ISSN 1127-2872

PUBBLICAZIONE SEMESTRALE ANNO XVIII
N. 1 GENNAIO - GIUGNO 2013

Tariffa R.O.C Poste Italiane s.p.a. - Sped. in abb. post. - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n°46) art. I, comma I, DCB Milano

Contratto e impresa / Europa

Rivista fondata da F. Galgano e M. Bin

diretta da M. Bin e G. Ajani

- Contratto: uniformazione del diritto contrattuale europeo; *jus poenitendi*; rilevanza dei motivi nei sistemi tedesco e francese; vizi del bene venduto in contratto italo-francese
- Vendita internazionale: rimedi all'inadempimento; vizi di conformità; CISG; convenzione ONU e arbitrato; usi
- Garanzie mobiliari
- Protezione dei dati personali
- Mediazione
- Certificato successorio europeo
- Aiuti di stato
- Efficienza della giustizia: il "programma Strasburgo"
- Circolazione di titoli dematerializzati nel diritto inglese
- Riforma del diritto marittimo tedesco
- La legge comunitaria (2012)

2013

CEDAM

U.N. Guidance for effective mediation

1. – *Premessa*

"*Mediation is one of the most effective methods of preventing, managing and resolving conflicts*": con queste parole l'attuale Segretario generale delle Nazioni Unite, Ban Ki-moon, introduce la *United Nations Guidance for effective mediation* (in appresso, le "Linee-guida").

Tale documento costituisce un allegato al rapporto *Strengthening the role of mediation in the peaceful settlement of disputes, conflict prevention and resolution*, presentato dallo stesso Segretario all'Assemblea Generale il 25 giugno 2012 ([1]), in adempimento al mandato conferitogli mediante la risoluzione 65/283.

I conflitti qui presi in considerazione sono quelli armati, di natura dunque ben diversa rispetto a quelli che insorgono nelle relazioni commerciali tra soggetti privati, cui in passato l'Assemblea Generale aveva dedicato la propria attenzione approvando il *Modello di legge uniforme sulla conciliazione/mediazione delle controversie commerciali internazionali* ([2]), elaborato dalla Commissione UNCITRAL con il fine di promuovere l'armonizzazione delle leggi nazionali su tale materia.

Ciò nonostante, i principi che emergono dalle nuove Linee-guida sono di sicuro interesse – *mutatis mudandis* – anche per chi si interessa delle modalità di risoluzione alternativa (*A.D.R. – Alternative Dispute Resolution*) al ricorso in giustizia per le liti in materia civile e commerciale. Sebbene esse siano fortunatamente meno cruente degli scontri armati, si tratta pur sempre di conflitti tra esseri umani, che agiscono talora come singoli individui, ma molto spesso quali membri di organizzazioni più ampie, quali famiglie, società commerciali e altri raggruppamenti collettivi. Essendo liti comunque scaturenti da rapporti interpersonali, ci si trova sempre – tanto per i conflitti armati, quanto per quelli in materia civile e commerciale – in si-

---

([1]) Nazioni Unite, Assemblea Generale, documento A/66/811.

([2]) Nazioni Unite, Assemblea Generale, risoluzione A/RES/57/18, adottata il 19 novembre 2002, su cui mi permetto di richiamare il mio commento *Brevi note al modello di legge uniforme UNCITRAL sulla conciliazione/mediazione delle controversie commerciali internazionali*, in *questa rivista*, 2003, p. 1341.

tuazioni costituenti dei sistemi complessi ([3]), la cui gestione può essere affrontata in modo appropriato solo se si adotta uno strumento che tenga debito conto di siffatta loro caratteristica strutturale.

La mediazione risponde a tale esigenza, rivelandosi in buona sostanza una modalità sistemica per la soluzione dei conflitti, al contrario degli scontri armati o di quelli nelle aule giudiziarie, che rispettivamente rappresentano le soluzioni di tipo lineare (basate cioè sui principi di causa-effetto) alle due diverse tipologie di conflitti in questione.

Proprio per tale motivo si attribuisce talora all'acronimo *A.D.R.* il significato di *Appropriate Dispute Resolution*.

Il ricorso alla mediazione è stato ulteriormente valorizzato dal legislatore europeo nella recentissima direttiva sui diritti delle vittime di reati penali, ove si riconosce loro il diritto stesso all'accesso a servizi di giustizia riparativa sicuri e competenti ([4]). Queste situazioni appaiono in un certo senso intermedie tra le due tipologie di conflitti che stiamo considerando.

In quanto strumento idoneo per gestire situazioni conflittuali che configurano dei sistemi complessi, la mediazione deve necessariamente presentare tutta la flessibilità necessaria per adeguarsi alle specifiche circostanze di ogni singolo caso ([5]). Ciò fermo, la mediazione – pur con tutte le differenze scaturenti dall'esigenza appena illustrata e dagli approcci metodologici di volta in volta seguiti – presenta alcuni elementi di fondo costanti.

Guardando allora con quest'ottica alle Linee-guida, diviene possibile estrapolarvi utili indicazioni per capire quali sono gli elementi-chiave, che consentono di operare in modo efficace anche una mediazione finalizzata a risolvere una controversia in materia civile e commerciale.

In altre parole: quali caratteristiche deve possedere una mediazione in quest'ultimo contesto, per rispondere nel modo più effettivo possibile alla propria missione? Questa sarà dunque la chiave di lettura che seguiremo nel presentare le Linee-guida. Procederemo anche a compararle – ove possibile – con alcune importanti fonti per le liti di nostro specifico interesse: ciò consentirà di rilevare una significativa convergenza di contenuti.

([3]) Per una presentazione della teoria dei sistemi complessi: GANDOLFI, *Formicai, imperi, cervelli – Introduzione alla scienza della complessità*, Torino, 1999.

([4]) Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, *che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI*, in G.U.C.E., L 315, del 14 novembre 2012, p. 57: si vedano i *considerando* 9 e 46 ("*I servizi di giustizia riparativa, fra cui ad esempio la mediazione vittima-autore del reato, il dialogo esteso ai gruppi parentali e i consigli commisurativi, possono essere di grande beneficio per le vittime, ma richiedono garanzie volte ad evitare la vittimizzazione secondaria e ripetuta, l'intimidazione e le ritorsioni...*") nonché l'art. 12.

([5]) Linee-guida, p. 3, ove si evidenzia: "*each situation must be approached differently*".

2. – *La logica della mediazione*

La mediazione viene definita come "una procedura dove una terza parte assiste due o più parti, con il loro consenso, a prevenire, gestire o risolvere un conflitto, aiutandole a sviluppare accordi che sono per loro reciprocamente accettabili" (6). Tale definizione ricorda molto quella contenuta nella direttiva 52/2008/CE sulla mediazione delle controversie trasfrontaliere in materia civile e commerciale (7), con la differenza che quest'ultima non pregiudica tuttavia la facoltà dei legislatori nazionali di rendere obbligatorio il ricorso alla mediazione, come aveva fatto il Governo italiano (8).

Siffatta differenza si spiega innanzitutto con la circostanza che, in un conflitto armato, non vi è modo per costringere le parti a mediare, in quanto ciò implicherebbe l'uso della forza, e cioè il ricorso proprio a quella violenza che si cerca di evitare. Per contro, nell'ottica di una controversia civile o commerciale, la questione non si pone negli stessi termini, in quanto il legislatore dispone di mezzi non cruenti (introdurre una condizione di procedibilità, ad esempio) per imporre alle parti detto obbligo. Di conseguenza, nell'ambito di queste ultime liti, il problema non concerne tanto la natura stessa della mediazione, spostandosi maggiormente sul piano della sua efficacia. Peraltro anche le Linee-guida evidenziano come la mancanza di consenso nelle parti a partecipare ad una mediazione rende improbabile che esse negozino in buona fede oppure si impegnino realmente nelle trattative (9). I buoni mediatori sanno che in simili circostanze tale ostacolo può essere superato nel momento in cui le parti divengono consapevoli del cosiddetto *W.A.T.N.A.* (*worst alternative to a negotiated agreement*), e cioè quale sarebbe per loro la conseguenza peggiore al mancato raggiungimento di un accordo. Tuttavia, non è scontato che ciò basti a rimuovere i blocchi presenti nei litiganti.

