

# IL RUOLO DEL PROFESSIONISTA FORENSE E LA RILEVANZA DEGLI OBBLIGHI INFORMATIVI NEL PROCEDIMENTO CONCILIATIVO

MARIA PAOLA MANTOVANI

*Ricercatore di diritto privato  
Università telematica "L. da Vinci"*

Recibido: 24.10.2013 / Aceptado: 13.11.2013

**Resumen:** In Italia, la mediazione civile e commerciale ha registrato, negli ultimi anni, una significativa evoluzione normativa, prevedendosi, per alcune materie tassativamente indicate, un sistema di filtro precontenzioso obbligatorio che condiziona l'esercizio dell'azione giudiziale. Il meccanismo prescelto dal *conditor iuris* è stato sottoposto al vaglio della Corte costituzionale che ha ne dichiarato l'illegittimità costituzionale per eccesso di delega legislativa. La Legge 9 agosto 2013, n. 98, ha reintrodotta la mediazione obbligatoria, (*ex art. 5, comma 1 bis*), esercitando una precisa opzione di politica legislativa in favore della mediazione come mezzo di composizione volontaria delle liti. Dopo aver svolto una ricognizione dell'iter normativo che ha segnato l'introduzione, e le tappe evolutive fondamentali della mediazione, il lavoro approfondisce il ruolo e le competenze riservate al professionista forense nel procedimento conciliativo, prevedendosi un'assistenza legale obbligatoria, giustificata dall'esigenza di orientare e consigliare le parti, nel caso in cui debbano compiere valutazioni e scelte di natura tecnico-giuridica. Particolare attenzione è riservata all'analisi degli obblighi informativi e protettivi che incombono sull'avvocato nel procedimento di mediazione. Ai fini di una corretta ricostruzione della genesi e dei risvolti applicativi dell'istituto della mediazione, il lavoro si chiude con uno sguardo comparativo al modello di *common law* (Stati Uniti e Inghilterra) e, fra i modelli di *civil law*, al sistema francese, che vanta una solida tradizione in materia mediazione stragiudiziale.

**Palabras clave:** mediazione civile e commerciale, obbligatorietà, condizione di procedibilità, mediazione e processo, Unione Europea, accesso alla giustizia, professionista forense, procedimento conciliativo, assistenza legale obbligatoria, obblighi informativi, obblighi di protezione, diritto civile comparato.

**Abstract:** In Italy, the civil and commercial mediation has experienced, in recent years, a significant regulatory developments, with the provision for certain matters exhaustively listed, a filtering system compulsory pre-litigation that affects the exercise of the judicial action. The mechanism chosen by the *conditor iuris* has been under the scrutiny of the Constitutional Court which declared it unconstitutional in excess of legislative delegation. The Law of 9 August 2013, n. 98, has reintroduced the mandatory mediation, (*ex art. 5, paragraph 1 bis*), exercising a specific option of legislative policy in favor of voluntary mediation as a means of settlement of disputes. After conducting a survey of rulemaking that marked the introduction, and the fundamental evolutionary stages of mediation, the work explores the role and competencies of the professional forensic in the conciliation process, with the provision for legal aid compulsory justified by 'need to guide and advise the parties, in case they need to make proper evaluations and decisions of technical and legal. After conducting a survey of rulemaking that marked the introduction, and the fundamental evolutionary stages of mediation, the work explores the role and the competencies of the professional forensic in the conciliation process, foreseeing a legal assistance mandatory, justified by the need to guide and advise the parties, in case they need to make proper evaluations and decisions of technical and legal nature. Particular attention is paid to the analysis of the disclosure requirements and protective incumbent on the lawyer in the mediation process. For the purposes of

a correct reconstruction of the origin and applied implications of the institution of mediation, the work closes with a comparative look at the model of *common law* (U.S. and UK) and, between the models of *civil law*, the French system, which has a strong tradition-court mediation.

**Key words:** civil and commercial mediation, mandatory, condition of admissibility, a mediation and process, European Union, access to justice, lawyer, conciliation process, legal assistance mandatory, disclosure obligations, obligations of protection, civil law compared.

**Sommario:** I. Riflessioni sulla disciplina della mediazione nell'ordinamento italiano. II. Il ruolo dell'avvocato nel procedimento conciliativo. III. Il dovere di informazione nella mediazione. IV. Profili applicativi. V. La sentenza della Corte Costituzionale, 6 dicembre 2012, n. 272. VI. Contributo apportato alla materia dalla dottrina comparatistica.

## I. Riflessioni sulla disciplina della mediazione nell'ordinamento italiano

1. Nell'ordinamento italiano l'istituto della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali<sup>1</sup> è stato introdotto con una previsione *ad hoc*, contenuta nell'art. 60 della legge 69/2009<sup>2</sup>. Con l'approvazione del D.Lgs. 28/2010<sup>3</sup>, il Governo ha dato attuazione alla delega contenuta nell'art. 60, legge 69/2009<sup>4</sup>, elaborando una disciplina destinata a regolare le procedure di mediazione delle controversie in materia civile e commerciale<sup>5</sup>, con evidenti riflessi sul piano applicativo<sup>6</sup>. Da ultimo, è stata pubblicata la Legge 9 agosto 2013, n. 98 (G.U., *Serie generale* n. 194, del 20 agosto 2013) di conversione del Decreto Legge 21 giugno 2013, n. 69, recante «Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia», c.d. *Decreto Fare*. Una prima rilevante modifica concerne l'introduzione della competenza territoriale dell'organismo di mediazione, prevedendosi che l'istanza di mediazione debba essere presentata presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente a conoscere della controversia. Fulcro attorno a cui ruota l'intera disciplina della mediazione civile e commerciale è la reintroduzione dell'obbligatorietà della medesima, ad eccezione del risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti. Particolare interesse suscita l'aggiunta, nell'ipotesi di risarcimento del danno derivante da responsabilità medica, della parola «sanitaria», indice dell'approccio seguito dal *conditor iuris*, attento alla diversa fisionomia che, progressivamente, il settore della responsabilità medica sta assumendo. Altro significativo intervento concerne la previsione della necessaria assistenza legale nel procedimento di mediazione, introdotta dal comma 1 *bis* dell'art. 5, D.Lgs. 28/2010<sup>7</sup>, al fine

<sup>1</sup> In dottrina, v. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011; A. CASTAGNOLA e F. DELFINI (a cura di), *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, Padova, 2012; G. BALENA, *Mediazione obbligatoria e processo*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 338 e ss.; R. CAPONI, *Delega in materia di conciliazione delle controversie*, in *Foro it.*, V, c. 358.

<sup>2</sup> R. MASONI, *Il nuovo istituto della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 1212.

<sup>3</sup> F.P. LUISSO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1257.

<sup>4</sup> R. MASONI, *Il nuovo istituto della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 1212. «Più specificamente, il Governo è stato delegato ad adottare entro sei mesi dalla pubblicazione della l. n. 69 uno o più decreti legislativi in materia di conciliazione e mediazione “per le controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia” (art. 60, lett. a). [...] Rispettando questo termine, il Governo ha predisposto uno schema di decreto legislativo che è stato approvato [...]. In seguito a nuova deliberazione del Consiglio dei Ministri in data 19 febbraio 2010, la delega è stata tempestivamente esercitata mediante approvazione del d.lg. 4 marzo 2010, n. 28».

<sup>5</sup> F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, Bologna, 2011, p. 7 ss. «In ottemperanza a quanto previsto nella delega, la nuova disciplina si propone altresì di realizzare il necessario coordinamento con le disposizioni vigenti, assicurando al contempo il rispetto della normativa comunitaria».

<sup>6</sup> Per una panoramica dell'istituto in Italia, si veda: G. DOSI, *Dalla conciliazione giudiziale alla mediazione stragiudiziale*, in *Giust. civ.*, 2011, II, p. 343 ss.

<sup>7</sup> All'art. 5 del D.lvo 28/2010, è stato inserito il nuovo comma 1 bis, rubricato, «Condizione di procedibilità e rapporti con il processo». «Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del

di valorizzare il ruolo del professionista forense, chiamato a partecipare attivamente al procedimento mediatorio, e favorire, se ve ne sono i presupposti, una soluzione stragiudiziale della lite.

2. Particolare interesse suscita, inoltre, la disposizione che riconosce alle parti e ai loro avvocati, nel corso del primo incontro del procedimento di mediazione, il potere di esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione. Nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso, ad esclusione delle spese di avvio e di notifica, è dovuto per l'organismo di mediazione. È stata, inoltre, prevista, la qualifica *ex lege* di mediatori per tutti gli avvocati che, tuttavia, saranno tenuti a rispettare l'obbligo di formazione continua. La mediazione obbligatoria è, dunque, pienamente operante, anche se è stato previsto un periodo di prova di quattro anni. L'auspicio è che la Legge n. 98/13 possa aprire una seconda stagione per la mediazione civile e commerciale, si spera più fortunata della prima.

3. È noto che, specialmente nel corso degli anni Novanta, in coincidenza con l'apertura della lunga stagione di riforme del codice di procedura civile, il legislatore, a fronte delle difficoltà di realizzare una riforma generale ed organica, ha perseguito una parallela opera di promozione settoriale della conciliazione in diversi ambiti del contenzioso civile e commerciale, attraverso la previsione di strumenti, talvolta obbligatori, talvolta facoltativi, cui le parti avrebbero dovuto o potuto sottoporre le controversie tra loro insorte, in alternativa al ricorso alla tutela giurisdizionale<sup>8</sup>.

4. Il procedimento di mediazione funziona in modo diverso rispetto al giudizio civile, è in grado di far emergere aspetti e questioni relative alla controversia di cui, difficilmente, le parti vengono rese edotte nella cornice processuale, aumentando la consapevolezza dei soggetti che partecipano alla conciliazione e favorendo, in una logica di natura non conflittuale, un nuovo assetto di interessi in grado di condurre all'esito positivo della controversia<sup>9</sup>. Allo stato attuale, non solo si registra un'inversione di tendenza che recepisce un modello normativo-istituzionale di mediazione<sup>10</sup>, ma si è reso obbligatorio lo strumento conciliativo proprio per arginare il carico di contenzioso giudiziario e ridurre l'afflusso delle sopravvenienze che possono scaturire dall'esercizio dell'azione giudiziale<sup>11</sup>. All'articolato assetto normativo che ha condotto a recepire, nel sistema italiano, l'istituto della mediazione<sup>12</sup>, si è aggiunto il D.M. n. 180 del 2010<sup>13</sup>, dedicato ai profili di regolamentazione dell'istituto, ove sono stati disciplinate le modalità di iscrizione, la tenuta di un registro degli organismi di mediazione, nonché particolare attenzione è stata rivolta alle funzioni e alle responsabilità connesse al ruolo di mediatore<sup>14</sup>.

