



“La risoluzione ottimale di una divergenza si trova tramite la persuasione morale e l'accordo e non sotto coercizione”

Confucio (551 a.C. – 479 a.C.) -
filosofo

CAPITOLO I – Il quadro delle fonti giuridiche

1. Il Libro verde

Nella frase riportata in epigrafe il filosofo Confucio colse appieno la natura dell'attuale istituto della mediazione, individuandone il suo nucleo fondante.

Mossa dalla stessa convinzione fu senz'altro la Commissione europea quando, il 19 aprile del 2002, presentò il *Libro verde* relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR - Alternative Dispute Resolution) in materia civile e commerciale¹. A tale risultato si giunse dopo aver invitato gli Stati membri, dapprima nel Consiglio europeo di Vienna (dicembre 1998) e, successivamente, in quello di Tampere (ottobre 1999), ad istituire procedure extragiudiziarie e alternative di risoluzione delle controversie in campo civile e commerciale.

Esso, si legge, “offre l'occasione per sensibilizzare il più vasto pubblico possibile ai sistemi di risoluzione alternativa delle controversie, e consente inoltre di assicurare una migliore comprensibilità delle realizzazioni e delle

¹ Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale COM/2002/0196 Definitivo. Su: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex:52002DC0196>.

iniziative adottate in materia dagli Stati membri e a livello comunitario”². La concreta individuazione di metodi alternativi di risoluzione delle controversie appare, sin da subito ed ancor più dal tenore dello stesso *Libro verde*, come il risultato di una precisa “priorità politica” per le istituzioni europee, la cui motivazione può essere facilmente desumibile dalla lettera del testo: “Per fare il punto sulla situazione esistente e per lanciare un'ampia consultazione ai fini della preparazione delle misure concrete da adottare. [...] La priorità deve essere data alla possibilità di stabilire dei principi fondamentali, in generale e in settori specifici, che forniscano le garanzie necessarie affinché la composizione delle controversie da parte di istanze extragiudiziali assicuri il livello di sicurezza richiesto nell'amministrazione della giustizia”³.

Si è così giunti, nel 2004, alla redazione del *Codice europeo di condotta per mediatori*⁴, adottato a Bruxelles il 2 luglio 2004. In esso vengono previsti una serie di principi adottabili nelle procedure di conciliazione in materia civile e commerciale ed ai quali i singoli mediatori possono, sotto propria responsabilità, spontaneamente accedere. Viene inoltre specificato come “l’adesione al codice di condotta non pregiudica l'applicazione della normativa nazionale o delle regole che disciplinano le singole professioni. Le organizzazioni che forniscono servizi di mediazione possono elaborare codici più dettagliati, adattati al proprio specifico contesto o ai tipi di servizi di mediazione che offrono, nonché a settori specifici come la

² COM 196/2002, Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, Bruxelles, 2002.

³ COM 196/2002, Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, Bruxelles, 2002.

⁴ http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_it.pdf

mediazione familiare o quella relativa ai consumatori”⁵. Il Codice, dopo aver fornito una definizione di mediazione, intesa come “un procedimento [...] con cui due o più parti mirano a raggiungere un accordo per la risoluzione della controversia che li oppone, senza la pronuncia di una sentenza e con l'assistenza di un terzo” prosegue descrivendo e, ad avviso dello scrivente, giustamente sottolineando, le caratteristiche che deve possedere colui che, in veste di mediatore, si appresta a fornire la propria prestazione. L'accento è posto con particolare attenzione sul concetto d'informazione, il quale viene a delineare tutte le parti di cui è composto il Codice. Il mediatore competente, ossia dotato di un'adeguata formazione, resa tale anche da un continuo aggiornamento (art. 1.1), non solo dovrà primariamente sincerarsi che le parti coinvolte nella mediazione abbiano ben compreso le caratteristiche proprie del procedimento ma, durante tutto lo svolgimento dello stesso e sino alla sua conclusione, coinvolgerà le parti, informandole adeguatamente, sia delle modalità attraverso le quali l'eventuale accordo potrà essere formalizzato, sia delle possibilità di renderlo esecutivo (art. 3.3). In tutto questo percorso, il professionista garantirà totale riservatezza e correttezza nello svolgimento del proprio ruolo.

