mediatore possa e debba manifestare il proprio dissenso rispetto all'accordo delle parti, non solo quando questo sia contrario a norme imperative o all'ordine pubblico, ma anche in caso di palese e grave iniquità a danno di una di esse. Su quest'aspetto cfr. il pensiero di F. Lancellotti, *Conciliazione delle parti*, Enc. dir., III (Milano 1961), 401, secondo il quale in tutti questi casi il conciliatore dovrebbe addirittura rifiutarsi di formalizzare l'accordo iniquo.

(17) Tale requisito di liceità dell'accordo di conciliazione è espressamente previsto dall'art. 12 d.lgs. 28/2010 come condizione necessaria per la sua efficacia esecutiva ed è oggetto di accertamento in sede di omologazione giudiziale del relativo verbale.

(18) È bene precisare che a tal fine va preso in considerazione non il luogo in cui ha sede l'organismo di mediazione, ma quello eventualmente diverso in cui si

Tale affermazione assevera quindi ancora una volta l'idea dell'estraneità della mediazione alla logica di una rigida e formale predeterminazione della competenza giudiziale. Il legislatore, infatti, volutamente non ha previsto un criterio di competenza territoriale proprio per evitare che già in via preliminare la scelta dell'organismo da adire potesse costituire ragione di conflitto tra le parti, in contrasto con le finalità conciliative proprie della mediazione (19).

Viceversa, muove da un'idea che finisce per assimilare la mediazione al processo civile la dottrina (20), che, enfatizzando le conseguenze che la prima può avere sul secondo, lamenta la mancata previsione di regole relative alla determinazione degli organismi competenti territorialmente, giungendo persino ad avanzare un sospetto di incostituzionalità.

Tale conclusione appare tuttavia eccessiva ove si consideri che il tentativo di conciliazione, ove pure costituisca condizione di procedibilità della domanda giudiziale, assolve a una propria funzione nella ricerca di una soluzione della controversia, autonoma e distinta rispetto all'accertamento dei diritti nell'eventuale e successivo giudizio. Considerato, quindi, che il procedimento di mediazione, a differenza dal processo civile, non ha lo scopo di accertare fatti né di stabilire chi ha torto e chi ha ragione, appare difficile sostenere che il primo sia una fase meramente preparatoria del secondo, tanto più che non può comunque condizionarne l'esito nel merito.

In caso di fallimento, infatti, il giudice adito provvederà a istruire autonomamente la causa, non potendo avvalersi delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione, se non con il consenso espresso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni (art. 10, co. 1, d.lgs. 28/2010). L'attività svolta dinanzi al mediatore non assume quindi diretta rilevanza probatoria ai fini del successivo accertamento giudiziale, es-

svolge il procedimento, in conformità con quanto dispone l'art. 8, co. 2, d.lgs. 28/2010. Con riguardo alla difficoltà di raggiungere tale luogo va quindi valutata l'applicazione della sanzione prevista dall'art. 8, co. 5, che consente di desumere argomenti di prova nel successivo giudizio dalla mancata partecipazione senza *giustificato motivo* al procedimento di mediazione.

(19) Per una ricostruzione dell'*iter* legislativo sul punto vedi P. Sanna, *La competenza per territorio nel procedimento di mediazione ex d.lgs. n. 28/2010: spunti per una riflessione*, www.judicium.it. Sulle ragioni della scelta legislativa vedi altresì L. Ditrach, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 8 del 4 marzo 2010*, www.judicium.it, § 3.

(20) I. Zingales, *La fase di mediazione obbligatoria nel quadro delle garanzie costituzionali*, www.judicium.it, 19-20. Muovendo da una prospettiva analoga Trib. Palermo sez. Bagheria (ord.) 16-8-2011 propone un'interpretazione della normativa nazionale che ne integri il contenuto in conformità alla *ratio* della direttiva europea, facendone discendere la necessità di un criterio di competenza territoriale, che imponga di adire l'organismo sito nel luogo in cui si trova il giudice competente per l'eventuale causa.

sendo a tal fine necessario un ulteriore atto di parte che, recependo *per relationem* il contenuto delle precedenti dichiarazioni, costituisce in definitiva lo strumento attraverso il quale queste entrano nel processo e giungono a conoscenza del giudice, stante a tale riguardo il divieto della prova testimoniale e del giuramento decisorio (21).

Ma il procedimento di mediazione non può essere considerato una fase del processo giurisdizionale di cognizione neanche ove porti a una conciliazione che precluda l'inizio del giudizio o ne determini l'estinzione successivamente alla sua instaurazione. Nel nostro ordinamento, infatti, l'accordo con il quale le parti compongono la controversia si ripercuote sullo svolgimento del processo a prescindere dal fatto che costituisca l'esito di un procedimento di mediazione (22), sulla base di un effetto negoziale, che, eliminando le ragioni sostanziali della controversia, fa cessare la materia del contendere (23). Né l'estinzione del giudizio eventualmente pendente costituisce conseguenza immediata e diretta dell'atto transattivo, presupponendo un ulteriore provvedimento che accerti il sopravvenuto esaurimento della lite in ragione dell'accordo intervenuto tra le parti, che pertanto opera all'esterno della vicenda giudiziaria, senza vincolare in alcun modo il giudice a una determinata decisione nel merito della domanda introduttiva del giudizio (24). In tal senso il procedimento

(21) Su tale aspetto vedi M. Fabiani, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, www.judicium.it, il quale lamenta la mancanza di un'analoga previsione di inammissibilità della confessione giudiziale. È comunque chiaro che l'eventuale confessione resa a seguito di interrogatorio formale nel successivo giudizio, pur non essendo vietata, nella misura in cui riproduce il contenuto delle dichiarazioni già rese, assume un'autonoma efficacia probatoria che nulla ha a che fare col procedimento di mediazione.

(22) Rileva al riguardo Luiso, *La delega in materia di mediazione e conciliazione* cit., 258, come « gli effetti e il regime di un contratto, che ha come causa la risoluzione di una controversia, non siano diversi a seconda del modo in cui l'accordo è raggiunto » posto che « in mancanza di una diversa, espressa previsione del legislatore, l'esercizio del potere negoziale delle parti porta sempre allo stesso risultato, quali che siano le modalità con le quali il contratto è stato concluso ».

(23) In tal senso Cass. 21-2-2003 n. 2647, *Foro it.*, 2004, 1860 s. ha stabilito che la transazione, a differenza della rinuncia agli atti del giudizio, non incide direttamente sul processo, determinandone l'estinzione, bensì sul diritto sostanziale che ne costituisce l'oggetto, comportando la cessazione della materia del contendere.

(24) La giurisprudenza appare ormai concorde nel ritenere che la dichiarazione di cessata materia del contendere sia una sentenza di rito, dichiarativa dell'impossibilità di definire il giudizio per il venir meno dell'interesse delle parti alla sua conclusione, e come tale, inidonea ad acquisire efficacia di giudicato sulla pretesa sostanziale fatta valere. In questo senso vedi Cass. s.u. 28-9-2000 n. 1048, *Giust. civ.*, 2000, I, 2817 e, tra le successive, Cass. 3-3-2003 n. 3122, *Foro it.*, 2004, I, 1858 s. e Cass. 3-3-2006 n. 4714. Ma anche la dottrina che ritiene necessaria una sentenza di merito, ha cura di precisare che tale pronuncia ha ad oggetto non già la fondatezza della domanda originariamente proposta, bensì l'idoneità dell'atto sopravvenuto a far

di mediazione si differenzia ulteriormente dall'attività giurisdizionale, in quanto, ove abbia esito positivo, si conclude con un atto di volontà delle parti (25), non con la decisione eteronoma di un organo pubblico (26).

3. Il modo di intendere la mediazione in confronto e in rapporto al processo giurisdizionale assume peraltro rilevanza anche con riguardo alla questione di legittimità, pendente dinanzi alla Corte costituzionale, relativa alla norma che, in tutta una serie di controversie, rende obbligatorio il tentativo di conciliazione, ponendo l'attenzione proprio sulla condizione di procedibilità come aspetto dal quale emerge in modo più evidente il legame con il giudizio civile (27).

Se, del resto, la Corte costituzionale ha finora ritenuto legittima la previsione di un tentativo obbligatorio di conciliazione (28), si di-

venir meno l'interesse a qualsivoglia decisione sulla pretesa iniziale: cfr. C. Consolo, *Cassazione senza rinvio e cessazione della materia del contendere: prospettive evolutive*, Giur. it., 2001, 24 s. Un'opinione diversa rispetto ad entrambi gli orientamenti appena esposti è quella espressa da A. Attardi, *Diritto processuale civile*³ (Padova 1999), 493 s., il quale estende il giudicato all'esistenza del diritto azionato. Sono in ogni caso estranee al nostro ordinamento quelle forme di commistione tra processo civile e negoziazione degli interessi in conflitto, mediante le quali le parti possono concordare il contenuto della sentenza, come invece avviene nel diritto francese attraverso la conciliazione giudiziale: sul punto cfr. L. Cadiet, *I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia, fra tradizione e modernità*, *L'altra giustizia*. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato cit., 70 s.

(25) Tale aspetto del resto non viene meno neppure nelle ipotesi in cui è obbligatorio il tentativo di conciliazione per l'ovvia ragione che « le parti sono libere di non raggiungere alcun accordo », come rileva I. Pagni, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giurisdizionale dei diritti*, Le Società, 2010, 621.

(26) Appaiono in tal senso decisive *a fortiori* le analoghe considerazioni svolte con riguardo alla conciliazione giudiziale da Lancellotti, *Conciliazione delle parti* cit., 400 s.

(27) A tale riguardo T.a.r. Lazio (ord.) 12-4-2011; Giudice di pace Parma (ord.) 1-8-2011 e Giudice di pace Catanzaro (ord.) 1-8-2011 hanno sollevato dinanzi alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'art. 5, co. 1, d.lgs. 28/2010, in relazione agli artt. 24 e 77 cost., nella parte in cui la norma censurata prevede che il previo esperimento della procedura di mediazione sia condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Analoghe eccezioni di incostituzionalità hanno peraltro indotto Trib. Palermo sez. Bagheria 16-8-2011 a sollevare una questione pregiudiziale dinanzi alla Corte europea di Giustizia per verificare la praticabilità di soluzioni interpretative che, in conformità alla direttiva europea sulla mediazione, evitino il contrasto tra la norma in questione e il diritto di difesa garantito dall'art. 24 cost.

(28) Così Corte cost. 13-7-2000 n. 276, che ha ritenuto legittima la norma, ora abrogata, che prevedeva il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro, ritenendolo giustificato tanto dall'interesse generale a evitare un sovraccarico dell'apparato giudiziario quanto dall'interesse particolare a una rapida composizione

scute adesso della legittimità di una mediazione obbligatoria per legge e al tempo stesso onerosa e ci si chiede se costituisca un limite inammissibile al diritto di azione tutelato dall'art. 24 cost. (29).

Nella soluzione della questione, attraverso il bilanciamento tra principi e diritti costituzionalmente garantiti, un peso notevole assumerà la considerazione dei vantaggi che la mediazione c.d. obbligatoria potrà comportare anche per le singole parti che a essa fanno ricorso (30) e non soltanto per l'amministrazione della giustizia in generale (31).

La Corte costituzionale, infatti, ha già avuto modo di affermare con riguardo a situazioni analoghe che il diritto di azione può essere sottoposto a incumbenti di natura economica, anche diversi da quelli fiscali, purché questi siano « razionalmente collegati alla pretesa dedotta in giudizio » (32).

In quest'ottica l'onere — anche economico — connesso alla me-

preventiva della lite. Vedi altresì con riguardo alle controversie in materia di telecomunicazioni Corte cost. 18-2-2009 n. 51 e Corte cost. 30-11-2007 n. 403.

(29) Il Giudice di pace Parma, nella citata ordinanza 1-8-2011, ritiene non manifestamente infondata la censura secondo cui « la mediazione può essere obbligatoria oppure onerosa ma non obbligatoria ed onerosa insieme perché se il tentativo obbligatorio di conciliazione ha un costo non meramente simbolico allora nella sostanza il sistema subordina l'esercizio della funzione giurisdizionale al pagamento di una somma di denaro in violazione dell'art. 24 cost. ». Analogamente il Giudice di pace di Catanzaro, nell'ordinanza 1-9-2011, solleva la questione di legittimità dell'art. 5, co. 1, d.lgs. 28/2010 in combinato disposto con l'art. 16, co. 4, d.m. 18-10-2010 n. 180, nella parte in cui tali norme, subordinando l'accesso al giudice al pagamento di una somma di denaro a favore degli organismi di mediazione, comprimono il diritto di difesa di cui all'art. 24 cost. In dottrina esclude che la mediazione possa essere obbligatoria e al tempo stesso onerosa G. Scarselli, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d. leg. 28/10*, Foro it., 2011, V, 55.

(30) In tal senso vedi R. Caponi, *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, www.judicium.it, secondo il quale, « a differenza della condizione di procedibilità, la costituzionalità dell'onere finanziario non è correlata al perseguimento di interessi generali, ma ad un interesse particolare, attinente alla concreta pretesa da dedurre in giudizio da parte dell'attore, nonché allo scopo del processo nel caso concreto ».

(31) Diversamente Proto Pisani, *Appunti su mediazione e conciliazione* cit., 143 ritiene che, in un contesto quale quello italiano di grave crisi della giustizia civile, anche uno scopo esclusivamente deflattivo volto a ridurre il numero delle controversie che devono essere risolte dai giudici, possa giustificare la previsione di un previo tentativo obbligatorio di conciliazione. Non va peraltro sottovalutata, sempre sotto il profilo dell'interesse generale, l'importante funzione che la mediazione svolge dal punto di vista antropologico e culturale come strumento per ridurre il conflitto sociale. Su quest'aspetto cfr. C. Mazzuccato, *L'universale necessario della pacificazione. Le alternative al diritto e al processo*, Logos dell'essere e Logos della norma, a cura di Lombardi Vallauri (Bari 1999), 1245 s.

(32) Vedi in tal senso le sentenze di accoglimento pronunciate da Corte cost. 6-12-2002 n. 522 e Corte cost. 8-4-2004 n. 114.

di mediazione obbligatoria potrebbe ritenersi astrattamente legittimo (33), nella misura in cui assicuri alle parti stesse un maggiore livello di soddisfazione in ordine alla loro richiesta di « giustizia ». Ai fini di tale valutazione assume quindi rilevanza non solo il confronto tra i costi della mediazione e quelli complessivi del processo civile che essa tende a evitare (34), ma anche la qualità del servizio prestato, soprattutto in termini d'imparzialità e competenza del mediatore, di modo che la legittimità del tentativo obbligatorio di mediazione deve essere valutata anche in relazione alle norme che stabiliscono i requisiti che devono possedere gli organismi di mediazione (35).

Da questa prospettiva i dubbi di legittimità si potrebbero anche superare a condizione che la mediazione, ancorché obbligatoria e onerosa, si riveli in grado di assolvere a un proprio specifico compito, facilitando l'accesso alla giustizia e favorendo una conveniente, rapida e soddisfacente soluzione della lite, attraverso un accordo che

(33) Può al riguardo richiamarsi la giurisprudenza costituzionale in materia di tentativo obbligatorio di conciliazione delle controversie agrarie, secondo cui l'accesso alla giustizia non è di per sé precluso dalla previsione di una fase preliminare obbligatoria, purché non vengano imposti oneri tali da rendere *impossibile o estremamente difficile* l'esercizio del diritto di difesa: così Corte cost. 21-1-1988 n. 73.

(34) Giova sul punto riportare quanto scriveva Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile* cit., 173 a riguardo dei vantaggi della conciliazione rispetto alla definizione processuale della lite: « poiché purtroppo le difficoltà grandissime di una buona organizzazione del processo ne esasperano il costo e ne compromettono il rendimento, la soluzione contrattuale guadagna notevolmente, nel bilancio, sulla soluzione giudiziale: questa considerazione spiega la inclinazione dei pratici del foro a favorire le transazioni (*meglio una magra transazione che una grassa sentenza*) ».

(35) In questa logica Tar Lazio (ord.) 12-4-2001 ritiene non manifestamente infondata la questione rimessa alla Corte costituzionale (§ 13.3), nella misura in cui tali disposizioni « non garantiscono, mediante un'adeguata conformazione della figura del mediatore, che i privati non subiscano irreversibili pregiudizi derivanti dalla non coincidenza degli elementi loro offerti in valutazione per assentire o rifiutare l'accordo conciliativo, rispetto a quelli suscettibili, nel prosieguo, di essere evocati in giudizio (§ 15.1) ». In ordine alla medesima questione giunge però a una conclusione diversa Trib. Palermo sez. Bagheria (ord.) 16-8-2011, affermando che « una mediazione obbligatoria e onerosa si giustifica in quanto condotta da soggetti particolarmente competenti e qualificati, muniti di conoscenze e professionalità tali da giustificare il pagamento di una somma di denaro in assenza di una libera scelta delle parti di rivolgersi al mediatore ». A tal fine il giudice palermitano, considerato che i requisiti di competenza e imparzialità del mediatore sono espressamente contemplati nei Considerando 16 e 17 dir. 21-5-2008 n. 52 come condizioni necessarie per un effettivo miglioramento dell'accesso alla giustizia nel mercato interno dell'Unione europea, propone una interpretazione costituzionalmente orientata e conforme al diritto europeo della normativa interna relativa ai criteri di scelta del mediatore da parte dell'organismo di appartenenza, che ne assicurino non soltanto una adeguata competenza in campo giuridico, ma anche il possesso di specifiche conoscenze ed esperienze professionali nella materia oggetto di controversia.

preservi la relazione amichevole e duratura tra le parti, anche al di là della definizione della specifica controversia (36).

A queste condizioni si potrebbe infatti ritenere legittima la scelta del legislatore di indicare paternalisticamente un percorso obbligatorio di « accesso alla giustizia » (37) con riguardo a determinate controversie, rispetto alle quali il ricorso preventivo alla mediazione debba ritenersi preferibile nell'interesse stesso delle parti (38).

Proprio l'interesse delle parti al preventivo esperimento del tentativo di mediazione rappresenta, infatti, l'elemento *razionale* in grado di accomunare in modo coerente una pluralità d'ipotesi eterogenee (39). Non sempre del resto l'opportunità di preservare una relazione amichevole e duratura delle parti è in grado di giustificare l'obbligatorietà della mediazione (40). Così, con riguardo alle controversie aventi a oggetto la responsabilità medica o da incidenti stra-

(36) Questi sono del resto gli obiettivi che la dir. 08/52 si prefiggeva di raggiungere attraverso la mediazione, considerata una soluzione stragiudiziale conveniente e rapida delle controversie, in quanto le relative procedure si conformano alle esigenze delle parti e gli accordi spontaneamente raggiunti hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente, oltre a preservare una relazione amichevole e sostenibile tra di esse (cfr. Considerando 6). Tali finalità sono state condivise dalla Relazione illustrativa del d.lgs. 28/2010, che, in attuazione della l. 18-6-2009 n. 69, ha esteso i principi della direttiva europea alle controversie interne all'ordinamento italiano. Da questo punto di vista appare però incoerente la scelta dell'ordinamento di eliminare il tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di controversie di lavoro. Il fallimento di tale esperienza trova infatti la sua spiegazione nella mancanza di professionalità dei soggetti investiti del compito di conciliare le parti non già in una inadeguatezza o inutilità intrinseca degli strumenti di composizione amichevole nei conflitti tra lavoratori e datori di lavoro. Cfr. al riguardo Armone - Porreca, *La mediazione tra processo e conflitto* cit., 99.

(37) In questa logica si potrebbe spiegare non solo il tentativo obbligatorio di conciliazione nei casi previsti dall'art. 5, ma anche l'obbligo di partecipare al procedimento di mediazione previsto dall'art. 8, co. 5.

(38) Già nel 1863 Giuseppe Pisanelli nella *Relazione ministeriale sul primo libro del codice di procedura civile* cit., § 5, pur segnalando l'inopportunità di forzare le parti alla conciliazione, rendendone l'esperimento « preliminare necessario del giudizio », rilevava però che « vi sono casi eccezionali in cui, avuto riguardo alla qualità delle persone, alla natura della causa, all'interesse della famiglia, importa di ricercare un mezzo per la conciliazione prima che gli animi siano esacerbati da un dibattimento giudiziario ».

(39) Prospetta invece una violazione del limite della ragionevolezza nella scelta delle materie Dittrich, *Il procedimento di mediazione* cit. Ma vedi in senso contrario P. Porreca, *La mediazione e il processo civile: complementarietà e coordinamento*, Le società, 2010, 634.

(40) Così Caponi, *La giustizia civile alla prova della mediazione* cit., 93, il quale però al di fuori di questi casi sembra rassegnarsi alla prospettiva del *commodus discessus* per esigenze generali di deflazione del carico giudiziario. Ad analoga conclusione giunge L. Graziano, *Contenzioso civile e norme sulla mediazione finalizzata alla conciliazione*, Riv. dir. proc. civ., 2011, 616 s., secondo la quale il comune denominatore delle diverse ipotesi elencate sembra doversi rinvenire nell'obiettivo di ridurre il sovraccarico dei Tribunali civili.

dali, la condizione di procedibilità sembra poter trovare la sua spiegazione in una finalità di rapida e soddisfacente definizione della lite (41).

In tali ipotesi inoltre il risarcimento, avendo ad oggetto il più delle volte danni non patrimoniali alla persona, potrebbe trovare nell'accordo delle parti uno strumento di quantificazione meno arbitrario dell'equità, attraverso la quale il giudice, con l'ausilio di tabelle più o meno vincolanti, cerca invano di superare l'aporia insita nella pretesa di tradurre in una determinata somma di denaro lesioni che per definizione si assumono non suscettibili di valutazione economica (42). È invece chiaro che la determinazione equitativa del risarcimento operata di comune accordo dalle parti con l'assistenza di un terzo imparziale, proprio in quanto ritenuta da entrambe soddisfacente, può ritenersi, senza ombra di dubbio, una giusta compensazione patrimoniale anche di un danno che tale intrinsecamente non è.

In tutti questi casi, quindi, la mediazione si profila come strumento indispensabile per la ricerca di soluzioni condivise e apprezzate come giuste dalle parti, evitando che possa realizzarsi il rischio evidenziato dal brocardo « *summum ius summa iniuria* » (43). Nel contempo la scelta delle c.d. materie obbligatorie si rivela non già arbitraria, ma coerente con un obiettivo unitario, che è quello di promuovere un servizio che assicuri alle parti stesse un significativo vantaggio rispetto all'accesso diretto al processo giurisdizionale (44).

Viceversa, ove la mediazione non aggiunga nulla di nuovo alla soluzione processuale, di tal che risultino prevalenti o addirittura as-

(41) Sottolinea i vantaggi della mediazione in materia di responsabilità medica M. R. Fascia, *La mediazione e la responsabilità medica*, I contratti, 2011, 426, facendo riferimento in particolare alla possibilità per il danneggiato di ottenere per tale via un risarcimento in tempi rapidi e a costi contenuti. Ravvisa invece nella scelta del legislatore di rendere obbligatorio in queste controversie il tentativo preliminare di conciliazione una mera finalità di riduzione del carico giudiziario Carnevali, *La nuova mediazione civile* cit., 437.

(42) Sulla irriducibilità a oggetto dell'obbligazione risarcitoria del danno alla persona vedi l'insegnamento di C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*³ (Milano 2006), 57 s., 95, il quale contro l'utilizzo di tabelle di liquidazione alla stregua di « mercuriali da magazzini generali » argomenta la necessità di una valutazione equitativa del complessivo significato negativo che la lesione della salute ha rappresentato per il danneggiato.

(43) I metodi alternativi di risoluzione delle controversie svolgono così un'autonoma funzione concorrendo con la giurisdizione statale a rendere effettiva la tutela dei diritti. La realizzazione di tale obiettivo presuppone però un percorso che è culturale prima ancora che giuridico e di cui una tappa fondamentale è rappresentata nel nostro ordinamento dalla ricerca di M. Cappelletti - B. Garth, *Access to justice: The Worldwide Movement to make Rights Effective. A General Report*, I, 1 (Milano e Alphen an den Rijn 1978-79), 3 s.

(44) Così Caponi, *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità* cit., 5 e già con riguardo alla legge delega Luiso, *La delega in materia di mediazione e conciliazione* cit., 1264.

sorbenti le finalità deflattive del carico giudiziario, il tentativo obbligatorio e al contempo oneroso di conciliazione difficilmente potrà affrancarsi dall'accusa di strumentalizzare il comportamento imposto alle parti per finalità generali che trascendono la controversia tra di esse insorta.

Il rischio d'incostituzionalità diventa quindi più concreto nella misura in cui la disciplina legale finisca per snaturare la mediazione, obliterandone gli scopi intrinseci di giustizia e funzionalizzandola a interessi esterni di efficienza del processo tradizionale.

4. Un elemento critico in tal senso è rappresentato dal carattere ibrido che assume il procedimento disciplinato dal d.lgs. 28/2010, mescolando la logica facilitativa propria della mediazione volta a favorire la composizione spontanea degli interessi in conflitto con elementi che invece sono funzionali a una soluzione eteronoma della controversia, ascrivibile a una logica più propriamente valutativa (45).

Questo emerge chiaramente se si considera che, ove non sia stato raggiunto dalle parti un accordo amichevole, la legge consente al mediatore di formulare una proposta di conciliazione, prevedendo a carico della parte che non l'accetti, conseguenze economiche sfavorevoli, anche in ordine alle spese della causa successiva, sebbene in essa risulti vincitrice, « quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta » (art. 13, co. 1, d.lgs. 28/2010).

Tale disciplina peraltro si pone in palese contrasto con l'impostazione di fondo della direttiva 21-5-2008 n. 52, al rispetto della quale il legislatore delegato era obbligato dalla legge delega (art. 60, l. 18-6-2009 n. 69) e che considera elemento essenziale della mediazione la volontà delle parti, « che gestiscono *esse stesse* il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento » (46), distinguendo espressamente tale figura da altre forme in cui la risoluzione stragiudiziale della controversia si realizza attraverso « procedimenti gestiti da persone od organismi che emettono una raccomandazione formale, sia essa legalmente vincolante o meno » (47). In linea con la direttiva europea sulla mediazione, che pone al centro del relativo procedimento la volontà delle parti, queste possono essere obbligate dalla legge a tentare una conciliazione, ma non possono essere in alcun modo forzate verso un accordo che non considerano conforme alla propria valutazione di giustizia e/o convenienza (48).

(45) Sottolinea quest'aspetto Zanuttigh, *Mediazione e processo civile* cit., 206.

(46) Considerando 13 dir. 08/52.

(47) Considerando 11 dir. 08/52.

(48) Sulla base di simili considerazioni Giudice di pace Mercato Sanseverino (ord.) 21-9-2011 ha sollevato dinanzi alla Corte europea di Giustizia la questione rela-

Se, del resto, la sollecitazione delle parti verso un'ipotesi di accordo amichevole può ancora ritenersi compatibile con il compito assegnato al mediatore di facilitare la composizione spontanea degli interessi in conflitto (49), la previsione di una sanzione, sia pure eventuale, per il rifiuto della proposta di conciliazione, segna il ritorno ad una logica conflittuale, che rimette al terzo la ricerca di una soluzione della controversia (50), mentre agisce sulle parti esclusivamente per indurle ad accettarla, attraverso uno strumento di coazione che opera sul piano delle spese del successivo giudizio, a prescindere da una valutazione di intrinseca giustizia e convenienza dell'assetto proposto.

La minaccia di una « sanzione » economica finisce così per rappresentare un disincentivo all'esercizio dell'azione giudiziale anche quando le parti in ipotesi non la reputino conveniente. Questa, infatti, è assunta dall'art. 13, co. 1, d.lgs. 28/2010 a criterio d'imputazione della responsabilità per le spese processuali, in ragione della corrispondenza tra il suo contenuto e il provvedimento che definisce il successivo giudizio, e pertanto deve essere necessariamente formulata dal mediatore, in modo che le parti possano accettarla o rifiutarla e non già rinegoziarla, secondo una logica del « prendere o lasciare », che finisce per sanzionare chi « per sventura » abbia compiuto la scelta sbagliata (51).

Ma in tal modo si realizza un'evidente compressione del diritto di agire in giudizio garantito dall'art. 24 cost. (52), che non trova più giustificazione nella ricerca di una soluzione condivisa da entrambe le parti, in quanto la mediazione viene deviata dal suo scopo naturale, divenendo uno strumento per stabilire chi ha torto e chi ha ragione, secondo un modello di risoluzione della controversia proprio del processo giurisdizionale, del quale tuttavia non offre le corrispondenti garanzie (53).

tiva al contrasto con la dir. 08/52 e con i principi del diritto dell'Unione della norma interna che stabilisce a carico della parte che abbia rifiutato la proposta di conciliazione conseguenze negative in ordine al pagamento delle spese processuali del successivo giudizio.

(49) In questo senso vedi G. Arnone, *La mediazione civile: il procedimento, la competenza, la proposta*, Le Società, 2010, 630 s., il quale sottolinea l'incertezza del « confine tra proposta facilitativa e aggiudicativa (o valutativa) ».

(50) È del resto evidente che « una proposta formulata secondo una logica puramente facilitativa (che guarda alla valutazione degli interessi e non all'accertamento dei diritti) non potrebbe avere un contenuto paragonabile al contenuto di una sentenza »: così M. Bove, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, Riv. dir. proc., 2011, 1085 nota 31.

(51) G. Impagnatiello, *La « mediazione finalizzata alla conciliazione » di cui al d.lgs. n. 28/2010 nella cornice europea*, www.judicium.it, 20.

(52) I. Zingales, *La fase di mediazione obbligatoria nel quadro delle garanzie costituzionali* cit., 23.

(53) Al riguardo Caponi, *La giustizia civile alla prova della mediazione* cit., 94

Appare al riguardo utile richiamare il precedente, nel quale la Corte europea di Giustizia, pronunciandosi sulla legittimità di norme analoghe, ha stabilito che l'esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva non osta a una normativa nazionale che impone il previo esperimento di una procedura di conciliazione stragiudiziale, a condizione che tale procedura non conduca a una decisione in qualche modo vincolante per le parti (54).

In contrasto con tale principio, il legislatore nazionale attribuisce rilievo prevalente alle finalità deflative del carico giudiziario, assumendo come modello antropologico di riferimento quello dell'*homo oeconomicus*, che, attraverso un sistema razionale d'incentivi e disincentivi, è orientato verso la definizione stragiudiziale della controversia.

Risulta invece completamente sacrificata la possibilità di far emergere nel procedimento di mediazione i fatti e le ragioni che sono all'origine della controversia e conseguentemente di ricercare una soluzione realmente condivisa dalle parti, non condizionata dal rischio di conseguenze negative in un successivo giudizio (55). La possibilità di un'ampia *disclosure* dei fatti oggetto di controversia e degli interessi in conflitto appare, infatti, fortemente limitata dalla facoltà del mediatore di formulare una proposta di conciliazione (56). È bensì vero che il mediatore ha un obbligo di riservatezza sui fatti di cui sia venuto a conoscenza nelle sessioni separate, ma è anche vero che per lui sarà pressoché impossibile formulare la proposta senza farsi influenzare dalla conoscenza che egli stesso abbia della controversia (57).

A tale inconveniente tenta peraltro di porre rimedio il d.m. 18-10-2010 n. 180, prevedendo che i regolamenti degli organismi di mediazione possono stabilire che la proposta di conciliazione sia formulata « 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 ».

lamenta che la conciliazione finisce per introdurre nel processo « un criterio decisivo (seppure limitato alla pronuncia sulle spese) non rischiarato dalla luce del contraddittorio ». In senso analogo vedi anche Bove, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili* cit., 1085.

(54) Corte eur. giust. 18-3-2010, Giur. it., 2010, 2585.

(55) Se è infatti vero che ben difficilmente si verificherà la fattispecie prevista dall'art. 13, co. 1, d.lgs. 28/2010, ossia che la sentenza corrisponda *interamente* al contenuto della proposta del mediatore (così Carnevali, *La nuova mediazione civile* cit., 437) è anche vero che (come rileva Bove, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili* cit., 1085) « gli stessi comportamenti delle parti durante il percorso non possono non essere condizionati dall'idea di trovarsi di fronte a un soggetto che farà una proposta in base a una valutazione della causa ».

(56) Cfr. sul punto F. Delfini, *La mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali ed il ruolo dell'Avvocatura*, Riv. dir. priv., 2010, 133.

(57) Così anche Caponi, *La giustizia civile alla prova della mediazione* cit., 94.

Tale cautela, tuttavia, dipendendo nella sua effettiva realizzazione da una libera scelta di regolamentazione degli organismi di mediazione, riduce ma non elimina completamente quel rischio, in ragione del quale le parti potrebbero mantenere riservati i fatti che esse ritengono possano influire a loro sfavore nella formulazione della proposta di conciliazione, non consentendo così al mediatore di acquisire una conoscenza piena delle circostanze rilevanti della lite, nonché di cogliere le ragioni più profonde e spesso nascoste della stessa. La mediazione viene così snaturata e non ha alcuna speranza di giungere a una conciliazione spontanea, che assicuri ad entrambe le parti un risultato pienamente soddisfacente, che esse non avrebbero potuto ottenere mediante l'azione giudiziaria (58). Se, infatti, l'attitudine a risolvere la controversia attraverso una conciliazione degli interessi in conflitto può caratterizzare la mediazione, anche quando essa è imposta dalla legge (59), tale obiettivo si rivela in concreto incompatibile con la coazione esercitata sulle parti per indurle ad accettare soluzioni provenienti da un terzo (60).

Quest'aspetto peraltro è ancora più evidente nelle ipotesi in cui il regolamento dell'organismo di mediazione consenta al mediatore di formulare la proposta di conciliazione, nonostante una delle parti non abbia partecipato al procedimento di mediazione. Tale possibilità, non contemplata dal d.lgs. 28/2010, è stata espressamente prevista dall'art. 7, co. 2, lett. b), d.m. 180/2010 (61) con una norma che

(58) Sottolinea a tale proposito Zanuttigh, *Mediazione e processo civile* cit., 205 nota 2 che « la mediazione intesa come strumento di accesso alla giustizia è espressione di un diverso modo di affrontare il conflitto, con la partecipazione volontaria e responsabile delle parti nella ricerca di una soluzione condivisa la cui forza scaturisce non dalla autorità del soggetto terzo che la sceglie come "giusta" e la impone in virtù del proprio ruolo, ma dalla consensualità e volontarietà ».

(59) Rileva al riguardo Graziano, *Contenzioso civile e norme sulla mediazione finalizzata alla conciliazione* cit., 626 s. che il procedimento di mediazione, ancorché obbligatorio può concorrere a riattivare la comunicazione tra le parti in conflitto, inducendole a un confronto, e forse anche a un dialogo, con possibili riflessi sulle dinamiche relazionali conflittuali.

(60) Rileva in tal senso G. Scarselli, *La nuova mediazione e conciliazione; le cose che non vanno*, www.judicium.it che « conciliare è per sua natura attività spontanea e la coercizione a conciliare è pertanto una forzatura, che non può che produrre reazioni in senso inverso ».

(61) Il d.lgs. 28/2010 si limita infatti a stabilire che il giudice nel successivo processo possa trarre argomenti di prova dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo (art. 8, co. 5), ma non prevede alcuna conseguenza in ordine allo svolgimento del procedimento di mediazione. Sulla base di tale disciplina M. Bove, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, Le Società, 2010, 762 s., prima dell'emanazione del d.m. 180/2010, rimetteva la questione ai regolamenti degli organismi di mediazione, auspicando l'introduzione dell'obbligo di chiudere la procedura e ipotizzando in caso di violazione una responsabilità del mediatore, salva comunque la conseguenza prevista dall'art. 13 con riguardo alle spese processuali, quando il

però si pone in contrasto con la definizione di mediazione contenuta nell'art. 3 dir. 08/52 come procedimento « 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 » (corsivo mio).

La mediazione così intesa appare in realtà incompatibile con la logica del « processo in contumacia » (62), in quanto presuppone che tutte le parti abbiano la possibilità di porre a confronto i rispettivi interessi al fine di consentire una composizione del conflitto (63). Altrimenti essa si riduce a mero espediente per evitare il processo attraverso misure deterrenti, che si rivelano però scarsamente efficaci, traducendosi in definitiva in un allungamento dei tempi della giustizia e in una perdita di efficienza della tutela giurisdizionale.

La previsione di un tentativo obbligatorio e oneroso di conciliazione, ove pure la si ritenga astrattamente legittima, infatti, riesce a trovare un'adeguata giustificazione, soltanto nella misura in cui la mediazione nella sua concreta configurazione normativa, sia effettivamente in grado di assolvere a una specifica funzione, diversa e complementare rispetto a quella del processo, quale strumento per la ricerca di soluzioni, che non sono imposte dall'esterno, ma sono autonomamente raggiunte dalle parti.

Antonio Albanese

provvedimento che definisce il successivo giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta.

(62) Sul punto afferma Fabiani, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo* cit. che, « quando si tratta di giudicare si può fare a meno della parte che non ha voluto difendersi, ma quando si tratta di mediare non vedo come questa attività si possa svolgere con una sola parte ».

(63) In tal senso E. Zucconi Galli Fonseca, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, Riv. trim. dir. proc. civ., 2010, 671 sottolinea che nel procedimento di mediazione si realizza un contraddittorio *sui generis*, inteso come possibilità per entrambe le parti di esplicitare i propri interessi al fine di giungere ad una conclusione equilibrata.