5. A sollecitare l'intervento normativo, promuovendo l'introduzione di nuove regole e nuove garanzie, è intervenuta, a più riprese, la disciplina comunitaria, da sempre favorevole a prevedere l'operatività di strumenti alternativi all'azione giudiziale, al fine di migliorare l'accesso alla giustizia da

---

presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale». Tale comma è stato inserito dall'art. 84, comma 1, lett. b), D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98, recante, «Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia» (G.U. n. 194, del 20 agosto 2013, Suppl. Ord. n. 63). Per l'applicabilità di tale disposizione si veda il comma 2 dell'art. 84 del medesimo D.L. n. 69/2013.

<sup>8</sup> F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, cit., p. 8. Occorre rilevare che: «La conciliazione ha visto così progressivamente crescere la sua potenzialità, ma al contempo aumentare la sua complessità normativa, se è vero che le varie discipline settoriali che si sono susseguite negli ultimi anni si sono caratterizzate per una crescente disomogeneità, non sempre giustificata da reali esigenze di diversificazione o specialità. All'incremento delle fonti normative e alla loro diversificazione non è del resto corrisposto un incremento significativo del numero dei procedimenti di conciliazione avviati».

<sup>9</sup> A. GRECO, *Rilievi critici sulla mediazione obbligatoria*, in *Resp. civ.*, 2011, p. 326 ss.

<sup>10</sup> S. CHIARLONI, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim.*, 2000, p. 447 ss.

<sup>11</sup> F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim.*, 2004, p. 1203.

<sup>12</sup> G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in *Foro it.*, 2010, V, p. 146.

<sup>13</sup> E. MINERVINI, *Il regolamento ministeriale sulla mediazione finalizzata alla conciliazione*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 339 ss.

<sup>14</sup> In argomento, si veda: M. FABIANI, *Profili critici del rapporto tra mediazione e processo*, in *Le Società*, 2010, p. 1142 ss.

parte dei cittadini dell'Unione europea. In tale prospettiva, si muove la Direttiva 2008/52/CE<sup>15</sup> relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, che si prefigge l'obiettivo di armonizzare le legislazioni dei diversi Paesi membri<sup>16</sup>. Pur se la normativa comunitaria non prevede esplicitamente modelli, è altrettanto vero che il legislatore europeo, ha fatto salva la possibilità che la normativa nazionale preveda una eventuale «obbligatorietà» del tentativo di mediazione, ponendo una condizione precisa e non superabile: di lasciare impregiudicata la potestà di ciascuna delle parti di esercitare il proprio diritto di accesso alla tutela giurisdizionale<sup>17</sup>.

6. L'esigenza di coordinare il quadro normativo elaborato con la Direttiva sulla mediazione rispetto alle peculiarità proprie dei vari sistemi processuali risulta, attualmente, tanto più avvertita se si pensa al diverso *background* normativo e culturale in cui la normativa comunitaria si è andata ad innestare. In tale ottica, si è resa indispensabile un'opera di *self restraint* da parte dell'Unione europea che si è limitata a delineare alcune regole fondamentali, non introducendo requisiti più specifici relativi alla struttura e al funzionamento della mediazione<sup>18</sup>.

7. L'istituto della mediazione non può essere correttamente inteso se non si stabilisce con chiarezza il rapporto che si instaura tra procedura conciliativa e processo, proprio per dare piena e concreta attuazione al principio della tutela giurisdizionale dei diritti, sancito all'art. 24 Cost.<sup>19</sup>. Il pieno funzionamento del processo presuppone che questo venga percepito dalla collettività non come l'unica strada possibile, ma come una delle plurime vie di soluzione al conflitto, al fine di realizzare, in ossequio ad un principio di ragionevolezza, un adeguato contemperamento di interessi contrapposti<sup>20</sup>.

## II. Il ruolo dell'avvocato nel procedimento conciliativo

8. Particolare rilievo assume, nella dialettica extraprocessuale in generale, e nella mediazione, in particolare, il ruolo dell'avvocato, ed il buon esito della procedura di mediazione si fonda, in gran parte, proprio sulla condotta, collaborativa o meno, che il medesimo adotta. In tale guisa, il professionista forense può favorire un accordo mediatorio consigliando alla parte, specie nella mediazione facilitativa, di aderire alla proposta di conciliazione.

9. Fondamentale è la piena consapevolezza, da parte dell'avvocato, del ruolo che riveste nella procedura di mediazione, operando come garante del corretto funzionamento della giustizia<sup>21</sup>.

10. In sostanza, il successo dello strumento conciliativo è connesso alla diffusione, nell'esperienza giuridica italiana, fortemente connotata dal modello giurisdizionale, di una cultura conciliativa

<sup>15</sup> M. GHIRGA, *Conciliazione e mediazione alla luce della proposta di direttiva europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 463 ss.

<sup>16</sup> Pone in evidenza l'iter storico che ha condotto all'elaborazione della Direttiva 2002/58/CE, M. GAMBINI, *La risoluzione on-line delle controversie nel commercio elettronico e nelle transazioni telematiche*, in *Mediazione civile e strumenti alternativi di composizione delle liti. Itinerari*, a cura di R. FAVALE e M. GAMBINI, Napoli, 2013, p. 341 ss, spec. 371.

<sup>17</sup> T. FABIANO, *Procedimento di mediazione e processo civile: profili di interazione in un'ottica di necessario coordinamento alla luce della C. cost. n. 272 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2013, p. 267 ss.

<sup>18</sup> F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, cit., p. 16, che rileva: «Un rapido sguardo ad alcuni dei principali ordinamenti europei suggerisce comunque un cauto ottimismo rispetto agli obiettivi dichiarati ed auspicati dal legislatore comunitario: la direttiva europea, infatti, rappresenta un ottimo punto di confronto e di crescita per le varie esperienze nazionali, su un terreno che appare culturalmente più *emancipato* dall'influenza nordamericana (che in effetti aveva segnato, in positivo e in negativo, larga parte delle prime esperienze europee in materia di ADR) e certamente più vicino alla tradizione giuridica di *civil law*».

<sup>19</sup> G. DOSI, *Dalla conciliazione giudiziale alla mediazione stragiudiziale*, cit., p. 343 ss.

<sup>20</sup> Così, I. PAGNI, *La mediazione dinanzi alla Corte Costituzionale dopo l'ordinanza del Tar Lazio n. 3202/2011*, in *Corr. Giur.* 2011, p. 995, spec. 1011. «L'effettività della tutela si assicura anche nel momento in cui si comprende che il modo in cui il sistema delle tutele funziona finisce per riverberarsi ed incidere sugli stessi diritti alla cui realizzazione il processo tende».

<sup>21</sup> F. DELFINI, *La mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali ed il ruolo dell'avvocatura*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 25 ss.

della lite. La condotta posta in essere dall'avvocato nella mediazione non è priva di riflessi sul piano applicativo, in quanto una sua azione anticipata o ritardata potrebbe esporre il cliente ad una responsabilità ai sensi dell'art. 116 c.p.c. e, comunque, ad una valutazione pregiudizievole in sede giudiziaria<sup>22</sup>. In alcune ipotesi, possono sorgere, a carico del professionista forense, responsabilità sia di natura deontologica che contrattuale, nel caso in cui la sua condotta negligente abbia cagionato un pregiudizio alla tutela degli interessi del proprio assistito.

**11.** Nella mediazione conciliativa l'avvocato è chiamato a valutare il rischio giuridico del contenzioso relativo alla controversia, tenendo ben presente non solo aspetti che ineriscono il c.d. rischio giudice, ma profili che possono arrecare un danno di carattere economico al proprio cliente, in ragione degli elevati costi connessi all'esercizio dell'azione giudiziale, nonché alla prevedibile durata del processo<sup>23</sup>. Il nuovo approccio<sup>24</sup> tende a promuovere la funzione svolta dall'avvocato nella dialettica conciliativa, con una conseguente valorizzazione delle competenze riservate ai professionisti forensi<sup>25</sup>.

**12.** Sul piano dogmatico, la prestazione del professionista forense si inquadra nell'ambito delle prestazioni di fare che, tradizionalmente, possono dar luogo a due diversi sottospecie di obbligazioni, di mezzi e di risultato<sup>26</sup>. La distinzione<sup>27</sup> tra le due ipotesi importa una diversa distribuzione, tra debitore e creditore, del rischio per la mancata realizzazione del risultato<sup>28</sup>. Rientra nella prima categoria la prestazione del professionista intellettuale (art. 2230 c.c.), nel cui ambito è da ricomprendersi l'attività esercitata dall'avvocato che si obbliga a difendere il cliente ma non a garantire la vittoria della causa<sup>29</sup>.

**13.** La natura giuridica dell'obbligazione assunta dal professionista con la stipulazione di un contratto di prestazione d'opera intellettuale si qualifica come un'obbligazione di mezzi e non di risul-

<sup>22</sup> M. BOVE, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in *Le Società*, 2010, p. 759 ss.

<sup>23</sup> G. SCARSELLI, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d. lgs. 28/2010*, in *Foro it.*, 2011, V, 56.

<sup>24</sup> Fondamentali in tema di fatto illecito, le riflessioni di F. GALGANO, *I fatti illeciti*, Padova, 2008, p. 15 ss. spec. 19 dove rileva, acutamente: «I giudici sono soliti ripetere che essi altro non fanno se non applicare la legge, esclusa ogni “funzione creativa” del diritto. E tuttavia che, pur nell'ambito di un sistema a diritto legislativo, entro il quale il giudice è a rigore vincolato dalla legge, la giurisdizione sia funzione creativa del diritto, e non soltanto applicativa del diritto prodotto per legge, è convincimento a tal punto diffuso da poterlo considerare come dato di cultura giuridica ormai acquisito». Si veda, inoltre, G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, in *Nuova giur. dir. civ. comm.*, Torino, 2010, p. 218 ss., spec. 239, ove pone in evidenza la complessità del sistema della responsabilità civile, organizzato intorno a regole generali e regole speciali. «La complessità del sistema non è solo strutturale, ma è anche conoscitiva: occorre un giurista europeo, ormai, per poter dare una risposta agli interrogativi che si affacciano in tutti i settori del diritto, compreso quello che per anni, appariva il meno vicino all'evoluzione normativa e strutturale. [...] In ambito europeo, si sta definendo un quadro comune di valori, in cui la responsabilità civile, intesa come complesso delle regole preposte alla difesa di interessi protetti, occupa una posizione privilegiata».

<sup>25</sup> F. DELFINI, *La mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali ed il ruolo dell'avvocatura*, cit., p. 137.

<sup>26</sup> L. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185. V. DE LORENZI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 397 ss.

<sup>27</sup> Tale distinzione in particolare con riferimento all'area medica, è stata sottoposta a vaglio critico da una parte della dottrina: E. QUADRI, *La responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Danno resp.*, 1999, p. 1165 ss. Per un panorama di tali critiche, cfr. P. IAMICELI, *La responsabilità civile del medico*, in *La responsabilità civile*, a cura di P. CENDON, Torino 1998, p. 343 ss. M.L. RUFFINI GANDOLFI, *In tema di responsabilità medica: tra incertezze giurisprudenziali e dubbi suscitati dalla Legge Balduzzi*, in *Giust. civ.*, 2013, p. 293 ss.

<sup>28</sup> La distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato è stata ritenuta da una parte della dottrina priva di fondamento perché, in astratto, non è configurabile un'obbligazione che non presupponga il raggiungimento di un risultato o, comunque, il soddisfacimento di un interesse del creditore. Si veda P. RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 191. In tale quadro, si innesta, la pronuncia della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 28 luglio 2005, n. 15781, nella quale la tradizionale distinzione tra obbligazioni di mezzo e di risultato viene svuotata di significato. Nell'iter motivazionale le Sezioni Unite ritengono che è inapplicabile alla prestazione d'opera intellettuale, in particolare a quella del progettista, la distinzione, fino ad ora seguita dalla giurisprudenza, fra obbligazioni di mezzi e di risultato, e che tale dicotomia, «non possa continuare ancora a costituire il criterio risolutivo della problematica relativa alle obbligazioni d'indole intellettuale, alla luce dei principi in tema di responsabilità contrattuale del professionista intellettuale».

<sup>29</sup> F.M. CIRILLO, *I limiti della responsabilità civile del professionista intellettuale*, in *Giust. civ.*, 2005, p. 231 ss.

tato<sup>30</sup>, poiché il professionista, all'atto di assunzione dell'incarico, si impegna ad espletare la sua attività mettendo a disposizione tutti gli strumenti necessari per consentire al cliente la realizzazione dello scopo avuto di mira<sup>31</sup>. La giurisprudenza, negli ultimi anni, ha rivisitato i precetti normativi contenuti negli artt. 1176 c.c. e 2236 c.c. relativi all'analisi del canone di diligenza richiesto per l'esercizio dell'attività forense, precisando che l'avvocato non è mai esonerato da responsabilità se non prospetta al cliente tutte le questioni rilevanti che ineriscono la trattazione della causa<sup>32</sup>. L'avvocato deve esercitare la sua attività professionale non solo rispettando le regole di condotta che presiedono all'esercizio dell'attività forense, ma deve agire in modo tale da tutelare gli interessi del cliente verificando, nel caso concreto, gli elementi e le circostanze che possano far propendere per la scelta di adire o meno la via giudiziale<sup>33</sup>.

**14.** Il fondamento della responsabilità dell'avvocato nella mediazione<sup>34</sup> non può esaurirsi nell'esclusiva osservanza delle previsioni normative e deontologiche che disciplinano la materia, ma si estende all'ordinamento giuridico più in generale, e ne condiziona l'efficienza e la corretta operatività<sup>35</sup>. In questa ottica, si inserisce la problematica dei rapporti dell'avvocato sia con il proprio cliente, che con il mediatore<sup>36</sup>.

**15.** Le funzioni riconosciute al mediatore<sup>37</sup>, soggetto terzo e imparziale, assumono una diversa articolazione nella mediazione di tipo facilitativo, rispetto a quella di carattere valutativo. Nella prima, il mediatore opera esclusivamente al fine di guidare le parti che agiscono in piena autonomia e aderiscono ad un accordo conciliativo ritenuto soddisfacente rispetto al loro assetto di interessi, nella seconda, invece, il mediatore, nel caso in cui l'approccio amichevole non abbia dato esito positivo, esamina le pretese delle parti e formula una proposta di accordo<sup>38</sup>. Proprio nell'ottica di evitare il pericolo che possano sorgere eventuali conflitti di interessi, sono stati individuati limiti all'esercizio delle funzioni di mediatore. Sintomatica è l'incompatibilità ad assistere una parte in una procedura di mediazione se il medesimo soggetto, precedentemente, abbia rivestito la funzione di mediatore. In particolare, il professionista forense non potrà intrattenere rapporti professionali con una delle parti se non siano decorsi almeno due anni dalla definizione del procedimento di mediazione. Tale limite opera anche con riferimento a questioni interessate da procedimenti di mediazione ormai conclusi, salva l'ipotesi in cui l'oggetto dell'atti-

<sup>30</sup> M. GIORGIANNI, *Obbligazione (diritto privato)*, in *Nss. D.I.*, XI, Torino 1965, p. 598 ss. In riferimento alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, v. G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni « di mezzi » e « di risultato »*. *Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Napoli 1999, p. 130 ss.

<sup>31</sup> P. BARTOLOMUCCI, C. PETRILLO e R. VACCARELLA, *I rimedi e la risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *I diritti dei consumatori*, t. II, a cura di G. ALPA, in *Tratt. dir. priv. Un. eur.*, diretto da G. Ajani e G. Benacchio, Torino, 2009, p. 655 ss.

<sup>32</sup> F. PARENTE, *La mediazione conciliativa: dalla struttura della fattispecie all'architettura del regime degli effetti*, in *Riv. not.*, 2011, p. 765.

<sup>33</sup> F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale. Il contratto in generale. I singoli contratti*, in *Tratt. dir. civ.*, II, 2ª ed., Padova, 2010, p. 3 ss.

<sup>34</sup> B. MEOLI, *La responsabilità civile dell'avvocato*, in *Professioni e responsabilità civile. Professioni legali, tecniche, mediche*, opera diretta da P. STANZIONE e S. SICA, Bologna, 2010, p. 3 ss.

<sup>35</sup> N. TROCKER, *Il processo civile in prospettiva comparatistica: recenti tendenze evolutive*, in *Rass. for.*, 2006, p. 1505, che evidenzia come nella vasta letteratura che accompagna le riforme del processo civile, in molti Paesi, l'elemento che assume importanza decisiva per una corretta visione dei problemi e delle esigenze di rinnovamento della giustizia civile, «è costituito dall'Avvocatura, dal ruolo che essa svolge nel processo civile, dalla necessità che tale ruolo venga svolto ad un livello qualitativamente alto». F. CIPRIANI, *La professione di avvocato*, Napoli, 2001, p. 201 ss.

<sup>36</sup> Per profili relativi alla giustizia disciplinare, si veda, *Giustizia disciplinare e professioni legali: casi e questioni*, (a cura di) A. FLAMINI, L. MEZZASOMA, L. RUGGERI, A. TARTAGLIA POLCINI, Napoli, 2012.

<sup>37</sup> F.P. LUISO, *L'eccesso di delega della mediazione obbligatoria e le incostituzionalità consequenziali*, in *Le Società*, 2013, p. 71 ss., spec. 78, pone in rilievo: «Piuttosto, merita sottolineare che il mediatore proprio perché "esperto" in tecniche di negoziazione e non in materie giuridiche - non può essere onerato anche della redazione del contratto che risolve la controversia. Il mediatore ha il compito di far incontrare la volontà negoziale delle parti, e quindi opera sul piano dei bisogni e degli interessi: la traduzione in termini giuridici della volontà negoziale delle parti non è compito del mediatore».

<sup>38</sup> F. PARENTE, *La mediazione conciliativa: dalla struttura della fattispecie all'architettura del regime degli effetti*, cit., p. 764. In tal senso l'A. evidenzia: «Il regime delle spese, nell'ipotesi di corrispondenza tra il contenuto della proposta e il *decisum* del provvedimento giudiziale, si sostanzia in una deroga legislativa al principio della soccombenza. La deroga è affidata al potere del giudice di sanzionare la "condotta strumentale" tenuta dalla parte durante la procedura di mediazione e nel corso del processo».

vità sia diverso da quello su cui verte il procedimento conciliativo<sup>39</sup>. Dalla partecipazione alla procedura di mediazione può sorgere, a carico del mediatore, una responsabilità di natura civilistica, e la disciplina giuridica cui ricondurre tale disposizione sembra essere quella della responsabilità contrattuale da «contatto sociale»<sup>40</sup>, in quanto lo stesso, entrando in relazione «qualificata» con le parti, risponde secondo il noto statuto della responsabilità da contatto sociale che assurge a fonte di un rapporto obbligatorio, modellato sul contratto d'opera intellettuale<sup>41</sup>. Tale figura è sicuramente applicabile, atteso che il mediatore opera come un professionista che, pur in assenza di un contratto stipulato con le parti, è sempre tenuto ad adottare una condotta tesa a tutelare e proteggere gli interessi delle medesime<sup>42</sup>. Il legame che si instaura fra avvocato e mediatore assume valore determinante per il successo della mediazione<sup>43</sup>, al fine di promuovere una reale dimensione collaborativa tra le parti che, congiuntamente, sono in grado di elaborare prospettive comuni e soluzioni condivise<sup>44</sup>. La procedura di mediazione, nelle intenzioni del *conditor iuris* interno deve tenere conto del reale obiettivo perseguito dal D.Lgs. n. 28 del 2010, che è quello di consentire alle parti di confrontarsi su un terreno non contenzioso, dinanzi ad un soggetto *super partes*, il mediatore, che si muove nell'ottica di promuovere una possibile soluzione conciliativa della lite. Fondamentale, in tale ottica, è il superamento di una preconcepita indisponibilità ad ogni forma di partecipazione da parte dell'avvocato che, al contrario, deve porsi in una ottica di attiva e leale collaborazione, nel procedimento di mediazione<sup>45</sup>, al fine di non vanificare le potenzialità dello strumento conciliativo. In tale prospettiva, l'art. 8, comma 5 del D.Lgs. 28 del 2010, consente al giudice di trarre dalla «mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione» delle parti, argomenti di prova nel successivo giudizio, ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c.<sup>46</sup>.

**16.** Nella mediazione, la composizione del conflitto ha fonte esclusivamente negoziale<sup>47</sup>, in quanto è solo il contratto che compone gli interessi delle parti, traducendosi in un accordo con il quale i

<sup>39</sup> I. PAGNI, *La mediazione dinanzi alla Corte Costituzionale dopo l'ordinanza del Tar Lazio n. 3202/2011*, cit., p. 1009, ove scrive: «Stando così le cose, è comprensibile che la necessità di una particolare preparazione giuridica del mediatore in qualche modo si stemperi, anche se, a mio avviso, la previsione contenuta nell'art. 13 d.m. 180/2010, per cui "il giudice che nega l'omologazione, provvedendo ai sensi dell'art. 12 del decreto legislativo, trasmette al responsabile e all'organismo copia del provvedimento di diniego", implica una volontà della disciplina di recuperare in varia guisa l'esigenza di un'attenzione dell'organismo, e del mediatore che conduce il tentativo di conciliazione, verso una verifica anticipata, rispetto all'omologazione, del rispetto delle regole che presidiano la stipula dei contratti, pur quando non ci si voglia spingere ipotizzando l'esistenza di un dovere di protezione, ed una conseguente possibile responsabilità, in capo al mediatore».

<sup>40</sup> S. ROSSI, *Contatto sociale (fonte di obbligazione)*, in *Dig. Disc. priv., Sez. civ., Agg., \*\*\*\*\**, Torino, 2010, p. 346 ss., spec. p. 351, ove pone in evidenza: «Il modello del rapporto obbligatorio senza prestazione può quindi trovare valido impiego ogniqualvolta vi sia un "contatto sociale" tra soggetti non legati da un preesistente rapporto contrattuale, che sia caratterizzato, come avviene nelle trattative negoziali, dall'affidamento di una parte nei confronti dell'altra, affidamento che viene fondato sulla professionalità, in funzione della quale si determinano obblighi di correttezza o di protezione verso chi ha riposto nello status una ragionevole fiducia».

<sup>41</sup> C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2006. In materia si veda l'importante contributo di: G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004. ID., *Il contratto con effetti protettivi per i terzi ed interessi discordanti*, in *Contr. impr. Eur.*, 2010, p. 511 ss.

<sup>42</sup> G. BUFFONE, *Diritto processuale della mediazione*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 2346 ss. che pone in rilievo: «Come noto, la tesi della responsabilità da contatto cd. qualificato trova il suo archetipo logico-giuridico nella teoria civilistica della responsabilità per inadempimento senza obblighi di prestazione, elaborata con riferimento a fattispecie di danno di difficile inquadramento sistematico in quanto "ai confini tra contratto e torto"».

<sup>43</sup> R. CAPONI, *La riuscita della legge per ridurre il contenzioso passa per un'adeguata formazione degli operatori*, in *Guida dir.*, 2010, p. 12, p. 48 ss.

<sup>44</sup> A. BERLINGUER, *La nuova disciplina della mediazione resta ancora in bilico tra Stato e mercato*, in *Guida dir.*, n. 12, 2010, p. 12.

<sup>45</sup> A. BERLINGUER, *Solo un maggiore coinvolgimento degli avvocati assicura appetibilità alla conciliazione giudiziale*, in *Guida dir.*, n. 46, 2009, p. 10 ss.

<sup>46</sup> G. ARIETA, *La domanda di mediazione e le regole di instaurazione del procedimento*, in *Corr. Giur.*, 2011, p. 565 ss.

<sup>47</sup> I. PAGNI, *La mediazione dinanzi alla Corte Costituzionale dopo l'ordinanza del Tar Lazio n. 3202/2011*, cit., p. 1009. «Nonostante il legame tra la vicenda presupposta, la lite e l'accordo raggiunto, al mediatore, dunque, non è richiesto di pronunciarsi sulla domanda di una parte, fondata su una pretesa che presuppone una norma da applicare; e, anche nel caso in cui il mediatore formuli una proposta, sono comunque soltanto le parti a realizzare quell'atto dispositivo che è espressione dell'autonomia negoziale e che deve rispettare i limiti dell'art. 1322 c.c.».

soggetti che partecipano alla procedura di mediazione dettano una regola per disciplinare i loro rapporti e con il quale superano il conflitto. Al contrario, nella dimensione giudiziale, il giudice tende a riconoscere ragioni e torti e, dunque, si pone in un'ottica decisoria e non compositiva.

17. La struttura che caratterizza l'interazione giudiziaria<sup>48</sup> impone al giudice, che «in realtà è un altro soggetto che interviene nella comunicazione aggiungendovi la propria percezione delle cose, che può divergere da quella di tutte le parti in causa»<sup>49</sup>, di discriminare fra le avverse pretese e adottare una decisione, rispondendo alle istanze formulate dalle parti. In effetti, la propensione delle parti ad accordarsi sia in ambito processuale sia nel contesto della conciliazione, è in gran parte dovuta all'attività svolta dagli avvocati<sup>50</sup>. Che l'avvocato possa trasformarsi in mediatore, d'intesa con il legale della controparte, e facilitare la conciliazione di una lite, è esperienza comune di ogni pratico del diritto, non solo dei sociologi esperti di professione legale<sup>51</sup>.

18. Tale approccio ermeneutico<sup>52</sup>, sembra fornire una corretta chiave di lettura per comprendere i cambiamenti che stanno, dovunque, interessando la professione forense, anche laddove i ranghi della professione legale siano soggetti, come in Italia, ad un'incontrollabile ipertrofia, a discapito del livello economico ed etico dell'avvocatura<sup>53</sup>.

### III. Il dovere di informazione nella mediazione

19. Attualmente, nel solco della tendenza manifestatasi a livello europeo, si registra un notevole incremento dei mezzi alternativi di soluzione delle controversie. La mediazione finalizzata alla conciliazione diventa sempre più «struttura» del sistema ordinamentale, nel cui ambito la fonte del diritto, ossia la legge formale e sostanziale, non rappresenta che una soltanto delle componenti della più complessa creatività della produzione normativa<sup>54</sup>.

20. Il ruolo dell'avvocato nella mediazione va letto in maniera coordinata con le funzioni del mediatore, e rileva sotto due distinti profili<sup>55</sup>, da un lato incombono sul professionista specifici obblighi informativi nei confronti del cliente relativi alla facoltà di promuovere una conciliazione *ante causam*<sup>56</sup>, dall'altro l'avvocato deve agire nel pieno rispetto delle regole di condotta che presiedono l'esercizio della prestazione forense<sup>57</sup>. In tale prospettiva, particolare rilievo va assegnato alla previsione dell'assistenza legale obbligatoria nella procedura di mediazione (artt. 5 comma 1 *bis* e 8, D.Lgs. 28/2010), giustificata dall'esigenza di orientare e consigliare le parti che partecipano alla mediazione, nel caso in cui debbano compiere valutazioni e scelte di natura tecnico-giuridica<sup>58</sup>.

<sup>48</sup> Tali considerazioni trovano ampio riconoscimento nel pensiero di un sociologo tedesco, N. LUHMANN, *Conflitto e diritto*, in *Laboratorio politico*, 1982, II, 1, p. 5 ss.

<sup>49</sup> V. FERRARI, *Le parti e il rischio del processo*, in *Riv. trim.*, 2008, p. 37 ss., spec. 46.

<sup>50</sup> P. BIAVATI, *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, Torino, 2003, p. 130 ss. R. TISCINI, *Vantaggi e svantaggi della nuova mediazione finalizzata alla conciliazione: accordo e sentenza a confronto*, in *Giust. Civ.*, 2010, II, p. 489 ss.

<sup>51</sup> Così, V. FERRARI, *Le parti e il rischio del processo*, cit., p. 55, che fa notare: «Ciò detto, sarebbe importante conoscere meglio le modalità con cui questa attività degli avvocati viene svolta in una economia che, imponendo soluzioni rapide e penalizzando ogni ritardo, sembra smentire il trito luogo comune secondo cui l'avvocato avrebbe interesse a prolungare indefinitamente il corso di una lite».

<sup>52</sup> R. CAPONI, *La prospettiva dell'efficienza spinge la conciliazione*, in *Guida dir.*, 2009, n. 28, p. 58.

<sup>53</sup> V. FERRARI, *Le parti e il rischio del processo*, cit., p. 55.

<sup>54</sup> F. PARENTE, *La mediazione conciliativa: dalla struttura della fattispecie all'architettura del regime degli effetti*, cit., p. 763.

<sup>55</sup> Fondamentale, in argomento, il contributo di R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, Padova, 2011.

<sup>56</sup> R. CAPONI, *Delega in materia di conciliazione delle controversie*, in *Foro it.*, 2009, V, 354.

<sup>57</sup> M. BOVE, *Le sanzioni per la mancata cooperazione in mediazione*, in *Le Società*, 2012, p. 303 ss. che rileva: «Così oggi, alla mancata cooperazione in mediazione, senza un giustificato motivo, sono collegate due sanzioni, una economica ed una incidente sul merito della decisione della lite».

<sup>58</sup> A. NICOLA, *La nuova mediazione dopo il c.d. decreto «del fare» e la mediazione condominiale*, in *Immobili e proprietà*, 2013, p. 587 ss.

**21.** L'art. 4, comma 3, D. Lgs 28/2010<sup>59</sup> pone, a carico dell'avvocato, sia l'obbligo di informare<sup>60</sup> il proprio assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione<sup>61</sup>, sia di informarlo nei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. La mancata o incompleta informazione dovuta dal professionista ha ripercussioni sia sul piano del rapporto contrattuale che questi ha con il cliente, sia sul piano del processo<sup>62</sup>. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. L'adempimento dell'obbligo di informazione riveste carattere tridimensionale<sup>63</sup>, secondo le coordinate temporale, contenutistica e formale, la violazione delle quali prevede la sanzione dell'annullabilità del contratto stipulato con il professionista forense<sup>64</sup>.

**22.** Connesso al dovere di informazione, vi è il dovere di riservatezza che incombe sull'avvocato<sup>65</sup>, come esplicazione del più generale rispetto del segreto professionale. Il dovere di riservatezza e l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite durante il procedimento di mediazione non si riferisce alle circostanze che le parti avrebbero comunque allegato in giudizio a sostegno delle proprie pretese, ma solo a quelle di cui, senza il procedimento di conciliazione, non sarebbero mai venute a conoscenza<sup>66</sup>.

**23.** Appare evidente, dunque, che quando si affronta la problematica della c.d. difesa tecnica prestata dall'avvocato, non si possa prescindere dal considerare l'insieme degli obblighi integrativi e protettivi che gravano sullo stesso<sup>67</sup>.

**24.** La previsione di una specifica prescrizione di forma scritta rappresenta, inoltre, uno strumento efficace per assicurare il corretto adempimento dell'obbligo di informazione, la cui inosservanza viene sanzionata con l'annullabilità del contratto di patrocinio, di cui si prevede, con una giusta funzione coercitiva, l'invalidità. Si discute se l'avvocato sia tenuto ad assolvere gli obblighi informativi nei confronti del proprio cliente all'atto del conferimento del mandato difensivo o separatamente, in quanto si ritiene che non vi sia, necessariamente, coincidenza temporale rispetto al momento del rilascio della

<sup>59</sup> Art. 4, comma 3, D.Lgs. 28/2010: «All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito è annullabile. Il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1-bis, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione».

<sup>60</sup> R. FAVALE, *La mediazione e l'obbligo informativo*, in *Mediazione civile e strumenti alternativi di composizione delle liti. Itinerari*, a cura di R. FAVALE e M. GAMBINI, Napoli, 2013, p. 93 ss., pone in rilievo come vi possa essere una dissociazione soggettiva fra cliente e assistito e il contratto di patrocinio.

<sup>61</sup> Sentenza Corte Cost. 6 dicembre 2012, n. 272, ove il rimettente pone in rilievo la lettera n) dell'art. 60 della legge delega prevede: «il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima della instaurazione del giudizio della "possibilità" e non dell'obbligo di avvalersi della conciliazione. Al riguardo il giudice a quo rileva che la possibilità è, ovviamente, diversa dalla obbligatorietà e l'accentuazione di tale differenza non sarebbe superflua, vertendo nel capo della deontologia professionale, ovvero in un complesso di obblighi e doveri la cui inosservanza può determinare conseguenze pregiudizievoli in base all'ordinamento civile (risarcimento del danno), amministrativo (sanzioni disciplinari) e pubblicistico (art. 4, comma 4, del d.lgs. n. 28 del 2010), che richiedono l'esatta individuazione del precetto presidiato dalle sanzioni».

<sup>62</sup> Si veda, in particolare: R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 152, spec. 157.

<sup>63</sup> U. PERFETTI, *Mediazione e conciliazione: aspetti sostanziali e deontologici*, in *Rass. for.*, 2010, p. 32.

<sup>64</sup> R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 157 che, con acutezza, avverte: «La storia e il contesto della norma lasciano pochi dubbi su una ricostruzione della figura dell'annullabilità conforme ad una filosofia di protezione del contraente non professionista».

<sup>65</sup> Si veda, Trib. Prato, 30 marzo 2011, con commento di R. DI IORIO, *Prime applicazioni delle «mediazione obbligatoria»: spunti di riflessione su una nuova forma di giurisdizione condizionata*, in *Giur. merito*, 2011, p. 2149 ss.

<sup>66</sup> D. BORGHESI, *Riservatezza e segreto nella mediazione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), il quale condivide l'idea che le norme in esame debbano essere interpretate, dal giudice del successivo processo, in modo da evitare che le parti trasformino il procedimento di mediazione nel luogo in cui nascondere le prove allo scopo di renderle inutilizzabili nel susseguente giudizio.

<sup>67</sup> E. MARMOCCHI, *La mediazione professionale: l'adoperarsi del mediatore*, in *Riv. not.*, 2011, p. 255 ss., spec. 263.

procura alle liti, ad esempio, nell'ipotesi in cui il legale abbia ricevuto l'incarico di svolgere una previa attività stragiudiziale inerente la controversia<sup>68</sup>.

**25.** La sentenza della Corte Costituzionale del 6 dicembre 2012, n. 272<sup>69</sup> ha censurato, per eccesso di delega legislativa<sup>70</sup>, il carattere obbligatorio<sup>71</sup> della mediazione conciliativa nelle controversie civili e commerciali, per le materie espressamente indicate nell'art. 5, comma 1, del D.lgs. n. 28/2010<sup>72</sup>. Il *conditor iuris* prima della censura di illegittimità costituzionale aveva espressamente delimitato la sfera di operatività della mediazione obbligatoria, ai diritti reali, alla divisione, alle successioni ereditarie, ai patti di famiglia, alla materia condominiale, alla locazione, al comodato, all'affitto di azienda, al risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti, al risarcimento del danno da responsabilità medica, nonché ai contratti assicurativi, bancari e finanziari. La scelta di prevedere alcuni settori (si pensi alla materia condominiale) fra le materie di mediazione c.d. obbligatoria, non appare affatto casuale, tenuto conto dell'elevato grado di litigiosità e la vasta dimensione sociale della conflittualità. La Consulta<sup>73</sup>, nella motivazione della sentenza, afferma che «il contenuto della delega deve essere identificato tenendo conto del complessivo contesto normativo nel quale si inseriscono la legge di delega e i relativi principi e criteri direttivi, nonché della finalità che la ispirano, che costituiscono non solo base e limite delle norme delegate, ma anche strumenti per l'interpretazione della loro portata». Particolare rilievo riveste dunque, l'osservanza, nella mediazione, degli obblighi informativi posti a carico dell'avvocato nei confronti del proprio assistito, circa la facoltà o, nelle materie espressamente indicate, l'obbligo, di promuovere una procedura conciliativa<sup>74</sup>, al fine di favorire una soluzione negoziata della lite<sup>75</sup>.

<sup>68</sup> E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim.*, 2010, p. 653, spec. 662.

<sup>69</sup> C. GAMBA, *La Corte costituzionale e la mediazione: un «giudice indifferente al conflitto» o una Corte che tace?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 569 ss.; F. VALERINI, *Ecco la sentenza sulla mediazione: la parola passa ora al parlamento (se vorrà)*, in *Dir. giust.*, 2012, p. 1126 ss.

<sup>70</sup> In tale ambito si innesta l'ordinanza del Tar Lazio, sez. I, 12 aprile 2011, n. 3202, in *Corr. Giur.* 2011, p. 995 ss. con commento di I. PAGNI, *La mediazione dinanzi alla Corte Costituzionale dopo l'ordinanza del Tar Lazio n. 3202/2011*, che evidenzia: «L'effettività della tutela si assicura anche nel momento in cui si comprende che il modo in cui il sistema delle tutele funziona finisce per riverberarsi ed incidere sugli stessi diritti alla cui realizzazione il processo tende. E questo vale ancor più per quelle controversie (e sono quasi tutte quelle dell'art. 5 D. Lgs. 28/2010, non ultima la materia della responsabilità medica, in cui, per varie ragioni, la prospettiva di un rapporto che prosegue tra le parti è certamente una di esse, ma non è la sola, è estremamente opportuna quella attenta riflessione su pro e contro dell'azione giudiziale che la mediazione, se correttamente condotta, se ne viene ben inteso il senso e la funzione, [...] aiuta le parti della lite ad effettuare».

<sup>71</sup> I. PAGNI, *op. cit.*, p. 1011. Il giudice amministrativo si è pronunciato in tema di obbligatorietà del previo esperimento della mediazione al fine dell'esercizio della tutela giudiziale in determinate materie, paventando che nelle materie oggetto del tentativo obbligatorio di conciliazione, quella «incisiva influenza da parte di situazioni preliminari e pregiudiziali sull'azionabilità in giudizio di diritti soggettivi e sulla successiva funzione giurisdizionale statutale». In particolare le doglianze che il Tar ha ritenuto non manifestamente infondate e rilevanti, sono relative al fatto che la previsione, nell'art. 5, di una condizione di procedibilità della domanda giudiziale in determinate materie, rilevabile anche d'ufficio, precluderebbe l'accesso diretto alla giustizia, disattendendo espressamente le previsioni della legge delega, in quanto, secondo il Tar, essa non «possa rientrare nella discrezionalità commessa alla legislazione delegata, quale mero sviluppo o fisiologica attività di riempimento della delega, anche tenendo conto della sua *ratio* e finalità, nonché del contesto normativo comunitario al quale è ricollegabile».

<sup>72</sup> Tar Lazio, sez. I, 12 aprile 2011, n. 3202, in *Giur. merito*, 2011, p. 1926 ss. con nota di S. VIOTTI, *Le questioni di legittimità costituzionale sulla mediazione civile e commerciale*.

<sup>73</sup> Per un primo commento si rinvia a: F.P. LUISO, *L'eccesso di delega della mediazione obbligatoria e le incostituzionalità consequenziali*, in *Le Società*, 2013, p. 71 ss., spec. 80, ove osserva: «La mediazione è così restituita dalla Corte costituzionale al suo ambito naturale: quello di uno strumento negoziale, che si fonda su valutazioni di opportunità e convenienza le quali non devono essere artificialmente distorte dal timore di possibili ripercussioni negative nell'eventuale successivo episodio contenzioso».

<sup>74</sup> C. PUNZI, *Le riforme del processo civile e degli strumenti alternativi per la soluzione delle controversie*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1231 ss. ID., *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 845 ss.

<sup>75</sup> F. DELFINI, *La mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali ed il ruolo dell'avvocatura*, cit., pag. 137 ss.

#### IV. Profili applicativi

26. Per comprendere meglio i doveri che incombono sull'avvocato nel procedimento di mediazione, è necessario verificare quali sono state le ricadute, sul piano operativo, che l'entrata in vigore della disciplina sulla mediazione ha prodotto. In tal senso, particolarmente significativa è una pronuncia emessa dal Tribunale di Varese il 6 maggio 2011<sup>76</sup>, ove si fornisce un importante chiarimento in merito agli obblighi di informazione *ex art. 4 D.lgs 28/2010*.

27. Il Tribunale ha affermato che, ai sensi dell'art. 4, comma 3, del D.Lgs. n. 28 del 2010, all'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto ad informare il cliente, rispettando la prescrizione della forma scritta, della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione *ante causam*. L'obbligo non è adempiuto quando nella procura estesa a margine della citazione, il difensore inserisca una clausola di stile o operi un rinvio *per relationem* alle previsioni normative. Il giudice all'atto introduttivo del giudizio, qualora rileva la mancata allegazione del documento contenente l'informativa resa dall'avvocato al proprio cliente, al fine di sanare l'eventuale condotta omissiva tenuta dal professionista provvede ad informare la parte della facoltà di chiedere la mediazione conciliativa<sup>77</sup>. Il professionista forense, seguendo l'*iter* argomentativo del giudice di merito, ha omesso di fornire un'adeguata informazione, ritenendosi, nel caso concreto, non sufficiente il mero richiamo, nella procura alle liti, degli articoli di legge mediante una *relatio* normativa che il cliente, difficilmente, può comprendere.

28. La violazione dell'obbligo di informazione dell'avvocato potrebbe rilevare sotto il profilo deontologico, come illecito disciplinare, pur in assenza di un richiamo diretto della legge<sup>78</sup>. In proposito, può trovare applicazione la norma di cui all'articolo 40, del Codice deontologico forense rubricato «Obbligo di informazione», secondo cui «l'avvocato è tenuto ad informare chiaramente il proprio assistito, all'atto dell'incarico, delle caratteristiche e dell'importanza della controversia o delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzione possibili». La disposizione ha un'ampiezza contenutistica tale da giustificare una sua applicazione estensiva in caso di inosservanza degli obblighi informativi che gravano sull'avvocato nel procedimento di mediazione.

#### V. La sentenza della Corte Costituzionale, 6 dicembre 2012, n. 272

29. La disciplina della mediazione impone una diversa lettura ricostruttiva ed un diverso approccio interpretativo, alla luce della pronuncia della Corte Costituzionale del 6 dicembre 2012, n. 272<sup>79</sup> che ha prodotto una vera e propria «rivoluzione» rispetto all'assetto normativo disegnato dal D.lgs. n. 28 del 2010. L'intera materia della mediazione ha subito una profonda revisione ad opera della decisione adottata dalla Consulta<sup>80</sup> che ha dichiarato l'incostituzionalità della previsione di cui all'art. 5, D.lgs. 28/2010, per eccesso di delega legislativa, nella parte in cui prescrive l'obbligatorietà del filtro precontenzioso della mediazione limitatamente ad alcune materie. I giudici hanno ravvisato un eccesso

<sup>76</sup> Ordinanza del Tribunale di Varese, 6 maggio 2011, con commento di N. SOLDATI, *Rafforzato l'obbligo di comunicare al cliente le caratteristiche dello strumento alternativo*, in *Guida Dir.*, 2011, n. 27, XI.

<sup>77</sup> Si veda, inoltre: Cass. 4 novembre 2011, Sez. Un., n. 22882, in *Diritto e giustizia*, 2011, p. 5 ss.

<sup>78</sup> R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 158.

<sup>79</sup> Corte Costituzionale Sentenza 6 dicembre 2012, n. 272, in *Lav. giur.*, 2013, p. 483 ss. con nota di C.I. BUONOCORE, *La Consulta e l'incostituzionalità dell'obbligo del previo tentativo di mediazione*, che pone in evidenza: «La Corte costituzionale, al fine di verificare la sussistenza dell'eccesso di delega, è partita dall'analisi della scelta di *drafting* normativo adottato in relazione alla obbligatorietà della mediazione, e cioè: a) l'art. 60 l. 18 luglio 2009, n. 69, b) la normativa UE (in particolare la direttiva 52/2008), e c) il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5».

<sup>80</sup> Si veda, in argomento: M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto?*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pag. 356 ss; V. VIGORITI, *La direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione?*, in *Riv. arb.*, 2009, pag. 1 ss.

di delega legislativa rispetto ai contenuti fissati dall'art. 60, legge di delega n. 69 del 2009 e una non conformità agli obiettivi indicati dalla Direttiva comunitaria 2008/52/CE<sup>81</sup>.

**30.** Il fondale europeo della mediazione conciliativa e la matrice comunitaria della disciplina, modellata sui contenuti della Direttiva 2008/52/CE, impone agli Stati membri di intervenire, in maniera efficace, sul sistema della giustizia, favorendo l'ingresso di strumenti di risoluzione negoziata dei conflitti al fine di affrontare, adeguatamente, le sfide che le nuove dinamiche economiche e sociali prospettano<sup>82</sup>. L'*iter* argomentativo dei giudici prende le mosse dalla Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio «relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale», che si prefigge l'obiettivo di istituire procedure extragiudiziali ed alternative di risoluzione delle controversie civili e commerciali. Il quattordicesimo *Considerando* della Direttiva precisa che si «dovrebbe inoltre fare salva la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto ad incentivi o sanzioni, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario»<sup>83</sup>. L'opzione in favore di un modello che prescrive l'obbligatorietà della mediazione *ante causam* non trova fondamento nelle fonti comunitarie<sup>84</sup>, che si rivelano neutrali in ordine alla scelta del modello di mediazione da adottare, che resta demandata ai singoli Stati membri, purché sia garantito il diritto di adire i giudici competenti per la definizione giudiziaria delle controversie. Inoltre, la Corte Costituzionale precisa che «il carattere obbligatorio della mediazione non è intrinseco alla sua *ratio*, come agevolmente si desume dalla previsione di altri moduli procedurali (facoltativi o disposti su invito del giudice), del pari ritenuti idonei a perseguire effetti deflattivi e quindi volti a semplificare e migliorare l'accesso alla giustizia»<sup>85</sup>. La scelta di reintrodurre un meccanismo di filtro precontenzioso obbligatorio, per le materie indicate dall'art. 5, comma 1 *bis*, D.Lgs. 28/2010, sembra produrre un esito che interferisce, distorsivamente, con i principi enucleabili dall'assetto normativo sovranazionale (14° *Considerando* della Direttiva 2008/52/Ce), nonché con il principio fondamentale sancito dalla Carta costituzionale in tema di accesso alla giustizia (art. 24 Cost.). La previsione di un sistema che prescrive, per alcune materie, l'obbligatorietà della mediazione potrebbe, in concreto, arrecare un *vulnus* al principio della tutela dei diritti sancito dall'art. 24 Cost.<sup>86</sup>. Prima di poter affermare che

<sup>81</sup> S. VIOTTI, *La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, quale misura normativa ed alternativa a valenza strategica*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 1232 ss.

<sup>82</sup> F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Milano, 2008, p. 45, che osserva: «La globalizzazione, intesa come fenomeno di diffusione su scala mondiale dei rapporti economici, sociali e anche giuridici, porta, infatti, con sé la diffusione di una cultura giuridica globale che [...] inevitabilmente a ridurre le differenze esistenti tra gli ordinamenti giuridici moderni». Sulla globalizzazione fondamentali le riflessioni di: M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Bari-Roma, 2012. ID., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000.

<sup>83</sup> Così, Corte Cost. 6 dicembre 2012, n. 272, che aggiunge: «Per completare il quadro, è da considerare, nei limiti di seguito precisati, la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea pronunciata in data 18 marzo 2010, Sezione quarta, pronunciata nelle cause riunite C-317/08, C-318/08, C-320/08».

<sup>84</sup> *Contra* R. TISCINI, L'incostituzionalità della mediazione obbligatoria per eccesso di delega: *una scelta discutibile*, nota a Corte Cost. 6 dicembre 2012, n. 272, in *Riv. arb.*, 2013, p. 105 ss., che rileva: «È tuttavia un errore di prospettiva pensare che per introdurre in Italia un decreto delegato volto a contemplare un modello di mediazione obbligatoria - nel rispetto degli artt. 76 e 77 Cost. - vi debba essere una disposizione a ciò abilitante (in positivo) di fonte comunitaria. I parametri dell'eccesso di delega vanno misurati in senso stretto nel rapporto tra legge delega e decreto delegato; rispetto a ciò, la conformità alle direttive sovranazionali (europee) vale quale utile strumento interpretativo (tanto della legge delega, quanto del decreto delegato) da leggersi in negativo, nel senso di delineare i confini di ciò che la disciplina nazionale non può regolare (onde evitare il contrasto con quella comunitaria). Non ci si doveva aspettare perciò una esplicita legittimazione del legislatore nazionale a favore della mediazione obbligatoria proveniente dalla normativa europea: quest'ultima competente a definire in negativo la discrezionalità legislativa nazionale, piuttosto che a rappresentarla in positivo (cioè che «non può» contemplare per restare in linea con le prospettive europee, e non ciò che deve concretamente disciplinare). In altre parole, dalla normativa europea poteva desumersi in termini negativi un divieto nei confronti della mediazione obbligatoria. Una volta compreso, di contro, che l'atteggiamento comunitario rispetto al problema era opposto - evidente essendo il favor per gli strumenti conciliativi, anche quando imposti al processo come condizione di procedibilità della domanda giudiziale - il legislatore nazionale era libero di disciplinarli a proprio piacimento».

<sup>85</sup> Così, Corte Cost. 6 dicembre 2012, n. 272.

<sup>86</sup> Corte Cost. 6 dicembre 2012, n. 272, con nota di E. DALMOTTO, *Mediazione ancora obbligatoria, se il contratto o lo statuto la prevedono*, in *Giur. it.*, 2013, p. 894 ss. che discute proprio di compatibilità tra mediazione obbligatoria e diritto, ai sensi dell'art. 24 Cost., di agire in giudizio.

l'adozione della mediazione obbligatoria non arreca alcun pregiudizio a chi voglia adire la via giudiziale, è necessario accertare se «i diritti delle parti non vengano “definitivamente conformati” da questa insopprimibile “fase pre-processuale”»<sup>87</sup>.

**31.** Il successo di meccanismi di soluzione alternativa delle controversie è legato, in alcuni modelli<sup>88</sup>, ad una feconda capacità di riproduzione della formula giudiziaria, che è direttamente proporzionale al bisogno di risoluzione di conflitti che percorre il mondo globale<sup>89</sup>. Il pieno e corretto funzionamento della mediazione finalizzata alla conciliazione potrà, dunque, essere garantito solo quando tutti gli operatori del diritto, con particolare riguardo alla classe forense, tradizionalmente incline a promuovere il ricorso alla via giudiziale, riterranno un'opportunità e non un mero obbligo il ricorso allo strumento mediatorio come mezzo di soluzione alternativa delle liti<sup>90</sup>.

## VI. Contributo apportato alla materia dalla dottrina comparatistica

**32.** La prospettiva del giurista quando si avvicina al tema della mediazione, non può limitarsi ad un'indagine confinata al diritto domestico, ma deve spingersi ad approfondire l'istituto in una prospettiva di diritto comparato<sup>91</sup>, studiando quei modelli giuridici che ne hanno influenzato e connotato l'attuale assetto normativo<sup>92</sup>.

**33.** La disciplina italiana sulla mediazione si colloca all'interno della cornice continentale, e segue il solco di un istituto affermatosi nel modello giuridico nordamericano<sup>93</sup>. In realtà, l'origine della tendenza a promuovere strumenti alternativi di soluzione dei conflitti si colloca intorno alla metà degli anni Settanta, periodo in cui si è svolto negli Stati Uniti un importante convegno di studi celebrativi, in onore di Roscoe Pound che, da tempo, aveva rilevato le disfunzioni della giustizia civile, correlate agli eccessi ed alle distorsioni dell'*adversary system*<sup>94</sup>.

**34.** La mediazione<sup>95</sup> è un istituto che ha avuto origine e si è sviluppato nella pratica extraprocessuale statunitense<sup>96</sup>, come prodotto di un orientamento culturale improntato alla finalità di promuovere la soluzione delle controversie in sede stragiudiziale, mediante il ricorso a strumenti di *Alternative Dispute*

<sup>87</sup> I. PAGNI, *La mediazione dinanzi alla Corte Costituzionale dopo l'ordinanza del Tar Lazio n. 3202/2011*, cit., p. 1004.

<sup>88</sup> M.R. FERRARESE, *Globalizzazione giuridica*, in *Enc. dir., Agg.*, 2011, p. 547 ss., spec. 567 che pone in evidenza il successo del diritto quasi-giudiziario: «Inoltre, la funzionalità del diritto giudiziario rispetto al diritto contrattuale merita di essere sottolineata anche per un'altra ragione. Essa infatti spiega la notevole espansione di organismi di risoluzione dei conflitti anche a carattere privato, o misto pubblico-privato, che hanno accompagnato il processo di globalizzazione».

<sup>89</sup> M.R. FERRARESE, *op. cit.*, p. 568.

<sup>90</sup> Sia consentito il rinvio a: M.P. MANTOVANI, *Mediazione e risoluzione stragiudiziale delle controversie. Verso una nuova cultura conciliativa della lite*, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali, II, Problemi di diritto civile, commerciale e comparato*, a cura di F. BRIOLINI e M. GAMBINI, Padova, 2012, p. 321 ss.

<sup>91</sup> Si veda, per una riflessione di diritto comparato, R. FAVALE e M.P. MANTOVANI, *Gli strumenti di mediazione in materia sanitaria*, in *La nuova mediazione e conciliazione*, a cura di N. SOLDATI, Milano, 2010, p. 313 ss.

<sup>92</sup> L. PASSANANTE, *Modelli di tutela dei diritti. L'esperienza inglese e italiana*, Padova, 2007, p. 238.

<sup>93</sup> L.P. COMOGGIO, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 318 ss., spec. 326.

<sup>94</sup> R. POUND, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, in *Am. Aw Rev.*, 1906, p. 729. In argomento; W. E. BURGER, *Reflections on the Adversary System*, in *Valparaiso Un. Law Review*, 1993, p. 309 ss.

<sup>95</sup> M. CAPPELLETTI e B. GARTH, *Access to justice: the worldwide movement to make rights effective: a general report*, in CAPPELLETTI e GARTH (a cura di), *Access to justice: a World Survey*, Alphen aan den Rijn, Milano, 1978. Il richiamo è alla c.d. metafora delle onde, individuando la giustizia alternativa quale terza ondata del movimento dell'*access to justice*. In senso critico rispetto a tale approccio ermeneutica, v. V. DENTI, *I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 410 ss.

<sup>96</sup> Sul punto e più in generale sulle ADR negli USA si segnalano solo alcuni tra i numerosissimi contributi: G. DE PALO e G. GUIDI, *Risoluzione alternativa delle controversie nelle Corti Federali degli Stati Uniti*, Milano 1999, p. 6 ss.; J.W. ADLER, W.L.F. FELSTINER, D.R. HENSLER e M.A. PETERSON, *The Pace of Litigation: Conference Proceedings*, in *Dispute Resolution Journal*, 1997, p. 1313; T. ARNOLD, *Why is ADR the answer?*, in *Comparative Law*, 1998, p. 13; C.H. CROWNE, *The Alternative Dispute Resolution Act of 1998: implementing a new paradigm of justice*, in *New York Law Review*, 2001, p. 1768.

*Resolution* (ADR)<sup>97</sup>. L'incremento dei mezzi alternativi di soluzione delle controversie ha connotato, in maniera significativa, la storia e le vicende giurisdizionali americane<sup>98</sup>. Il progressivo affermarsi di procedimenti alternativi al modello giurisdizionale, pur riconducibile ad istituti differenziati, che vanno dalla negoziazione, alla mediazione, fino all'arbitrato, e pur rappresentando fenomeni eterogenei, esprimono un filo conduttore comune che si rinviene nella volontà di affidare la soluzione della controversia ad sistema di giustizia negoziata<sup>99</sup>. La tendenza generale verso il potenziamento dei procedimenti, extragiudiziali, di tutela consolidatasi da tempo e il crescente sviluppo di forme di conciliazione esprime un elemento comune ai diversi *legal systems*, pur se molto lontani per storia e tradizione giuridica<sup>100</sup>.

**35.** I Paesi di *common law*<sup>101</sup> vantano una solida tradizione in tema di *Alternative Dispute Resolution* e nel modello nordamericano sono particolarmente diffusi. Nei sistemi di *common law* sia l'arbitrato, sia la mediazione, sono ricompresi nella stessa accezione di *Alternative Dispute Resolution*, tuttavia essi richiamano sia sul piano concettuale che funzionale, fenomeni tra loro diversi ed eterogenei<sup>102</sup>. Negli Stati Uniti<sup>103</sup>, il ricorso sempre più accentuato a metodi alternativi alle liti, è dovuto, oltre che alla crisi del processo giurisdizionale, a fattori istituzionali, politici e culturali<sup>104</sup>. Significativo è, nel modello americano, il contributo dato dai giudici allo sviluppo delle ADR, in particolare mediante l'istituzione di programmi collegati alla Corte (*court annexed*), ossia di un servizio di arbitrato o mediazione amministrato nell'ambito della stessa Corte. Negli ultimi decenni del secolo scorso la legislazione sia statale che federale ha favorito l'incremento del movimento per le ADR e sono stati emanati atti normativi in materia, fra cui il *Dispute Resolution Act* del 1980 e l'*Alternative Dispute Resolution Act* del 1998, che ha previsto che tutte le Corti distrettuali federali istituiscano programmi di ADR, pur lasciando alla discrezionalità delle singoli *Courts* la facoltà di decidere quali mezzi di risoluzione delle controversie adottare<sup>105</sup>.

**36.** Si registra, altresì, nel modello statunitense, il diffondersi di una serie di procedure conciliative «istituzionali», gestite da enti e agenzie amministrative, al fine di favorire la soluzione amichevole delle controversie nei settori di competenza, dando luogo ad un interessante combinazione di obiettivi pubblicistici e strategie negoziali<sup>106</sup>.

**37.** Un contributo fondamentale all'elaborazione di un modello uniforme in materia di *mediation* proviene dall'*Uniform Mediation Act*, recentemente approvato dalla *Uniform Commission Law*, allo scopo di predisporre una base normativa uniforme per la legislazione statale in materia di

<sup>97</sup> A. FRIGNANI e P. VIRANO, *Le class actions nel diritto statunitense: tentativi (non sempre riusciti) di trapianto in altri ordinamenti*, in *Dir. econ. ass.*, 2009, p. 5 ss.

<sup>98</sup> J.S. AUERBACH, *Justice Without Law*, New York-Oxford, 1983.

<sup>99</sup> T.E. FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia: le «Alternative Dispute Resolutions»*, in *Analisi giur. econ.*, 2011, p. 47 ss., spec. 49, fa notare: «Da qui l'idea di creare e diffondere modi alternativi della risoluzione delle controversie per «sfuggire» alla gerarchia della relazione far cliente e avvocato, e anche quella fra giudice e parte».

<sup>100</sup> F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, cit., p. 49.

<sup>101</sup> A. GIORDANO, *Il legislatore fiscale tra intolleranze e necessità di affermare una cultura conciliativa. Riflessioni di diritto comparato*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1469 ss., spec. 1472, ove fa notare: «Gli USA hanno fatto da apripista nel lancio delle forme di ADR che nel corso del secolo passato si sono diffuse ed affermate in molti Stati del continente nuovo con la stessa efficacia»

<sup>102</sup> M. BOVE, *La giustizia privata*, Milano, 2009, p. 3 ss.

<sup>103</sup> R. ABEL, *Introduction, The Politics of Informal Justice*, in R. ABEL (a cura di), vol. I, New York, 1982.

<sup>104</sup> O. G. CHASE, *I metodi alternativi di soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d'America*, in V. VARANO (a cura di), *L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano, 2007, p. 129.

<sup>105</sup> O. G. CHASE, *op. cit.*, p. 155 che, in chiave critica, pone in evidenza: «La mediazione può ampliare le diseguglianze far le parti a causa del principio di neutralità e della nozione, sottolineata da molti mediatori, secondo la quale la mediazione attribuisce alle parti il potere di modellare la propria soluzione. Il principio di neutralità richiede al mediatore di rimanere neutrale anche se una parte più forte sembra approfittare dell'altra. Così, nella loro aspirazione alla neutralità, i mediatori potrebbero in realtà «consolidare le posizioni di vantaggio esistenti, e rafforzare così la parte più forte».

<sup>106</sup> F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, cit., p. 67.

conciliazione<sup>107</sup>. Tale proposta di legge concerne le procedure di *mediation*, di natura stragiudiziale, all'interno delle quali vanno ricomprese sia le ipotesi di conciliazione extraprocessuale, sia quelle endoprocessuali.

**38.** Fra i Paesi di *common law* certamente vicini, per cultura e tradizioni, al sistema americano, vi è l'Inghilterra che, di recente, ha promosso una serie di riforme che hanno riguardato il diritto processuale e gli strumenti conciliativi. Con l'entrata in vigore delle *Civil Procedure Rules* al giudice è stato espressamente conferito, nell'ambito dei poteri di *case management*, il compito di favorire la conciliazione tra le parti<sup>108</sup>. Il potere conciliativo riconosciuto al giudice si manifesta con modalità indirette di soluzione della lite<sup>109</sup> e si traduce, il più delle volte, nell'esercizio di un atto di indirizzo verso forme stragiudiziali di conciliazione.

**39.** Il progressivo sviluppo della mediazione in Inghilterra è dovuta al fatto che le *Civil Procedure Rules* e i giudici incoraggiano, direttamente, le parti a cercare una soluzione negoziata della lite. Il giudice può, su richiesta di parte o d'ufficio, disporre la sospensione del processo per il periodo di un mese (prorogabile), durante il quale le parti pongono in essere un ADR o altre forme di negoziato volte alla conclusione di una transazione<sup>110</sup>.

**40.** L'introduzione di nuovi tipi di conciliazione di natura stragiudiziale, denominati *Court referred mediation*, si traduce, sul piano funzionale, sia nell'istituzione di programmi di mediazione coordinati dagli uffici giudiziari, sia di procedure gestite privatamente dagli *adr providers*<sup>111</sup>. Le sedi in cui può svolgersi la conciliazione possono essere sia pubbliche che private. Nel sistema inglese, si può avvertire una sostanziale mancanza di un'attività propriamente conciliativa condotta dal giudice, che il più delle volte sollecita le parti, mediante un'azione di natura non coercitiva, a promuovere una procedura conciliativa. Lo sviluppo degli strumenti conciliativi è largamente attribuibile, nell'esperienza inglese, alla condizione del processo civile ed ai costi che le parti sono tenute a sostenere<sup>112</sup>, ed il *favor* espresso per la conciliazione stragiudiziale è legato alla sua particolare efficacia e non elevata onerosità.

**41.** I recenti sviluppi normativi volti a sostenere e promuovere le ADR in Inghilterra, e la tendenza a considerare il ricorso alla via giurisdizionale come *extrema ratio* da seguire, si giustificano in ragione della preferenza accordata ai modelli consensuali di soluzione delle controversie, in grado di restituire alla dinamica processuale efficienza, funzionalità e sostenibilità.

**42.** Occorre prendere atto del fatto che l'adozione di meccanismi conciliativi, pur nella molteplicità dei modelli normativi adottati, costituisce ormai una precisa scelta di *policy* a livello normativo degli Stati membri dell'Unione europea, e si iscrive nel solco della tendenza volta a favorire l'introduzione di sistemi di *Alternative Dispute Resolution*, ritenuti in grado di favorire la qualità, l'efficienza ed il corretto funzionamento del sistema giudiziario dei singoli Paesi.

<sup>107</sup> F. CUOMO ULLOA, *op. cit.*, p. 68. L'*Uniform Mediation Act*, come le altre leggi uniformi presenti nel sistema americano, si propone come modello normativo al quale gli Stati sono liberi di aderire, mediante l'adozione di apposite leggi di recepimento.

<sup>108</sup> L. PASSANANTE, *Modelli di tutela dei diritti. L'esperienza inglese e italiana*, cit., p. 242. «La legge non dice se il giudice debba procedere egli stesso al tentativo di conciliazione, ma la prassi ha interpretato in senso restrittivo questa disposizione sicché, salve alcune [...] eccezioni, in Inghilterra di fatto la conciliazione condotta dal giudice è fenomeno sconosciuto».

<sup>109</sup> F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, cit., p. 102. «Più che attraverso un intervento diretto, tradizionalmente estraneo alla tradizione processuale inglese, comunque, il potere conciliativo che le nuove norme attribuiscono al giudice parrebbe manifestarsi attraverso altre modalità, indirette, di promozione della soluzione della lite».

<sup>110</sup> N. ANDREWS, *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie in Inghilterra*, in V. VARANO (a cura di), *L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano, 2007, p. 21.

<sup>111</sup> F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, cit., p. 111.

<sup>112</sup> N. ANDREWS, *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie in Inghilterra*, cit., p. 1 ss.

**43.** La diffusione della mediazione e dei sistemi alternativi alla tutela giurisdizionale nel modello giuridico francese<sup>113</sup> è indicativa di come, progressivamente, ci si sia affrancati dall'idea del processo come unico strumento per risolvere una lite insorta fra le parti<sup>114</sup>.

**44.** L'esperienza della mediazione e della conciliazione in Francia si è sviluppata<sup>115</sup>, dapprima, in sede giurisdizionale<sup>116</sup>, come modello di composizione conflittuale delle controversie e si è, progressivamente, consolidato l'interesse a favorire una funzione conciliativa che, sul piano normativo, si è tradotta nella legge n. 2008-3 del 3 gennaio 2008<sup>117</sup>. La *conciliation* è uno strumento di composizione della controversia che può svolgersi sia nella forma giudiziale, sia in quella stragiudiziale. L'espressione MARC, acronimo di «*Modes alternatifs de règlement des conflits*»<sup>118</sup>, entra nella cultura giuridica francese agli inizi degli anni Novanta<sup>119</sup>, sulla scia delle *Alternative Dispute Resolution* di origine nordamericana e, nell'ambito dei MARC esiste, come detto, una distinzione formale tra conciliazione e mediazione, alla quale corrispondono due istituti distinti, pur se entrambi alternativi al sistema giurisdizionale di natura processuale<sup>120</sup>.

**45.** La conciliazione delegata originariamente prevista come azione esercitabile dinanzi al Tribunale *d'instance* e alla *jurisdiction de proximité*, riconosce al giudice la facoltà, dopo l'inizio del processo, ove ne ravvisi l'opportunità<sup>121</sup>, di invitare le parti a sottoporre la controversia ad un procedimento di *médiation*, in tal modo operando «un meccanismo di innesto procedimentale»<sup>122</sup>. Tale meccanismo è stato esteso, con il Decreto n. 2010-1165 del 1° ottobre 2010, anche alla conciliazione in materia civile, commerciale e sociale<sup>123</sup>. Quanto alla *médiation* ed ai soggetti legittimati ad esercitare il ruolo di mediatori essi, diversamente dai conciliatori, non sono figure istituzionali, ma soggetti privati che agiscono in virtù di una specifica competenza tecnica professionale. La conciliazione può essere sia convenzionale

<sup>113</sup> A. GARAPON, *Qu'est-ce que la médiation au juste?*, in *La médiation: un mode alternatif de résolution des conflits?*, Zurigo, 1992, p. 214, che individua il successo della mediazione in Francia in quanto essa rappresenta un processo da concepire non più esclusivamente come luogo di intervento coercitivo, ma al pari come luogo di dibattito, dialettico, in grado di ricostituire il legame sociale.

<sup>114</sup> J. CARBONNIER, *Réflexion sur la médiation*, in *La médiation: un mode alternatif de résolution des conflits?*, Lausanne, 14-15 novembre 1991, Zurigo, 1992, p. 11 ss. che, tentando di fornire una definizione di mediazione rispetto al modello giurisdizionale tradizionale, scrive: «*C'est l'opposition des deux voies qui donne son sens à la médiation, [...] comme justice alternative, en contraste avec la justice classique, les deux justices étant d'ailleurs entendues, très platement, sans référence au juste et à l'injuste*».

<sup>115</sup> Rilevante per lo sviluppo che, di recente, ha avuto, è l'istituto della mediazione familiare, C. CHABAUT-MARX, *A propos de la médiation familiale: vers une judiciarisation du dialogue?*, in *Rec. Dalloz*, 2012, p. 43.

<sup>116</sup> C. VACCÀ, *La conciliazione nel quadro comunitario e nazionale quale strumento di tutela dei consumatori*, cit., p. 208, in cui si delinea l'istituto della *médiation* disciplinato con la legge n. 95-125 dell'8 febbraio 1995, decreto di attuazione n. 96-852 del 22 luglio 1996.

<sup>117</sup> T. CLAY, *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges*, in *Rec. Dalloz*, 2008, p. 180 ss., spec. p. 190. In particolare, la legge n. 2006-1537, del 7 dicembre 2006 prevede un mediatore dell'energia, e il decreto n. 2007-29, del 5 gennaio 2007 che disciplina il mediatore del servizio postale.

<sup>118</sup> La dottrina discute altresì di MARL, acronimo di «*Modes alternatifs de règlement des litiges*». Si veda: P. CHEVALIER, Y. DESDEVEISES, PH. MILBURN (sous la direction de), *Les modes alternatifs de règlement des litiges: les voies nouvelles d'une autre justice, Avant-propos de P. Catala et G. Flécheux*, Paris, La documentation française, 2003.

<sup>119</sup> Si veda C. JAROSSON, *Les modes alternatifs de règlement des conflits: présentation générale*, in *Rev int. dr. comp.* 1997, p. 325 ss.

<sup>120</sup> L. CADIET, *I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia, fra tradizione e modernità*, in V. VARANO (a cura di), *L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano, 2007, p. 69 ss.

<sup>121</sup> La legge n. 95-125, 8 febbraio 1995 ha introdotto la conciliazione delegata davanti al Tribunale *d'instance*.

<sup>122</sup> F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 139.

<sup>123</sup> L. CADIET, *Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français*, in *Ritsumeikan Law Review*, 2011, p. 147 ss., spec. 163, rileva: «*Dans cette hypothèse, la juridiction a la possibilité de ne pas procéder elle-même à la tentative préalable de conciliation, mais d'en confier le soin à un conciliateur de justice. La solution est notable car elle étend significativement le champ de la compétence des conciliateurs de justice qui, à l'origine, n'avaient été institués que pour faciliter la conciliation extrajudiciaire et qui peuvent donc maintenant se voir confier une mission de conciliation judiciaire. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'on les appelle maintenant conciliateurs de justice.*»

ed extraprocessuale, sia svolgersi all'interno della cornice processuale<sup>124</sup>. I modelli di mediazione stragiudiziale in Francia sono di diverso tipo: da una mediazione convenzionale si passa ad una mediazione organizzata o c.d. amministrata, sotto l'egida di un organo creato a tale scopo (mediazione istituzionale). Il *code de procédure civile*, all'art. 127 dispone: «*Les parties peuvent se concilier d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge, tout au long de l'instance*».

**46.** La disciplina processualcivile segue il solco originario di una giustizia fondata sull'accordo delle parti, favorendo un modello di «giustizia umanizzata»<sup>125</sup> che si traduce nella consacrazione della conciliazione tra i principi direttivi del processo. Emblematico, in tale prospettiva, è l'art. 21 *c.p.c.* «*Il est dans la mission du juge de concilier les parties*».

**47.** L'attuazione della Direttiva 2008/52/CE in Francia, ad opera dell'*Ordonnance* n. 2011-1540 del 16 novembre 2011, esprime, ancora una volta, il *favor* manifestato, nel modello d'oltralpe, per un ordine giuridico negoziato come ricerca di una soluzione amichevole piuttosto che giurisdizionale dei conflitti<sup>126</sup>. In definitiva, nell'epoca in cui si registra un significativo sviluppo sia della conciliazione giudiziale che stragiudiziale, i confini tra la soluzione giurisdizionale e quella convenzionale delle liti appaiono sempre più sottili. Si va, progressivamente, affermando un modello di giustizia pluralista che consente di gestire l'attuale sistema di risoluzione dei conflitti, cumulando il modello conciliativo al modello giurisdizionale, al fine di promuovere una giustizia più partecipativa e vicina ai cittadini<sup>127</sup>.

**48.** La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali si pone, inoltre, in linea con le scelte adottate nei Principi Unidroit che mostrano un deciso *favor* per l'adozione di meccanismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, ritenuti più efficienti sia in termini temporali, che economici<sup>128</sup>. Il forte grado di flessibilità che tali strumenti offrono, consente, inoltre, di ridurre la complessità del procedimento giudiziario e la difficoltà di individuazione delle regole applicabili<sup>129</sup>. Lo sviluppo dei procedimenti di conciliazione si può ritenere, dunque, non solo uno strumento di giustizia sostanziale ma anche, e molto più, di politica economica<sup>130</sup>. Occorre prendere atto che la conciliazione non può essere concepita come la panacea di tutti i mali, in grado, da sola, di rimediare alla crisi della giustizia<sup>131</sup>. Ciò che si auspica è la diffusione di una cultura conciliativa della lite, sia ad opera degli attori istituzionali, che degli operatori del diritto, considerando la mediazione conciliativa come uno strumento di ausilio al sistema giurisdizionale, in grado di realizzare una finalità realmente soddisfacente degli interessi delle parti.

<sup>124</sup> L. CADIET, *op. cit.*, p. 150, afferma: «*Or, la conciliation est au coeur de la conception française des modes alternatifs de règlement des conflits ; la médiation, qui est une conciliation par un tiers, n'en est qu'un avatar*».

<sup>125</sup> L. CADIET, *I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia, fra tradizione e modernità*, cit., p. 75.

<sup>126</sup> L. CADIET, *op. cit.*, p. 100.

<sup>127</sup> M. TARUFFO, *Cultura e processo*, in *Riv. trim.*, 2009, p. 66 ss.

<sup>128</sup> A. DE LUCA, *Mediazione e (abuso del) processo: la deroga al principio della soccombenza come incentivo alla conciliazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 403 ss.

<sup>129</sup> G. ROSSOLILLO, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, p. 349 ss.

<sup>130</sup> Così, A. GENTILI, *Sull'accesso alla giustizia dei consumatori*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 689.

<sup>131</sup> E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, cit., p. 672.