⁵ http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_it.pdf

2. La Direttiva 2008/52/CE

In attuazione del Libro verde del 2002, più sopra richiamato, il 21 maggio 2008 il Parlamento europeo ed il Consiglio approvano la *Direttiva n. 2008/52/CE*⁶ relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale sulla mediazione stragiudiziale. Rivolta espressamente alla disciplina della conciliazione stragiudiziale delle dispute transfrontaliere⁷, la Direttiva in parola, tuttavia, prevedeva per gli Stati

⁶ Sulla Direttiva 2008/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, nella dottrina italiana, tra i tanti:

M. E. DE BONIS, *La proposta di direttiva sulla mediazione nell'ambito delle politiche comunitarie in tema di cooperazione giudiziaria*, in *Contr. e Impr. Eur.*, 2005, p. 439 ss.;

M. F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lita: fuga dal processo a dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 357 ss.;

N. GIUDICE, *Dalla commissione europea una scelta <flessibile >> per il futuro della mediation*, in *contratti*, 2005, p. 102 ss.;

F.P. LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1957 ss.;

E. MINERVINI, *La proposta di direttiva comunitaria sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contr. e impr. eur.*, 2005, p. 427 ss.;

C. PUNZI, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 845 ss.;

V. VIGORITI, *La direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione?*, in *Riv. arb.*, 2009, p. 1 ss

⁷ Intese come quelle nelle quali le parti, residenti o domiciliate in Stati membri diversi, concordano di ricorrere alla procedura conciliativa o viene ordinato il ricorso alla mediazione da un organo giurisdizionale, o l'obbligo di ricorrere alla mediazione sorge a norma del diritto nazionale.

membri la possibilità di applicazione della disciplina in essa contenuta anche nei procedimenti di mediazione nazionali⁸. Veniva inoltre stabilito che gli Stati membri avrebbero dovuto dare applicazione alla Direttiva nei successivi 3 anni.

2.1 Italia – la Legge delega n. 69/2009

L'Italia, più volte sanzionata per la lentezza nel recepimento delle “indicazioni” europee⁹ è stata, in questo frangente, uno dei primi Paesi a recepire la Direttiva comunitaria. Il Legislatore italiano con la Legge 18 giugno 2009, n. 69 (art. 60), conferiva delega¹⁰ al Governo per l’emanazione di norme in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie in ambito civile e commerciale tese al recepimento della

⁸<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:it:PDF>, Considerando n°8: “Le disposizioni della presente direttiva dovrebbero applicarsi soltanto alla mediazione nelle controversie transfrontaliere, ma nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni”

⁹ <http://blog.openpolis.it/le-infrazioni-europee-da-parte-italia-degli-altri-stati-membri>. In materia di infrazioni, il rapporto fra il nostro paese e l’Unione europea non è dei più idilliaci. Tuttavia negli ultimi anni il numero dei procedimenti aperti risulta in costante diminuzione. A fine 2010 erano 128, 99 a fine 2012, 89 a fine 2014, e a metà del giugno 2016, 82. Di queste, 60 inerenti la violazione del diritto dell’Unione europea, e 22 per mancato recepimento di direttive.

¹⁰ In riferimento alla legge delega in materia di mediazione si veda: LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 1257 ss.

LOMBARDINI, *Considerazioni sulla legge delega in materia di mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, in *Studium iuris* 2010, p. 8 ss.;

PUNZI, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.* 2009, p. 845 ss.

Direttiva europea, operando quindi una concreta “scelta europeista”¹¹. Nell'esercizio della delega il Governo doveva attenersi ad una serie di principi e criteri direttivi fra i quali, in particolare, la previsione del limite che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, avesse per oggetto controversie su diritti disponibili, senza preclusione per l'accesso alla giustizia¹². Per quanto atteneva ai soggetti cui doveva essere affidata l'attività di mediazione, iscritti presso un registro tenuto dal Ministero della Giustizia, veniva richiesto loro lo svolgimento del servizio in maniera professionale, indipendente e stabile.¹³ Al fine inoltre di garantire la neutralità, l'indipendenza e l'imparzialità del conciliatore nello svolgimento delle sue funzioni, veniva prevista l'introduzione di apposite regole anche attraverso il ricorso a codici deontologici¹⁴.

¹¹ PILIA C., *Con la mediazione civile e commerciale l'Italia sceglie l'Europa*, in *Quaderni di conciliazione* a cura di Carlo Pilia, Edizioni AV, Cagliari, II, 2011, p.11 ss.

¹² Art. 60, comma 3, lett. a).

¹³ Art. 60, comma 3, lett. b) e c).

¹⁴ Art. 60, comma 3, lett. r).

