

Brevi note sulla mediazione: inquadramento, excursus storico e profili comparatistici internazionali

1. La mediazione tra i metodi di ADR per la risoluzione dei conflitti

La necessità di contrastare la inadeguatezza strutturale degli organi giudiziari a soddisfare in tempi ragionevoli i bisogni di tutela connessi al lungo iter processuale ha agevolato l'ingresso sulla scena nazionale italiana degli istituti della mediazione, della conciliazione e dell'arbitrato come metodi alternativi di risoluzione delle controversie.

Per quanto in questa sede interessa, la mediazione, in particolare, fino a non molti anni addietro, è stata adoperata in Italia solo raramente in riferimento alla risoluzione delle controversie e comunque limitatamente a specifici settori¹. Il momento di svolta è stato evidentemente rappresentato prima dal recepimento della Direttiva Comunitaria n. 52/2008 sulla mediazione nelle controversie transfrontaliere e, poi, e soprattutto dal fondamentale D. Lgs. n. 28/2010 sulla mediazione in materia civile e commerciale, emanato in attuazione della delega di cui all'art. 60 della Legge n. 69/2009.

Nell'ottica di precisare le relative accezioni terminologiche, all'art. 1, lett. a) del Decreto di cui sopra, la mediazione viene definita 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 composizione di una controversia (c.d. "*mediazione facilitativa*") sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa (c.d. "*mediazione valutativa*") laddove la conciliazione, a sua volta, è definita all'art. 1, lett. c) come la "composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione".

Si può dunque facilmente dedurre che con la locuzione *mediazione* si fa riferimento al procedimento strutturato per la composizione della controversia mentre la *conciliazione* è il risultato

¹ In particolare si veda la mediazione familiare ex art. 155-sexies, comma 2°, codice civile. Nel nostro ordinamento troviamo una specifica definizione di mediazione nel codice civile all'art. 1754 dove appunto si definisce il mediatore come "colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza". In tale ipotesi dunque l'intervento del terzo è finalizzato alla conclusione di un affare e non già alla risoluzione di una controversia.

positivo di questo procedimento, vale a dire l'atto negoziale raggiunto tra le parti e direttamente imputabile a queste ultime. A tal proposito, nonostante a livello internazionale non sia stata raggiunta una convenzione terminologica certa, è fuori di dubbio che i due momenti del procedimento siano interdipendenti e rappresentino, evidentemente, due aspetti dello stesso fenomeno, dal momento che l'accordo finale costituisce il risultato della procedura di mediazione/conciliazione. L'accordo infatti nasce dalla volontà delle parti alle quali si affianca un terzo imparziale il cui ruolo si caratterizza per essere di tipo compositivo; in questa prospettiva, le parti in lite non si vedono riconosciuti torti o ragioni ma si focalizzano sulle possibili opzioni di compromesso che possano chiudere con soddisfazione unanime la controversia insorta.

2. Alcune caratteristiche della mediazione

L'utilizzo di metodologie alternative per la gestione dei conflitti che siano rapide e poco costose rappresenta, come sarà meglio precisato più avanti, una realtà sempre più tangibile e conveniente rispetto agli ordinari strumenti di tutela esperibili dinanzi alle Corti competenti.

In questo contesto, la mediazione si sta saldamente affermando come sistema di risoluzione notevolmente efficace tra privati, società e paesi, a causa di sue importanti peculiarità. Al riguardo, in questa sede se ne vogliono evidenziare in particolare quattro, tra di loro interdipendenti: la volontarietà, la presenza di un terzo compositore privo di potere decisorio autonomo, la riservatezza e la informalità della procedura.

La volontarietà consiste nella libera scelta delle parti di non adire le vie giudiziali. Non vi può, per altro verso, essere alcuna imposizione alle parti in lite di farle accettare una specifica soluzione o di far accettare una via negoziale non conveniente ed in ogni momento queste sono libere di abbandonare "il tavolo delle trattative".

Con riferimento poi all'intervento del terzo, esso è finalizzato al raggiungimento di un accordo senza però che quest'ultimo possa decidere della controversia (distinguendosi dunque dal giudizio ordinario e dall'arbitrato); al riguardo, la mediazione è uno strumento di autocomposizione non avversariale per il tramite appunto di un terzo che aiuta le parti in conflitto, facilitandone la comunicazione e assistendole nella negoziazione, facendone affiorare gli interessi e orientandole verso la ricerca di accordi reciprocamente soddisfacenti. In tale ottica, la figura professionale del mediatore si distingue per la sua neutralità nel corso del procedimento e tale sua posizione neutrale gli fornisce la possibilità di operare in base a principi e non per opportunismo.

La riservatezza o confidenzialità si muove, invece, in due direzioni: esterna ed interna alla mediazione. Nel primo caso si intende che l'oggetto dell'attività conciliativa è sconosciuto al pubblico poiché nulla di quanto detto in quella sede potrà essere divulgato a terzi, neppure in un eventuale futuro giudizio. La riservatezza verso l'interno si sostanzia, altresì, nel fatto che nulla di quanto riferito al conciliatore potrà essere comunicato all'altra parte in lite senza l'autorizzazione esplicita del conferente le informazioni in questione.

Infine, è da sottolineare che il procedimento in esame è libero da qualsiasi appesantimento formalistico, fuori da ogni logica tipica dello schema processuale. L'informalità della conciliazione discende, infatti, direttamente dalla natura meta giudiziale dell'istituto, nel senso che niente di ciò che accade nel corso di una conciliazione è o deve essere codificato.

Bisogna peraltro evidenziare come non sia sempre possibile ricorrere ad uno strumento alternativo di risoluzione delle controversie in considerazione del fatto che vi sono pur sempre dei requisiti che bisogna rispettare.

Al riguardo, in primo luogo, l'oggetto della controversia non deve essere contrario all'ordine pubblico o al buon costume, dovendosi intendere per "ordine pubblico" quello comprendente sia i principi di ordine pubblico in senso stretto sia le norme imperative.

In secondo luogo, è necessaria la disponibilità del diritto. Infatti mentre per la giurisdizione civile non rileva questa ultima caratteristica poiché questa tutela sia il titolare di un diritto disponibile così come il titolare di un diritto indisponibile, nel caso della mediazione l'indisponibilità del diritto rende impossibile esperirla.

In terzo luogo, è sempre necessario il consenso delle parti, che devono quindi rinunciare al ricorso alla giurisdizione statale (vi è da dire però che nel caso di una conciliazione stragiudiziale, le parti godono sempre del diritto di recedere dalla procedura in qualsiasi momento per avvalersi della giurisdizione statale).

3. Excursus storico sugli strumenti di composizione delle controversie

L'esigenza di decongestionare i tribunali mediante forme di soluzione diverse al processo giurisdizionale trae le sue origini da esperienze culturali remote.

L'arte della composizione del "fenomeno conflitto" rappresenta, infatti, una di quelle attività cui l'uomo si è fin da subito interfacciato dal momento in cui ha cominciato a vivere all'interno di una comunità; ed in questa prospettiva, proprio perché si tratta di un'attività che sfiora tutti gli aspetti della vita umana, da quella professionale a quella pubblica e privata, ha origini antichissime la

necessità di sviluppare nei secoli un diritto sul quale si potesse basare l'ordinata convivenza dei popoli, sulla base del noto brocardo "*ubi societas, ibi ius*"².

In proposito, nella Roma del V secolo A.C. la prima delle XII Tavole (il più antico diritto scritto dell'antichità romana), descrive il processo di proposizione e trattazione di un'azione giudiziaria specificando, tra l'altro, che: "*Rem ubi pacunt, orato. Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem caussam coiciunto*". Il richiamo al tentativo di compromesso è dunque evidente già in epoca romana: se le parti in lite trovano un accordo (*pactio*) sull'oggetto del contendere (*rem*), allora il giudice è tenuto a consacrarlo (*orato*) con l'emanazione della sentenza mentre in caso di mancato raggiungimento di un accordo allora si sarebbero adite le vie giudiziali instaurando il processo.

Anche in Oriente, la capacità o meglio l'arte di raggiungere un accordo tra le parti ha sempre rappresentato uno dei principali strumenti per la risoluzione della controversia. Secondo la dottrina di Confucio secondo la quale l'Armonia tra i singoli individui e la società costituisce uno di quei principi fondamentali che ogni Uomo deve rispettare, il conflitto quale turbamento di questa armonia deve essere ripristinato tramite la ricerca volontaria di una soluzione di compromesso.

Nel periodo Medioevale, la Chiesa ha poi rivestito un ruolo determinante ergendosi a mediatore dei contrasti che sorgevano almeno sotto una triplice direzione: all'interno delle comunità locali; nei rapporti tra Regni, Principati e Città Stato grazie al frequente intervento dei legati pontifici; e nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali proprie nell'ambito dei Tribunali Ecclesiastici.

Per avvicinarci a tempi a noi più recenti, dopo l'unificazione del Regno d'Italia, il legislatore con la stesura del codice di procedura civile del 1865 dedica ampio spazio alla composizione bonaria delle controversie, dando vita alla figura della conciliazione e alla figura professionale del giudice conciliatore. Una novità unica nel panorama legislativo del territorio italico da poco unificato, frutto del successo delle precedenti applicazioni in numerose aree della penisola, a partire dal Regno di Napoli che a sua volta si rifaceva al modello francese pre-rivoluzionario. Disciplinato dagli articoli 1-7 del Capo I del Libro I, la caratteristica essenziale del procedimento consisteva nella compresenza della funzione conciliativa con quella giurisdizionale tipica del giudice conciliatore³.

Come emerge da questo breve excursus storico, la gestione dei conflitti ha quasi sempre trovato la sua spontanea collocazione all'interno di un procedimento giurisdizionale statale. Quindi, anche le forme di composizione delle controversie di tipo non giurisdizionale sono state identificate in

² La locuzione deriva dalla frase "*Ubi homo, ibi societas. Ubi societas, ibi ius. Ergo ubi homo, ibi ius*", vale a dire il principio di origine romanistico che allude alla necessità dell'"animale sociale" di servirsi di regole giuridiche per poter convivere in una società organizzata.

³ Sul punto cfr *amplius* G. Di Rago, M. Cicogna e G. N. Giudice, *Manuale delle tecniche di mediazione nella nuova conciliazione*, Maggioli, 2010

maniera diversificata nel processo ed etichettate generalmente come forme di conciliazione giudiziale.

4. Metodi alternativi di risoluzione nei tempi moderni: dagli ordinamenti giuridici di Common law a quelli di Civil law

I metodi stragiudiziali di risoluzione delle liti sono stati diversamente trattati, da un lato, negli ordinamenti giuridici di “*Common Law*” e, dall’altro lato, in quelli di “*Civil Law*”, trovando certamente terreno più fertile e maggiore considerazione nei primi⁴.

Al riguardo, nel mondo anglosassone da sempre è presente il riferimento all’acronimo ADR con il quale si intende quel complesso di strumenti di composizione delle controversie alternativi al tradizionale ricorso alle vie giudiziali, ed in tale ottica i Paesi basati su un sistema di “*Common Law*” hanno sviluppato ormai da più di mezzo secolo una efficace esperienza circa le tecniche di gestione e soluzione alternativa della soluzione registrando tassi di successo molto elevati.

Già nel 1887 il Governo Federale americano promulgò la “*Intestate Commerce Act*”, incentivando la mediazione in ambito commerciale e ideando uno escamotage finalizzato alla volontaria sottoposizione delle controversie sindacali tra le compagnie ferroviarie e i loro dipendenti e successivamente nel 1925 il Congresso approvò la *Federal Arbitration Act* che regolava l’arbitrato di controversie su contratti commerciali.

È però nel secondo dopoguerra che si assiste in America ad un exploit casistico in materia di mediazione e arbitrato. Un successo che ha trovato formale riconoscimento, prima, in occasione della modifica del Titolo 28° della Carta dei Diritti, che ha stabilito che “gli strumenti di ADR hanno la prevalenza su qualsiasi procedura contenziosa”⁵ e, poi, nell’*Alternative Dispute Resolution Act*” del 1998, il quale ha consacrato il successo della cultura alternativa della gestione del conflitto nella società americana.

Sulla spinta di un tale successo, anche il legislatore inglese si è reso protagonista di una serie di atti tesi alla diffusione su scala nazionale degli strumenti di ADR. Fu la commissione Woolf che,

⁴ A. Sguaini, A. Marighetto e M. Preditis, *Arbitrato, Mediazione e Conciliazione: differenze e somiglianze alla luce di una prospettiva internazionale ed italiana*, in www.bridge-mediation.com

⁵ Per una più dettagliata analisi concernente l’utilizzo degli strumenti alternativi di composizione delle controversie nelle varie epoche storiche si rinvia a A. Bruni, *La conciliazione delle controversie: un metodo antico con un cuore moderno*, in *Mediaries, Semestrale sulla Mediazione*, n. 5/2205, Dedalo, Bari, pp. 163 ss.

incaricata di elaborare un progetto di riforma della procedura civile inglese al fine di porre rimedio alla “crisi della giustizia” per fronteggiare i costi proibitivi e l’eccessiva lentezza del processo, portò nel 1999 all’approvazione dell’insieme delle “*Civil Procedure Rules*”, ammettendo la possibilità di esperire un tentativo di conciliazione ad opera di un terzo indipendente per la risoluzione del conflitto (conciliazione delegata).

Passando ai Paesi basati su un sistema di *Civil Law*, un percorso simile si è registrato anche in Francia. Qui si parla più propriamente di *Modes alternatifs de règlement des conflits* (MARC) ed il 18 dicembre del 1998 viene emanata la legge relativa all’accesso al diritto e alla risoluzione in via amichevole dei conflitti. Sul punto è opportuno delineare la distinzione formale tra *conciliation* e *mediation* alla quale si ricollegano due fenomeni distinti ma alternativi al processo civile tradizionale. Il primo in particolare è lo strumento di risoluzione amichevoli di liti più radicato nell’ordinamento francese e può svolgersi a seconda dei casi in sede giudiziale e stragiudiziale. Più recente è invece l’esperienza francese in materia di *mediation*, con riferimento alla quale, a differenza del conciliatore, il *mediateur* non è una figura istituzionale ma un soggetto privato dotato di una sua specificazione tecnica.

In Spagna, gli istituti della conciliazione e mediazione non hanno ancora trovato una loro specifica concretizzazione normativa, anche se è stato recentemente redatto un progetto di legge in attuazione della Direttiva Europea 52/2008. La conciliazione sarebbe anche qui facoltativa a pena di improcedibilità ma i poteri del mediatore tuttavia si limitano al controllo di conformità ai dettami giuridici dell’eventuale accordo raggiunto, senza aver alcun potere di proposta a riguardo.

A differenza dei precedenti sistemi passati in rassegna, il sistema giuridico tedesco ha invece subito in misura minore l’influenza travolgente della “giustizia alternativa”. Infatti, il giudice tedesco esercita tradizionalmente una funzione conciliativa all’interno del processo e nell’ambito dei suoi poteri di direzione, contribuendo in maniera determinante alla deflazione dei carichi giudiziari. Questo ha comportato lo scarso interesse del legislatore tedesco al ricorso a forme di conciliazione alternative verso modelli stragiudiziali, sebbene sia al vaglio del Governo la prima legge nazionale sulla mediazione.

Tuttavia, a parte il modello tedesco, generalmente la tecnica della mediazione ha riscosso e sta riscuotendo grandi consensi e, pertanto, sulla spinta di un tale successo anche l’Unione Europea ha sollecitato interventi legislativi ad hoc prendendo le mosse dalla disciplina dei procedimenti di ADR. Ne è un esempio il Codice europeo di condotta per mediatori in materia civile e commerciale, presentato il 2 luglio del 2004 e successivamente l’emanazione il 22 ottobre del 2004 di una Proposta di Direttiva CE del Parlamento Europeo e del Consiglio sempre in materia civile e commerciale.

5. L'esperienza italiana

Per quanto concerne l'Italia, come già accennato, la mediazione/conciliazione al pari dell'arbitrato, era prevista già nel Codice di Procedura Civile del 1865 (più precisamente all'inizio del codice stesso) quasi a sottolinearne l'importanza in un contesto di giustizia civile che avrebbe dovuto vedere come protagonista, non solo lo Stato in maniera accentrata ma anche una serie di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie. Nel codice del 1942 però, si afferma una tendenza contraria, in linea con un'ottica di enfattizzazione del monopolio statale: la mediazione/conciliazione così viene accantonata mentre l'arbitrato viene relegato nell'ultima parte del codice.

Questa tendenza però si è dovuta scontrare con la realtà internazionale sopra evidenziata; inoltre, è stata messa recentemente in discussione l'idea stessa di un monopolio statale nel campo della giustizia civile, sostituendo attraverso un'accurata attività di interpretazione degli articoli 24 e 111 della Costituzione italiana il cosiddetto "principio di sussidiarietà" al "principio di priorità". Sostanzialmente si è affermato che gli articoli sopracitati non connotano un sistema di giustizia civile "statico" (in cui il ricorso al giudice si configurerebbe come l'unico e immediato rimedio esperibile) ma un sistema di tipo "dinamico" (in cui il ricorso al giudice si configurerebbe come esperibile solo quando non sia possibile risolvere la controversia con strumenti alternativi).

Sono state queste considerazioni, nonché i dati fattuali come emergenti dagli altri ordinamenti, a condurre - a livello comunitario - al recepimento della Direttiva Comunitaria 52/2008 sulla "mediazione nelle controversie transfrontaliere" ed - a livello interno - alla emanazione del D. Lgs. n. 28/2010 sulla "mediazione in materia civile e commerciale". In questa medesima prospettiva si è collocata anche la opzione, di cui alla Legge n. 580/1993, per le Camere di Commercio di promuovere la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e tra queste e consumatori/utenti finali.

Certamente questo "*favor*" legislativo per la mediazione/conciliazione porterà risultati apprezzabili ove solo si consideri che l'Italia indossa la maglia nera nel processo civile⁶ laddove invece i vantaggi propri della mediazione (vale a dire, *in primis*, i costi ridotti e la rapidità della procedura) saranno indubbiamente i capisaldi della gestione di ogni conflitto.

⁶ Basti pensare che secondo fonti autorevoli, indirettamente confermate da uno studio della Commissione europea per l'efficienza della Giustizia, nell'anno 2008 in Italia il numero di controversie arenate davanti ai tribunali di primo grado era infatti di 3.687.965 mentre ad esempio in Germania era di sole 544.751 ed in Spagna di 781.754