Secondo le Linee-guida, i presupposti per una mediazione efficace risiedono nell'esistenza di un adeguato ambiente, ove le parti vengono real-

---

(6) Linee-guida, p. 4.

(7) Art. 3, comma 1, lettera *a*) della direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, *relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale* (G.U.C.E., L 136, del 24 maggio 2008, p. 3): da ora semplicemente la "Direttiva", su cui il mio commento *I sistemi ADR nell'ottica del legislatore comunitario*, in *questa rivista*, 2009, p. 59, nonché nel libro Aa.Vv., *La mediazione nelle liti civili e commerciali – Metodo e regole*, Milano, 2010.

(8) Art. 5, comma 1, del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, dichiarato incostituzionale per eccesso di delega dalla Corte Costituzionale con sentenza 24 ottobre-6 dicembre 2012, n. 272.

(9) Linee-guida, p. 8.

mente messe in grado di riavvicinarsi ed iniziare a cooperare. I risultati stessi della mediazione sono riconosciuti come elastici, in quanto il contenuto di un eventuale accordo (che rappresenta comunque un successo) può tanto ridursi solo ad alcuni specifici aspetti del conflitto quanto individuare una soluzione globale.

Il ruolo del mediatore è sì centrale, ma non assorbente, poiché parimenti importante è – come si dirà in appresso – quello svolto dagli altri soggetti coinvolti nel conflitto (i cosiddetti "*stakeholders*"), che siedono o meno al tavolo della mediazione ([10]). Situazione ovvia, nel momento in cui si guarda ad una lite come ad un contesto di natura sistemica, nel quale tutti i soggetti – comunque coinvolti – influiscono necessariamente sulla sua dinamica, a prescindere da qualsiasi rilievo sulla sussistenza di una loro legittimazione sul piano giuridico.

Ciò posto, l'influenza del mediatore dipende essenzialmente dalla qualità della relazione che riesce ad instaurare con le parti: normalmente egli ha il potere di formulare proposte circa la conduzione della mediazione, mentre appare decisamente più limitato e variabile quello di fornire indicazioni di natura sostanziale, vertenti cioè sul contenuto stesso di un eventuale accordo.

La mediazione viene concepita come un'attività nello stesso tempo elastica e strutturata, che ha spesso inizio in epoca ben anteriore ai primi incontri congiunti tra le parti. Preliminarmente a tale momento, infatti, il mediatore ricorre in modo informale ad incontri separati con le parti stesse e gli altri *stakeholders*, in modo da creare poco per volta i presupposti per favorire l'accettazione della mediazione in tutti coloro che ne sono coinvolti. Ciò presuppone una notevole libertà di azione per il mediatore, il quale deve essenzialmente solo preoccuparsi di non pregiudicare con tale sua attività la percezione della propria neutralità in capo alle parti stesse.

Per risultare efficace, inoltre, la mediazione deve tenere in debita considerazione le peculiari specificità di ogni singolo conflitto. Cosa che implica per il mediatore il prestare attenzione a vari elementi. In primo luogo, alle cause ed alle dinamiche del conflitto. In secondo luogo, alle posizioni ed agli interessi delle parti coinvolte ed degli *stakeholders*, ma anche alla coerenza con cui tutti essi partecipano alla mediazione stessa. In terzo luogo, alle regole imperative poste dagli ordinamenti giuridici rilevanti per le parti in lite (per le Linee-guida, questi ultimi sono essenzialmente rappresentati dai principi stabiliti dal diritto internazionale a tutela dei diritti umani e per la repressione dei crimini contro l'umanità ([11])).

([10]) Linee-guida, p. 11.

([11]) Linee-guida, p. 16.

In considerazione di quanto sopra, la pratica della mediazione è riconosciuta come un'attività fortemente specializzata. La propria alta professionalità consente innanzitutto al mediatore di muoversi in modo utile per instaurare nelle parti la fiducia nei confronti della mediazione, facendola percepire come una modalità realmente atta a consentire loro l'uscita dal conflitto. Inoltre, egli dispone delle competenze necessarie a favorire l'interazione fra le parti e l'insorgere di una collaborazione generativa: presupposto per il successo di siffatta azione sono le sue capacità di ascolto e dialogo, che non scaturiscono affatto da mera improvvisazione. Un buon mediatore si preoccupa altresì che tutte le parti coinvolte si trovino nelle condizioni sufficienti per negoziare in modo consapevole. In simili condizioni, quando egli è anche ben informato, paziente, imparziale e discreto, il mediatore diviene il soggetto che meglio riesce ad aiutare le parti che negoziano a pervenire ad un accordo.

Nonostante ciò, il mediatore rischia di fallire, se non viene adeguatamente supportato nell'ambiente in cui si muove. In altre parole, se – per qualunque ragione – la mediazione viene boicottata oppure osteggiata da componenti significative della società civile (a livello regionale, nazionale o internazionale) in cui le parti vivono o di cui queste ultime subiscono l'influenza, difficilmente esse accettano di dare corso alla mediazione stessa ovvero vi partecipano senza convinzione, nonostante gli sforzi profusi dal mediatore stesso. Lampante come le ripercussioni negative di simile situazione vadano però a discapito solo delle parti in lite e non di chi boicotta invece la mediazione. Nel caso dei conflitti armati, ad esempio, la mediazione di un sanguinoso conflitto, in essere in un determinato Stato, può venire ostacolata dall'influenza esercitata da altri lontani paesi, e ciò per ragioni strategiche rispondenti unicamente agli interessi economici o politici di questi ultimi. A scontare la situazione, tuttavia, sono solo le vittime prodotte dal conflitto armato nel luogo ove avvengono gli scontri. Nel caso delle controversie in materia civile e commerciale, il boicottaggio a livello sociale della mediazione si traduce (fortunatamente solo) nel pregiudizio degli interessi personali ed economici dei litiganti, resi incapaci a definire il loro conflitto mediante un accordo vantaggioso per entrambe ([12]).

Le Linee-guida riconoscono pertanto che non ogni conflitto è risolvibile mediante la mediazione. Gli ostacoli sono essenzialmente riconducibili a tre diverse tipologie. Prima, le parti devono essere disponibili alla negoziazione. Seconda, è necessario che il mediatore venga da loro accettato

---

([12]) Sul punto, si veda il mio scritto *Contributo al dibattito sulla mediazione civile e commerciale*, in *questa rivista*, 2011, p. 123, ove riporto un breve estratto testuale da una pubblicazione di Draetta.

e che egli sia credibile nonché supportato dalla società circostante. Terza, non sussistano boicottaggi verso la mediazione.

3. – *Gli elementi fondamentali della mediazione*

Esaurita la succinta disamina generale della logica caratterizzante la mediazione, le Linee-guida passano ad approfondire i singoli elementi su cui essa si fonda, individuandone sette. Procederemo anche noi con lo stesso ordine, tralasciando però la disamina relativa all'appropriazione sul piano nazionale dei procedimenti di mediazione, in quanto sembra un aspetto strettamente peculiare alle azioni promosse a livello internazionale dalle Nazioni Unite per promuovere il componimento di conflitti armati regionali o locali.

3.1. – *Preparazione*

Una mediazione efficace non si improvvisa affatto ([13]).

Al contrario, un mediatore professionista è ben conscio della necessità di preparare scrupolosamente il proprio intervento.

Non essendo predeterminabile l'esito della mediazione (circostanza connaturale a tutti i sistemi complessi, le cui evoluzioni a lungo termine sono imprevedibili e pertanto non controllabili ([14])), esso non concerne l'oggetto dei lavori preparatori. Questi ultimi vertono invece sullo sviluppo delle strategie da utilizzare nelle diverse fasi della mediazione, quali i pre-negoziati, la trattativa vera e propria e l'eventuale attuazione degli accordi raggiunti. Ciò richiede un'analisi approfondita e completa del conflitto nonché una mappatura di tutti i soggetti da esso interessati.

"*Siccome il processo di mediazione non è mai lineare e non tutti gli elementi possono essere completamente controllati*" ([15]), le strategie adottate debbono essere flessibili, in modo da rispondere tempestivamente ai cambiamenti del contesto in cui si opera.

La preparazione consente quindi al mediatore di raggiungere importanti risultati: condurre e monitorare la mediazione, rinforzare – ove necessario – le capacità negoziali delle parti in conflitto e degli altri *stakeholders* nonché aiutarli nell'individuare i termini di un accordo.

Un mediatore – adeguatamente preparato e ben supportato – è quindi

---

([13]) Linee-guida, p. 6.

([14]) Gandolfi, *op. cit.*, p. 99.

([15]) Linee-guida, p. 6.

in grado di gestire le aspettative delle parti, mantenendo un senso di urgenza per la definizione della trattativa, da un canto, ma evitando soluzioni affrettate, dall'altro. Inoltre, un simile approccio gli consente sia di cogliere le opportunità che si presentano durante la mediazione, sia di far fronte alle difficoltà che normalmente insorgono nel suo corso.

Tali principi, unitamente a quelli già evidenziati illustrando la logica generale della mediazione, trovano espressione in numerose altre fonti, specifiche per le controversie in materia civile e commerciale.

Il Codice Europeo per i Mediatori (16) pone innanzitutto loro il compito di preoccuparsi che tutte le parti abbiano adeguate opportunità di essere coinvolte nella procedura (17). Inoltre, l'obbligo di gestire adeguatamente la procedura implica che il mediatore tenga altresì conto di tutte le circostanze del caso, ivi comprese le regole di legge applicabili, i desideri delle parti nonché la necessità di definire rapidamente la controversia (18). Quanto alla competenza, il Codice Europeo richiede che i mediatori conoscano a fondo il procedimento di mediazione, grazie ad una formazione adeguata e ad un continuo aggiornamento della propria istruzione e pratica nelle capacità di mediazione, avuto riguardo alle norme pertinenti ed e ai sistemi di accesso alla professione (19). Prima della loro nomina, i mediatori devono anche assicurare le parti di essere preparati a condurre il procedimento relativo al caso loro affidato, rivelando le informazioni utili ad effettuare tale valutazione. Non sembra tuttavia richiesta una specifica competenza tecnico-giuridica sulla materia oggetto del contendere.

Per gli Standards Americani (20), le norme deontologiche sulla qualità del processo di mediazione (21) rappresentano l'elemento con cui vanno contemperati i principi posti a tutela dell'autodeterminazione delle parti (22). Come regola di fondo, la salvaguardia di detta qualità implica innan-

---

(16) Esso costituisce un codice deontologico di autoregolamentazione, la cui adesione è volontaria. In Italia, alcuni Organismi di mediazioni l'hanno adottato quale *Codice etico*, così assolvendo ai precetti posti dall'art. 16, comma 3, del d.lgs. 28/2010. Il Codice Europeo è stato elaborato nell'anno 2004 da varie associazioni di mediatori, con gli ausili tecnici della Commissione Europea (pubblicato solo internet al seguente indirizzo: *http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.htm*). Nell'anno 2009 il Codice è stato oggetto di una rivisitazione linguistica, senza però modificazioni alla sostanza del suo contenuto.

(17) Codice Europeo, art. 3.2.

(18) Codice Europeo, art. 3.1.

(19) Codice Europeo, punto 1.1.

(20) *Model standards of conduct for mediators*, adottato dall'American Arbitration Association, dall'American Bar Association e dall'Association for Conflict Resolution.

(21) Standard VI.

(22) Standard I, lettera *A*), punto 1.

zitutto una diligente conduzione della mediazione, con soddisfacente tempistica e con modalità tali da assicurare sicurezza alle parti. Inoltre, è richiesto al mediatore di curare che nella procedura vengano coinvolti i soggetti appropriati (ciò implica l'individuazione di tutti gli *stakeholders*) e che alle parti sia dato modo di partecipare adeguatamente alla mediazione. Ancora, la qualità del processo presuppone la sua correttezza nonché una partecipazione consapevole dei litiganti ed il mutuo rispetto fra tutte le parti, che il mediatore è tenuto a promuovere. Gli Standards Americani ([23]), evidenziano altresì che il mediatore ingenera nelle parti l'affidamento di essere in grado di trattare il loro caso. Ciò fermo, detti Standards aggiungono che qualunque soggetto può agire come mediatore, purché egli sia competente e la sua preparazione soddisfi le parti, le quali hanno diritto ad essere informate in proposito. Ciò parimenti esclude la necessità che il mediatore disponga di una specifica competenza tecnico-giuridica sulla materia oggetto del contendere. Peraltro, gli Standards enunciano espressamente anche l'obbligo del mediatore di interrompere la propria attività, dismettendo il caso, qualora durante la conduzione del procedimento egli si accorga di non avere le necessarie capacità. Gli Standards mostrano pure particolare sensibilità verso il miglioramento continuo della formazione professionale del mediatore ([24]), risultato ritenuto conseguibile mediante una o più delle seguenti attività: mediare liti di diversa tipologia; favorire l'accesso ai servizi di mediazione, praticandola a tariffe agevolate o gratuitamente a chi bisognoso; partecipare alla ricerca; preoccuparsi di ottenere riscontri e valutazioni dai propri clienti; promuovere la conoscenza ed il ricorso alla mediazione tra il pubblico; aiutare i giovani professionisti, concorrendo alla loro formazione, creando occasioni di tirocinio, supervisionandoli e coinvolgendoli in lavori di gruppo.

Per la Direttiva comunitaria, al mediatore è richiesto di svolgere efficientemente la propria funzione. Essa impone agli Stati membri di garantire che tali professionisti conducano la loro attività in modo efficace e competente. A tal fine, due sono i fronti di azione delineati dalla Direttiva: la formazione iniziale e continua ([25]); l'individuazione di criteri atti a consentire un controllo sulla qualità del servizio prestato, il che implica anche l'adozione e l'ottemperanza ai codici deontologici ([26]).

Inoltre, agli Stati membri viene altresì richiesto di promuovere qualsiasi altro meccanismo utile ad assicurare il controllo qualitativo, chiarendo che

---

([23]) Standard IV nonché Standard VI, punto A, numeri 1 e 2.

([24]) Standard IX.

([25]) Art. 4, comma 2, nonché *considerando* 16 alla Direttiva.

([26]) Art. 4, comma 1, e *considerando* 17 alla Direttiva.

ciò potrebbe anche avvenire ricorrendo a soluzioni basate sul mercato e non necessariamente finanziate mediante l'esborso di fondi pubblici ([27]).

Approvando una risoluzione in merito allo stato di attuazione di tale Direttiva negli Stati membri ([28]), il Parlamento Europeo ha evidenziato a sua volta "*la necessità stabilire norme comuni per l'accesso alla professione di mediatore per promuovere una migliore qualità della mediazione e assicurare standard di formazione professionale elevati e l'accreditamento in tutta l'Unione*" ([29]).

Fermo il rispetto della libera autodeterminazione delle parti, il Modello UNCITRAL attribuisce al mediatore il potere di organizzare e disciplinare il procedimento da lui condotto. Egli è comunque tenuto a rispettare i desideri espressi al riguardo dalle parti. In ogni caso, il mediatore deve garantire un equo trattamento a ciascuno dei litiganti, tenendo all'uopo in considerazione le circostanze del caso ([30]).

L'accedere a competenti servizi di giustizia riparativa è infine un vero e proprio diritto riconosciuto ai singoli dalla direttiva sulla protezione delle vittime nei procedimenti penali ([31]). Anche il TAR Lazio concorda nel ritenere l'attività di mediazione una "nuova professione", aperta anche (ma non solo) a chi svolge quella forense nonché caratterizzata dal possesso di specifici requisiti tecnico-professionali, che non collimano affatto con quelli propri degli avvocati, essendo invece ben distinti da questi ultimi ([32]).

3.2. – *Consenso*

Concepita – per i motivi in precedenza illustrati – come un procedimento volontario, per essere effettiva la mediazione richiede il consenso delle parti.

Secondo le Linee-guida ([33]), mancanza di quest'ultimo può essere riconducibile anche ai dubbi che esse nutrono in merito all'integrità, alla sicurezza ed alla riservatezza della mediazione ovvero in relazione al profilo ed alla professionalità del mediatore e dell'organismo cui egli appartiene.

([27]) Art. 4, comma 1, e *considerando* 17 alla Direttiva.

([28]) Risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2011 *sull'attuazione della direttiva sulla mediazione negli Stati membri, impatto della stessa sulla mediazione e sua adozione da parte dei tribunali* (P7_TA(2011)0361), da me annotata in *La Mediazione*, 2012, p. 118.

([29]) Punto 20 della *Risoluzione* di cui alla nota precedente.

([30]) Modello UNCITRAL, art. 6.

([31]) Direttiva 2012/29/UE, cit., art. 12, comma 1.

([32]) TAR Lazio, sez. terza-*quater*, sentenze 29 ottobre 2012, nn. 8854, 8855 e 8858.

([33]) Linee-guida, p. 8.

Il consenso, seppure inizialmente presente, non rappresenta comunque una garanzia di un pieno impegno delle parti nella mediazione. Spesso il consenso viene concesso da loro in modo graduale, limitandolo inizialmente alla discussione su alcuni argomenti specifici, cosa che può pero essere prodromica all'apertura verso una trattativa su temi maggiormente ampi e comprensivi.

Una volta conferito, il consenso non è mai definitivamente acquisito, poiché nulla garantisce contro il suo ritiro. Strumenti utili a mantenerlo sono la trasparenza e la coerenza nell'azione del mediatore, così come l'adottare misure utili al fine di aumentare la sua confidenza con i litiganti e la loro stessa reciproca fiducia.

Talora le parti rigettano la mediazione poiché non ne comprendono il significato e l'utilità, magari anche a causa delle operazioni di disinformazione e di boicottaggio condotte da altri componenti della società civile, cui i litiganti appartengono. Pertanto diviene spesso dirimente se le parti riescono facilmente accedere ad informazioni obiettive sull'esistenza e sulla natura dei procedimenti di mediazione eventualmente a loro disposizione ([34]).

Sensibile al riguardo, a sua volta la Direttiva comunitaria sulla mediazione civile e commerciale obbliga pertanto gli Stati membri ad incoraggiare, in qualsiasi modo ritengano appropriato, la divulgazione al pubblico – in particolare via internet – di informazioni sulle modalità per contattare i mediatori e le organizzazioni che forniscono servizi di mediazione ([35]).

Per la direttiva sulla protezione delle vittime nei procedimenti penali, il diritto dei singoli ad accedere alla mediazione è ovviamente fondato sul consenso, che può essere revocato in qualsiasi momento ([36]). Affinché le vittime decidano in modo realmente libero, detta direttiva riconosce altresì ai singoli il diritto ad esprimere un consenso informato: ciò implica il ricevere informazioni complete e obiettive in merito al procedimento stesso di giustizia riparativa e al suo potenziale esito, così come sulle modalità di controllo dell'esecuzione di un eventuale accordo da esso scaturente ([37]). Pure quest'ultima direttiva richiede agli Stati membri di facilitare il rinvio dei casi, se opportuno, ai servizi di giustizia riparativa, anche stabilendo procedure o orientamenti a tal fine ([38]).

Dal canto suo, nel campo delle controversie civili e commerciali il legi-

---

([34]) Linee-guida, p. 8.

([35]) Art. 9 della Direttiva.

([36]) Direttiva 2012/29/UE, cit., art. 12, comma 1, lettera *a*).

([37]) Direttiva 2012/29/UE, cit., art. 12, comma 1, lettera *b*).

([38]) Direttiva 2012/29/UE, cit., art. 12, comma 2.

slatore italiano ha pure fatto obbligo agli avvocati di informare i propri clienti in merito alla loro possibilità di avvalersi della mediazione ([39]). Il punto diviene allora come ciò venga concretamente assolto, e cioè se l'informativa è data in modo sostanziale ovvero ci si limita a trattarla come uno dei tanti meri (e fastidiosi) adempimenti formali.

In Italia, ove la mediazione non ha avuto vita facile dopo l'adozione del decreto legislativo che l'ha regolamentata nel 2010 ([40]), la situazione sembra divenuta addirittura più confusa in questi ultimi mesi, per effetto della recentissima legge di riforma dell'ordinamento forense, in quanto quest'ultima ha previsto che il consiglio di ciascun ordine circondariale degli avvocati possa costituire "*camere arbitrali, di conciliazione ed organismi di risoluzione alternativa delle controversie*" ([41]).

In primo luogo, ci si interroga sul se le "*camere di conciliazione*" in questione sono la stessa cosa degli "*organismi di mediazione presso i tribunali*", che i consigli degli ordini hanno già istituito per effetto della vigente legge sulla mediazione ([42]). Se la risposta dovesse essere negativa, la domanda diviene in cosa le nuove camere differiscono dai vecchi organismi o, meglio, che tipo di attività possano esercitare le prime, posto che la quella dei secondi è proprio la conduzione dei procedimenti di mediazione.

In secondo luogo, non si nasconde una certa sorpresa per detta previsione contenuta nella legge sull'ordinamento forense, soprattutto perché è stata fortemente voluta dai rappresentanti dell'Avvocatura italiana. In effetti, se si considera la capillare diffusione territoriale di tali ordini (ne sussiste tradizionalmente uno presso ogni sede di tribunale) e la loro significativa capacità economica (costituita dai contributi che obbligatoriamente devono versare gli iscritti ogni anno), la circostanza che adesso detti soggetti abbiano la facoltà di costituire anche delle "*camere arbitrali*" rappresenta forse un significativo passo verso la cosiddetta "privatizzazione della giustizia". Il palesare quest'ultimo aborrito scenario era però proprio uno degli argomenti più spesi negli ultimi anni dalla classe forense stessa contro la mediazione, che notoriamente è cosa ben diversa dall'arbitrato, invece fortemente analogo all'attività giudiziaria.

In alcuni paesi, l'obbligatorietà della ricorso alla mediazione nel campo delle controversie civile e commerciali è stata considerata come un espediente – magari temporaneo – per promuovere nel pubblico la cono-

---

([39]) Art. 4, comma 3, del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

([40]) D.lgs. 28/2010, cit.

([41]) Art. 29, comma 1, lettera *n*), della legge 31 dicembre 2012, n. 247, portante la riforma dell'ordinamento forense.

([42]) Art. 19 del d.lgs. 28/2010, cit.

scenza dello strumento ([43]). Secondo tale approccio, il problema dell'efficacia dunque è secondario all'esigenza di divulgazione.

In merito alla *querelle* sulla legittimità dell'obbligatorietà della mediazione, la nostra Corte Costituzionale ha recentemente scelto di non pronunciarsi ([44]), ritenendo che nella fattispecie la questione fosse assorbita dalla carenza di delega legislativa che viziava la norma con cui il Governo italiano aveva fatto della mediazione una condizione di procedibilità per molte tipologie di conflitti ([45]). Così decidendo per ragioni riconducibili all'economia processuale, la Corte ha però lasciato il futuro legislatore e la società tutta in preda agli stessi dubbi, qualora il primo decidesse di reintrodurre la previsione ora caduta. Anzi, vi è da domandarsi se ciò non sia già forse avvenuto, per effetto della norma con cui – riformando l'istituto del condominio ([46]) in epoca successiva all'udienza in cui la Corte ha adottato la decisione in esame – il nostro Parlamento ha fornito l'interpretazione autentica della disposizione in precedenza emanata dal Governo in carenza di delega.

Per contro, sembrerebbe che il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa non ravvisi la loro violazione a causa della norma italiana portata all'attenzione della nostra Corte Costituzionale.

Siffatta posizione del Commissario è stata assunta in conseguenza della visita da lui condotta nel nostro paese nel luglio 2012, scaturita anche dalla seria preoccupazione per l'eccessiva durata dei procedimenti giudiziari in Italia, "*un annoso problema in materia di diritti umani che ha considerevoli ripercussioni negative non solo per le persone interessate e per l'economia italiana, ma anche per il sistema europeo di protezione dei diritti umani nel suo insieme, a causa della continua iscrizione di ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*" ([47]).

([43]) Quek, *Mandatory Mediation: an Oxymoron?: Examining the Feasability of Implementing a Court-Mandated Mediation Program*, in *Cardoza Journal of Conflict Resolution*, 2010, p. 479, nonché Quek e Low, *Introducing a "Presumption of ADR" for Civil Matters in the Subordinate Courts*, in *Singapore Law Gazette*, maggio 2012, p. 22.

([44]) Corte cost., 24 ottobre - 6 dicembre 2012, n. 272, cit., punto 14.

([45]) Art. 5, comma 1, del d.lgs. 28/2010, cit.

([46]) Art. 25 della legge 11 dicembre 2012, n. 220, che introduce l'art. 71 *quater* nelle disposizioni di attuazione del codice civile.

([47]) Rapporto di Nils Muižčnieks, Commissario per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa, adottato a seguito della visita in Italia effettuata dal 3 al 6 luglio 2012 [CommDH(2012)26, pubblicato il 18 settembre 2012]. Circa l'eccessiva durata dei procedimenti giudiziari nel nostro paese, il Commissario si è dichiarato "*consapevole della complessità di tale fenomeno, le cui cause di fondo sono riconducibili a diversi fattori che aumentano il carico di lavoro dei tribunali, a numerosi aspetti procedurali, nonché a problemi inerenti all'organizzazione degli uffici giudiziari e al ruolo degli avvocati*" (p. 2 della relazione).

Tra i rimedi a lui presentati in tale occasione per risolvere la situazione, vi era l'introduzione della mediazione obbligatoria ([48]). Strumento deflattivo pienamente approvato da detto organismo del Consiglio d'Europa: "*in questa situazione difficile, il Commissario accoglie con favore le misure di riforma adottate o previste dalle autorità italiane, fra cui: ... l'introduzione della mediazione obbligatoria in alcune tipologie di cause civili, ...*" ([49]).

Successivamente, anche il Governo italiano ha condiviso tale posizione del Commissario ([50]), avendo la consapevolezza che – nella struttura della normativa italiana sulla mediazione – la funzione di deflazione processuale è unicamente riconducibile alla sua obbligatorietà ([51]). Infatti, se si cancella tale aspetto (come poi avvenuto per effetto della citata sentenza resa dalla Corte Costituzionale), la mera introduzione di norme atte ad agevolare l'accesso alla mediazione rappresentano semplicemente il favorire il ricorso ad uno strumento che di per sé non ha alcuna attinenza con il buon funzionamento del processo civile, da un canto, e che – con riferimento alla controversie trasfrontaliere – costituisce solo un adempimento ad obblighi comunitari, ove la funzione deflattiva non viene minimamente considerata, dall'altro.

All'attuazione della Direttiva sulla mediazione erano peraltro tenuti anche gli altri Stati membri, ove generalmente l'amministrazione della giu-

---

([48]) Si legge nella relazione del Commissario (punto 39): "*Un altro sviluppo recente concerne l'introduzione nel sistema italiano della mediazione in sede civile. Al Commissario consta che nel 2011 la mediazione preventiva è diventata condizione di ammissibilità per alcune categorie di procedimenti civili, e che tali categorie sono state ulteriormente ampliate nel 2012. Le autorità italiane hanno riferito al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa che i risultati iniziali apparivano incoraggianti*".

([49]) Punto 47 della relazione del Commissario, il quale "*condivide il crescente consenso in Italia sul fatto che per la risoluzione definitiva del problema dell'eccessiva durata dei procedimenti giudiziari, sia necessaria una revisione olistica del sistema giudiziario e procedurale, nonché un cambiamento radicale della cultura giudiziaria*" (punto 49).

([50]) Commenti del Ministero della Giustizia alla relazione del Commissario, ove si legge: "*As pointed out by the Commissioner for Human Rights, the high number of pending civil proceedings is caused by the increase in the demands for justice which add to the workload of Italian courts, resulting in an increasing number of pending cases which have for a long time exceeded the number of 5 million cases. The reduction of the judicial backlog implies:* a*) the introduction of alternative dispute resolution mechanisms in civil matters (in order to reduce the demand for judicial action;* b*) ...*" [CommDH/GovRep(2012)4, 8 novembre 2012, punto 2].

([51]) Già nell'anno 2009 la funzione deflattiva della mediazione obbligatoria era evidenziata dal Ministero della Giustizia nella *Presentazione dello schema di decreto legislativo sulla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, ove si leggeva: "*La mediazione consentirà di ridurre sensibilmente il debito giudiziario e solleverà i tribunali da un numero elevato di cause*".

stizia civile, anche se talora incontra difficoltà ([52]), non versa in condizioni disastrose come tristemente accade nel nostro paese da decenni ([53]).

Tant'è che nella propria relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012, così scrive il primo Presidente della Corte di Cassazione ([54]): "*Nelle precedenti relazioni sull'amministrazione della giustizia* ([55]) ... *si era formulato un giudizio complessivamente positivo in ordine all'istituto in esame, evidenziandosi l'idoneità dello stesso a favorire una riduzione della durata dei processi civili attraverso la rimozione della principale causa di tale fenomeno, comunemente individuata nell'incapacità del nostro sistema giudiziario di far fronte ad una domanda di giustizia in costante crescita... L'efficacia deflativa dell'istituto trova poi conferma nella constatazione che, là dove le*

([52]) Consiglio d'Europa, European Commission for the Efficiency of Justice, *Evaluation of European Judicial Systems*, 4 rapporto, anno 2012.

([53]) Impietosi e per noi profondamente avvilenti sono i dati che emergono dai dati relativi all'anno 2012 elaborati dalla Banca Mondiale nella pubblicazione *Doing business in Italy*, 2013 (pp. 39-44). Per risolvere una disputa commerciale, in Italia servono: 41 fasi processuali (contro le 32 della media UE, le 29 della Francia e le 30 della Germania, avvicinandosi così alle 51 necessarie a Timor Est); un tempo infinito, variabile tra gli 855 giorni impiegati a Torino e i 2.022 giorni a Bari, calcolati tra la notificazione dell'atto introduttivo e l'esecuzione della sentenza (mentre la media europea è di soli 547 giorni, che si riducono a 390 in Francia e 394 in Germania, e mentre a Timor Est ne bastano 1285, come in Slovenia); un costo per spese processuali mediamente pari al 26,2% del valore della causa, con punte minime del 20,5% a Potenza e del 34,1% a Bari (mentre la media UE risulta pari al 21,5%, ma in Francia – dove il numero degli avvocati dell'intero paese è grosso modo pari a quelli iscritti al foro di Roma – è di solo il 17,4% ed in Germania del 14,4%). Con riferimento al citato ammontare delle spese processuali, la parte più cospicua è rappresentata dagli onorari professionali degli avvocati (pari al suo 17,2% del valore della causa), mentre il residuo è costituito dai costi del giudizio di merito (4,9%) e da quelli della fase esecutiva (4,1%). Di conseguenza, il rapporto evidenzia che l'onorario degli avvocati italiani è tra i più altri d'Europa, essendo quello dei colleghi europei mediamente pari solo al 12,9% del valore della controversia, che si abbatte al 6,6% in Germania. Sempre con riferimento al 2012, la Banca Mondiale rileva che in Italia il numero delle procedure per ottenere l'esecuzione forzata di un contratto è decisamente alto: 41, contro le 29 francesi, le 30 tedesche, le 26 olandesi, le 32 degli Stati Uniti, così attestandosi tra i livelli più alti del mondo, ove il record negativo (55) è detenuto dalla Siria, attualmente in preda alla guerra civile. Ciò rappresenta un riscontro a quanto a suo tempo avevano concordemente osservato in merito ai minimi tariffari degli avvocati – all'epoca ancora vigenti – la Corte di Giustizia (sentenza del 5 dicembre 2006, cause riunite C-94/04 e C-202/04), prima, e la Cassazione (decisione del 27 settembre 2010, n. 20269), dopo.

([54]) Lupo, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012*, presentata il 25 gennaio 2013, p. 35.

([55]) Lupo, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2011*, lavoro preso in considerazione nel citato Rapporto del Commissario per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa.

parti vi hanno fatto ricorso, esso si è rivelato realmente capace di favorire una soluzione conciliativa della controversia, avendo condotto ad una definizione concordata nel 46,4% dei casi in cui entrambe le parti sono comparse... Questi rilievi, unitamente alla considerazione che nel 16% dei casi le parti hanno scelto di percorrere la strada della mediazione senza esservi costrette da alcuna disposizione di legge, dovrebbero indurre a meditare approfonditamente sulla convenienza di abbandonare al proprio destino un istituto la cui disciplina, opportunamente rimodulata alla luce della pronuncia d'illegittimità costituzionale, potrebbe contribuire a fornire una risposta tempestiva ed efficace alle esigenze di tutela nei rapporti tra privati... non può non osservarsi che la scelta di favorire l'utilizzazione di strumenti di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione risponde ad esigenze di deflazione del contenzioso e di miglioramento dell'accesso alla giustizia fatte proprie anche dagli organi dell'Unione europea".

Conforme l'intervento del Procuratore Generale reso nella medesima occasione, secondo il quale "*è auspicabile... che sia reintrodotta la mediazione civile obbligatoria, non preclusa dalla sentenza della Corte costituzionale 6 dicembre 2012, n. 272*" ([56]).

Nella risoluzione sullo stato di attuazione di detta Direttiva, il Parlamento Europeo ha analizzato il caso dei paesi ove – avvalendosi della circostanza che essa risulta neutrale in proposito – è stata introdotta l'obbligatorietà della mediazione a fini deflativi, propri del solo ordinamento processuale interno. Menzionando specificamente la situazione italiana ([57]), il

---

([56]) Ciani, *Intervento del Procuratore Generale nell'Assemblea generale della Corte sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012* (p. 77). In tale relazione, a p. 41 si legge altresì: "*... anche se si tratta di uno strumento che trova larga ed efficace applicazione in molti paesi del nord Europa e negli Stati Uniti (dove il 90% delle controversie si conclude con la conciliazione), non deve comunque essere dato automaticamente per scontato un suo analogo successo nel nostro paese, caratterizzato da peculiarità sue proprie, come l'alta litigiosità rappresentata anche dal rapporto avvocati/giudici (32 a 1) e soprattutto dal rapporto avvocati/abitanti (332 ogni 100.000 abitanti), che si connota come il più alto in Europa e forse nel mondo (per fare un esempio, nella vicina Francia il numero di cause introdotte annualmente è circa la metà di quello riferito all'Italia, il numero degli iscritti all'ordine professionale è di 8 per singolo giudice, mentre il rapporto avvocati/abitanti è di 75 ogni 100.000)*". Rincara la dose il primo Presidente della stessa Corte, osservando: "il numero degli avvocati è da molti, si a livello scientifico che politico, riconosciuto come dato che deve essere messo in rapporto con la quantità di domanda di giustizia" (p. 32 della propria *Relazione*, cit.).

([57]) Nella citata Risoluzione (punti 7 e 8), il Parlamento Europeo "*osserva che, oltre agli incentivi finanziari, taluni Stati membri il cui sistema giudiziario è oberato hanno fatto ricorso a norme che rendono obbligatorio avvalersi della mediazione; nota che in tali casi le cause non possono essere depositate in tribunale fino a quando le parti non avranno prima tentato di risolvere le questioni tramite la mediazione; sottolinea che l'esempio più lampante è il decreto legislativo*

Parlamento ha escluso che l'obbligatorietà costituisca una violazione dei diritti umani, come sanciti solennemente dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea ([58]), nutrendo semmai dubbi solo sull'efficacia della procedura.

Questi ultimi sono anche condivisi dalla Commissione, che per contro ritiene lesiva dei diritti fondamentali la normativa italiana sulla mediazione obbligatoria (come vigente prima dell'intervento della nostra Corte Costituzionale, avvenuto però sulla base di altre note considerazioni, e cioè la mera carenza di delega legislativa), non perché essa penalizzava in sede processuale l'ingiustificata partecipazione di una parte alla procedura, ma per le sanzioni riconducibili alla mancata accettazione delle proposte aggiudicative eventualmente formulate dal mediatore ([59]). Ulteriore critica della Commissione colpisce i costi della mediazione obbligatoria, che osterebbero all'accesso alla giustizia, qualora essi risultassero eccessivi: ciò implica tuttavia una valutazione di fatto, cui sarebbe competente il giudice nazionale ([60]).

Si attendono comunque lumi dalla Corte di Giustizia ([61]), cosa che ha forse indotto la nostra Corte Costituzionale a non scendere nel merito per il momento. Confidiamo che i giudici di Lussemburgo non dismettano a loro volta il caso, ritenendo cessata la materia del contendere.

3.3. – *Imparzialità*

Tale requisito è la pietra angolare di ogni mediazione: se il comportamento del mediatore non viene percepito come realmente imparziale, ogni suo sforzo tende a vanificarsi ([62]).

Il mediatore deve pertanto curare sommamente di condurre una pro-

---

italiano n. 28 che punta a riformare il sistema giuridico e ad alleggerire il carico di lavoro dei tribunali italiani, notoriamente congestionati, riducendo i casi e il tempo medio di nove anni per risolvere un contenzioso in una causa civile; osserva che, come previsto (sic!!: n.d.r.), *ciò non è stato accolto con favore dagli operatori, i quali hanno impugnato il decreto dinanzi ai tribunali e sono addirittura scesi in sciopero*".

([58]) Art. 6 del Trattato sull'Unione Europea, che richiama la Carta sui diritti fondamentali tutelati dall'Unione del 7 dicembre 2000, come adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007.

([59]) Per proposta aggiudicativa si intende quella formulata ai sensi dell'art. 11 del d.lgs. 28/2010, cit.

([60]) Osservazioni presentate dalla Commissione Europea in causa C-492/2011. Di recente, la Commissione ha promosso un nuovo libro verde sulla mediazione civili e commerciale: COM (2002) 196 def.

([61]) Corte UE, cause C-464/2011 e C-492/2011, attualmente pendenti.

([62]) Linee-guida, p. 14.

cedura equilibrata, trattando tutte le parti in modo equo. Né egli deve possedere alcun interesse al contenuto delle pattuizioni che consentono di risolvere il conflitto.

Per agire in modo adeguato, è pure necessaria la disponibilità del mediatore a dialogare con tutte le parti in grado di condizionare la definizione della controversia.

In buona sostanza, ciò richiede che il mediatore sia innanzitutto in grado di padroneggiare le tecniche di comunicazione e di ricorrere a strategie su esse basate. Inoltre, egli deve anche risultare capace a gestire le differenze culturali eventualmente presenti tra le parti ([63]).

L'imparzialità non è comunque considerata un sinonimo di neutralità, siccome nei conflitti armati i mediatori – in particolare quelli delle Nazioni Unite – sono generalmente tenuti a difendere alcuni valori e certi principi universali, portandoli esplicitamente a conoscenza delle parti configgenti quando necessario.

Quest'ultima precisazione è invece assente nelle citate fonti sulla mediazione delle controversie in materia civile e commerciale, ove si impone al mediatore di essere sempre sia imparziale, sia neutrale. Tuttavia, la differenza in questione è forse solo apparente, in quanto le stesse fonti ritengono poi (come meglio si dirà in appresso) che il mediatore deve comunque evitare la conclusione di accordi illegali, qualora egli sia in condizione di ravvisarne i presupposti.

Per il Codice Europeo ([64]), affinché l'indipendenza e la neutralità del mediatore sia garantita, è necessario che egli preliminarmente riveli – astenendosi nel frattempo dall'agire – tutte le circostanze capaci di pregiudicare concretamente tali suoi requisiti oppure anche solo foriere di suscitare dubbio in proposito agli occhi delle parti. L'obbligo di informazione ha carattere permanente, vigendo per tutta la durata della mediazione, con riferimento ai fatti che divengono nel frattempo rilevanti per tali finalità.

Secondo il Codice, siffatti dati riguardano, fra l'altro: tutte le relazioni personali o d'affari tra il mediatore e le parti; qualsiasi interesse, diretto o indiretto, che il primo possa avere in relazione all'esito della mediazione; il fatto che il mediatore oppure la sua organizzazione abbiano agito in favore di una delle parti, svolgendo attività diversa da quella di mediazione.

Integrandosi le ipotesi suddette, al mediatore è consentito accettare l'incarico ovvero proseguire nel suo svolgimento in presenza di due condizioni, entrambe necessarie. In primo luogo, il mediatore deve essere sicuro di essere comunque in grado di svolgere il proprio lavoro in piena indipen-

---

([63]) Linee-guida, p. 15.

([64]) Codice Europeo, art. 2.1.

denza e neutralità; in secondo luogo, dopo essere state debitamente informate, le parti devono consentire espressamente a che egli proceda.

L'indipendenza e la neutralità del mediatore rappresentano dunque i presupposti della sua imparzialità: quest'ultima costituisce pertanto il parametro per valutare la correttezza della condotta del mediatore, il quale è dunque tenuto a servire equamente le parti in ogni momento e fase della procedura, dando altresì loro l'impressione di agire in tal modo ([65]).

Gli Standards Americani dispongono nello stesso senso del Codice Europeo, disciplinando il conflitto di interessi tra il mediatore e le parti ([66]), che può discendere da qualsiasi coinvolgimento egli abbia rispetto alla materia oggetto del contendere ovvero da qualunque sua relazione passata o presente con i litiganti, tale da sollevare un ragionevole dubbio circa l'imparzialità del mediatore stesso. In quest'ottica, gli Standards gli impongono anche di svolgere una ragionevole indagine, onde determinare la sussistenza di eventuali cause da cui possa discendere un conflitto di interessi, la cui portata dipende dalle peculiarità specifiche ad ogni fattispecie. Con riferimento alle prestazioni future, che il mediatore possa svolgere in favore di uno dei litiganti, gli Standards considerano incompatibile ogni attività foriera di provocare dubbi circa l'integrità della mediazione svolta. Risulta quindi rilevante il tempo intercorso dal momento in cui quest'ultima si è tenuta, la natura della nuova relazione instauratasi e quella dei servizi successivamente offerti.

Per quanto concerne le garanzie di imparzialità, gli Standards Americani ([67]) evidenziano che ciò implica l'assenza di favoritismi, biasimo o pregiudizi in capo al mediatore, discendenti dalle caratteristiche personali delle parti, dai loro valori, credenze ed esperienze ovvero da qualunque altra ragione. L'imparzialità vieta altresì al mediatore di accettare dalle parti regali, favori, prestiti o qualsiasi altra utilità suscettibile di porre in dubbio l'integrità della sua condotta. Fanno eccezione le liberalità di modesta entità o le prestazioni utili a facilitare il processo di mediazione o il rispetto di usanze culturali.

Sebbene le parti abbiano il potere di rimuovere una causa di incompatibilità, una volta che essa sia stata loro rivelata, gli Standards Americani impongono comunque al mediatore di declinare l'incarico, qualora il conflitto d'interesse denunciato rappresenti comunque un elemento idoneo a ragionevolmente minare l'integrità del procedimento di mediazione.

([65]) Codice Europeo, art. 2.2.

([66]) Standard III.

([67]) Standard II.

Ai sensi della Direttiva comunitaria ([68]), l'imparzialità è uno dei requisiti cui i mediatori devono soddisfare.

A sua volta, il Modello UNCITRAL impone al mediatore di rivelare alle parti ogni circostanza suscettibile di generare ragionevoli dubbi circa la sua imparzialità o indipendenza: si tratta di un'obbligazione avente carattere permanente per tutta la durata della procedura ([69]).

3.4. – *Inclusione*

Con questo termine le Linee-guida ([70]) si riferiscono alla necessità che il mediatore presti attenzione alle posizioni ed ai bisogni delle parti in conflitto e degli altri eventuali *stakeholders*, in modo da integrare tali istanze nel procedimento di mediazione e nell'eventuale accordo da esso scaturente.

Così agendo, si riesce infatti ad affrontare le cause reali del conflitto, assicurando una soluzione adeguata ed evitando che il procedimento di mediazione venga paralizzato dai soggetti esclusi dalla partecipazione al tavolo dei negoziati.

Tuttavia l'inclusione non presuppone che tutti gli *stakeholders* siano fisicamente presenti nel corso delle trattative, in quanto ciò potrebbe rappresentare un rilevante problema sul piano pratico. Per ovviarvi, il mediatore può ricorrere ad altre modalità di inclusione, facilitando ad esempio l'interazione ed il dialogo in altre sedi tra i soggetti che siedono al tavolo dei colloqui e quelli esclusi.

Dovendo affrontare la questione dell'inclusione, il mediatore si trova inoltre ad operare un bilanciamento tra la necessità di allargare – con il consenso delle parti in conflitto – il numero dei partecipanti alle trattative, da un canto, e le esigenze di riservatezza, dall'altro.

Per meglio comprendere la situazione nel campo delle liti civili e commerciali, si pensi alle seguenti situazioni, abbastanza consuete. In una controversia che coinvolge una società, lo *stakeholder* può essere il socio di maggioranza; in una lite condominiale, i condomini in possesso del maggior numero di millesimi ovvero quelli che di fatto esercitano una significativa influenza sull'assemblea; in una controversia relativa ad una compravendita immobiliare, il coniuge dell'acquirente, anche se il primo non risulta come parte formale del contratto e nemmeno vanta diritti per effetto delle norme sul regime patrimoniale del matrimonio.

In definitiva le contrapposte esigenze, scaturenti dalla necessità di sod-

---

([68]) Art. 3, lettera *b*) nonché art. 4, comma 2, della Direttiva.

([69]) Modello UNCITRAL, art. 5, comma 5.

([70]) Linee-guida, p. 11.

disfare inclusione ed efficienza, costringono il mediatore a trovare una soluzione comunque idonea a preservare lo spazio per la mediazione, favorendo sì il dialogo con tutti i soggetti interessati, ma nel rispetto dei limiti imposti dalle norme di legge rilevanti. Per le Linee-guida, ciò osta al mediatore nel prendere contatto con chi è stato colpito da ordini di arresto emessi dalla Corte Penale Internazionale ovvero da misure nazionali o internazionali per la lotta contro il terrorismo. Nel campo delle controversie civili o commerciali, invece, pare corretto sostenere che il mediatore debba astenersi dal trattare con soggetti che si sottraggono all'esecuzione di sanzioni penali restrittive della libertà personale o comunque indagati per questioni riconducibili ai fatti oggetto di mediazione, anche onde evitare di trovarsi personalmente coinvolto in reati assimilabili al favoreggiamento ([71]).

3.5. – *Diritto internazionale e quadro normativo applicabile*

Si è già detto che, secondo le Linee-guida, il mediatore trova alcuni vincoli nella propria azione, rappresentati innanzitutto dalla necessità di rispettare le regole imperative cui egli è soggetto e di cui è paladino ([72]).

Anche la mediazione delle controversie civili e commerciali non costituisce affatto uno spazio per la violazione di tali norme, come risulta da varie fonti.

Per il Codice Europeo, qualora si profili un accordo che al mediatore appaia illegale, avuto riguardo alle circostanze del caso e alla propria competenza per addivenire a tale valutazione ([73]), egli deve informare le parti e, se esse persistono nei loro intenti illeciti, può porre fine alla procedura.

Per gli Standards Americani, chi conduce una mediazione è tenuto ad evitare che essa venga strumentalizzata per compiere atti criminali: onde impedire siffatto risultato, il mediatore deve adottare le misure appropriate, ivi compreso il rinvio ad una nuova sessione, il suo ritiro dal condurre la procedura ovvero la conclusione di quest'ultima ([74]). Analoga reazione deve scaturire quando il mediatore prende consapevolezza di una situazione di abuso domestico o di violenza tra le parti ([75]).

Per la Direttiva, viene meno il diritto del mediatore al segreto professionale, qualora le informazioni, da lui acquisite durante la procedura, mettano alla luce situazioni la cui rivelazione è considerata corrispondere a

---

([71]) Artt. 378 e 379 del codice penale italiano.

([72]) Linee-guida, p. 16.

([73]) Codice Europeo, art. 3.2.

([74]) Standard VI, lettera *a*), numero 9.

([75]) Standard VI, lettera *b*).

superiori interessi di ordine pubblico dello Stato ove egli opera ([76]). Cessa quindi il suo dovere alla riservatezza.

Soluzione simile è accolta nel Modello UNCITRAL ([77]).

Coerentemente, in Italia al mediatore è fatto obbligo di formulare proposte di conciliazione nel rispetto dei limiti posti dall'ordine pubblico e dalle norme imperative ([78]) (previsione invece assente nella precedente disciplina sulla conciliazione societaria). Inoltre, l'attività di mediazione viene inclusa tra quelle rilevanti ai fini dell'applicazione della normativa antiriciclaggio ([79]), onde insorgono i relativi obblighi in capo al mediatore ed all'organismo per cui opera.

Oltre ai suddetti vincoli, le Linee-guida evidenziano che il mediatore è pure soggetto alle regole comportamentali stabilite dall'organismo a cui egli appartiene. Esse sono assimilabili ai codici etici ed ai regolamenti di mediazione esistenti nel settore delle controversie civili e commerciali.

Tutti tali paletti al suo operato vanno debitamente illustrati alle parti prima di dare corso ad una mediazione, cosa che in definitiva rafforza la posizione del mediatore nei loro confronti o, quanto meno, evita le ambiguità.

3.6. – *Coerenza, coordinazione e complementarietà delle attività di mediazione*

Questi requisiti rilevano quando per la composizione di un conflitto intervengono più soggetti, attivi magari a livelli differenti, come spesso avviene nel caso dei conflitti armati ([80]).

La coerenza richiede che essi agiscano in modo concertato, mentre la complementarietà presuppone invece una chiara divisione di compiti tra i mediatori.

Altra modalità, utile per favorire la coordinazione tra differenti organizzazioni attive sullo stesso conflitto, sono le mediazioni tenute o dirette congiuntamente da più operatori. In tali circostanze sembra preferibile attribuire la *leadership* delle operazioni di mediazione ad un soggetto determinato, appartenente all'organizzazione che ricopre la posizione più strategica nella singola fattispecie.

In mancanza di tali accorgimenti, l'azione dei mediatori perde efficacia, quando non rischia di generare addirittura una situazione caotica.

Anche guardando alla mediazione sotto l'aspetto della coerenza,

---

([76]) Art. 7, comma 1, lettera *a*) della Direttiva.

([77]) Modello UNCITRAL, art. 10, comma 3.

([78]) Decreto legislativo, art. 14, comma 3, lettera *c*).

([79]) Decreto legislativo, art. 22.

([80]) Linee-guida, p. 18.

emerge nuovamente la necessità che il processo di mediazione venga adeguatamente supportato dai rappresentanti politici e nella società civile, onde evitare la diffusione di messaggi contrastanti con gli sforzi profusi dai mediatori e dalle loro organizzazioni.

Sul punto, con riferimento all'Italia merita ancora ricordare quanto scrive il primo presidente della Cassazione nella sua citata relazione sull'amministrazione della giustizia: "*positivo sarebbe potuto risultare il giudizio anche in ordine al livello di adesione delle parti alla procedura, in costante incremento..., se su tale dato non avesse pesato in misura determinante l'atteggiamento di sfiducia, se non addirittura di preconcetta opposizione, manifestato dalle compagnie di assicurazione, le quali si sono astenute sistematicamente dal comparire dinanzi ai mediatori... il successo d'interventi legislativi volti ad apprestare e promuovere l'utilizzazione di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie esige un forte coinvolgimento di tutti i potenziali attori del processo, e quindi non solo delle parti, cui si richiede « una salda fiducia nella possibilità di trovare un accomodamento dinanzi al mediatore », ma anche della classe forense, chiamata a recuperare « la vocazione alla conciliazione delle parti in conflitto, che il nostro ordinamento assegna all'avvocato come fisiologico ruolo funzionale alla piena realizzazione della tutela dei diritti ». Neppure va sottovalutata l'importanza dell'iniziativa del giudice, la cui facoltà di invitare le parti a tentare la mediazione, finora sottoutilizzata (2,8% dei casi), potrebbe contribuire a promuoverne la diffusione, soprattutto se accompagnata da un adeguato monitoraggio degli esiti di tale invito*" ([81]).

A chiosa finale vale citare una recente decisione del TAR Lazio, ove i giudici amministrativi hanno rilevato che mediatore ed avvocato sono "*due professioni che si pongono in assoluto contrasto fra di loro non solo per la diversa attività svolta (l'avvocato è uomo di parte, il mediatore è uomo di pace), ma anche perché ciascuna delle due toglie spazio all'altra*", così stigmatizzando un sentire oggi verosimilmente piuttosto diffuso nell'Avvocatura, purtroppo fondato su una concezione anacronistica della professione forense ([82]).

3.7. – *Qualità degli accordi raggiunti*

I mediatori si trovano spesso coinvolti anche nella fase di esecuzione degli accordi conclusi grazie al loro intervento ([83]).

Questi ultimi appaiono maggiormente efficaci, quando le parti riescono a definire una *vision* comune per il futuro e tengono in debita considera-

---

([81]) Lupo, *op. cit.*, p. 37.

([82]) TAR Lazio, sez. terza-*quater*, sentenze del 29 ottobre 2012, cit.

([83]) Linee-guida, p. 20.

zioni le ripercussioni che essi eserciteranno a carico di tutti i soggetti coinvolti, non limitandosi così alla definizione di una mera soluzione per il conflitto in essere.

Ciò nonostante, talora è impossibile raggiungere un accordo globale: in tali ipotesi, i mediatori possono comunque aiutare le parti ad individuare soluzioni parziali, che potranno eventualmente rappresentare la base per nuove trattative e progressi futuri.

In ogni caso, appare fondamentale che il contenuto degli accordi sia chiaro, sì da evitare l'insorgere di contrasti in merito alla loro interpretazione.

Infine, gli accordi dovrebbero anche prevedere adeguate modalità per la loro esecuzione e le relative verifiche, oltre stabilire idonei meccanismi per risolvere i conflitti che dovessero comunque insorgere in tali circostanze. A questo fine, risulta utile individuare le priorità, gli obblighi rispettivamente a carico delle parti e tempistiche realistiche per il loro adempimento.

Le precedenti indicazioni paiono utili anche nel settore delle liti civili e commerciali, rispecchiando peraltro temi tipici della tecnica di redazione dei contratti.

Secondo il Codice Europeo, infine, il mediatore deve – su apposita richiesta e nei limiti della propria competenza – informare le parti in merito a due cose: le modalità a disposizione dei litiganti per formalizzare l'accordo; le possibilità di rendere esecutivo l'accordo stesso (se esso apparisse invece nemmeno azionabile, il mediatore dovrebbe invece segnalare il problema alle parti e, in assenza di adeguata soluzione alternativa, porre termine alla procedura). Siccome i doveri così imposti si incentrano sulla mera fornitura di informazione alle parti in relazione a detti elementi, ciò consente di affermare che la materiale redazione dell'accordo esula dai compiti del mediatore ([84]), essendo attività di competenza delle parti stesse ovvero dei loro consulenti legali.

Ermenegildo Mario Appiano

([84]) Codice Europeo, art. 3.3.