3. Il Dlgs. 28/2010 e la sentenza Corte Cost. n. 272/2012

Con il Decreto Legislativo 4 marzo 2010, n. 28¹⁵ la delega ha trovato pronta attuazione¹⁶. Rispetto alle indicazioni date dalla Direttiva europea n. 2008/52/CE e dalla legge delega 18 giugno 2009, n. 69, la novità più rilevante della legge di attuazione consistette nell'introduzione di una conciliazione obbligatoria (non prevista nella legge delega, ma nemmeno esclusa), sia pure limitata ad alcune materie espressamente elencate, ed affidata ad organismi pubblici o privati iscritti in appositi registri tenuti presso il Ministero della giustizia. Proprio la previsione della mediazione obbligatoria ha costituito, sin da subito, il punto più controverso della

¹⁵ <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/10028dl.htm>

¹⁶ Fra i primi commenti dedicati alla riforma sulla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali (D.lgs. n. 28/2010) si segnalano i seguenti contributi: G. ARMONE, *La mediazione civile: il procedimento, la competenza, la proposta*, in *Società*, 2010, 626 ss.; M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 343 ss.; G. CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, *ivi*, 616 ss.; U. CARNEVALI, *La nuova mediazione civile*, in *Contratti*, 2010, 437 ss.; F. CUOMO ULLOA, *Lo schema di decreto legislativo in materia di mediazione e conciliazione*, *ivi*, 209 ss.; L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 575 ss.; R. MASONI, *Le controversie suscettibili di mediazione civile ai sensi del d.lgs. n. 28 del 2010 (e quelle escluse)*, in *Giur. merito*, 2010, 2156 ss.; G. MARZOCCHI, *Il nuovo procedimento di mediazione*, in *Imm. propr.*, 2010, 309 ss.; F. MURINO, *Prime considerazioni sulla mediazione nel sistema della tutela dei diritti*, in *Corr. merito*, 2010, 593 ss.; I. PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Società*, 2010, 619 ss.; P. PORRECA, *La mediazione e il processo civile: complementarietà e coordinamento*, *ivi*, 631 ss.

nuova disciplina¹⁷. Infatti, nonostante la legge delega non prevedesse che lo svolgimento della fase di mediazione dovesse costituire condizione per poter ottenere tutela giurisdizionale, il legislatore delegato ha invece strutturato il procedimento di mediazione come una vera e propria condizione di procedibilità¹⁸ della domanda giudiziale, la quale deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza¹⁹.

La Corte costituzionale è stata quindi investita della questione. Il tribunale amministrativo regionale (TAR) per il Lazio, con ordinanza del 12 aprile 2011 n. 268, censurava la violazione degli art. 24 e 77 della Costituzione da parte delle disposizioni dell'art. 60, lett. c) e n), l. n. 69/2009 e degli artt. 5, comma 1 e 2, e 16 del d.lgs. n. 28/2010²⁰. Nel novembre dello stesso anno,

¹⁷ Tra i numerosissimi contributi pubblicati all'indomani della riforma della mediazione civile e commerciale: A. GRECO, *Rilievi critici sulla mediazione obbligatoria*, in *Resp. Civ.*, 2011, 5, 226 ss; E. FABIANI – M. LEO, *Prime riflessioni sulla “mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali di cui al d.lgs n.28/2010*, in *Riv. notariato*, 2010, 10, 04, 893 ss.; R. TISCINI, *Vantaggi e svantaggi della nuova mediazione finalizzata alla conciliazione: accordo e sentenza a confronto*, in *Giust. civ.*, 2010, 10, 489 ss.; S. VIOTTI, *Il regolamento in materia di mediazione civile. Primi spunti applicativi*, in *Giur. merito*, 2011, 01, 23 ss.

¹⁸ In generale, sulle condizioni di procedibilità, cfr. LA CHINA S., voce *Procedibilità (condizioni di)*: a) diritto processuale civile, in *Enc. dir.*, Giuffrè, XXXV, 1986, 794 ss.

¹⁹ Decreto Legislativo 4 marzo 2010, n. 28, art. 5 comma 1.

²⁰ Con l'ordinanza n. 268/2011 il Tar Lazio: «2) dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 24 e 77 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, comma 1, primo periodo (che introduce a carico di chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa alle controversie nelle materie espressamente elencate l'obbligo del previo esperimento del procedimento di mediazione), secondo periodo (che prevede che l'esperimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda