



*Costituzionalismo.it*

Fascicolo 3 | 2015

LE TRASFORMAZIONI DELLA FORMA DI STATO. RAPPRESENTANZA, GOVERNABILITÀ,  
PARTECIPAZIONE

## Il tessuto costituzionale della mediazione

di ANNA LORENZETTI

**IL TESSUTO COSTITUZIONALE DELLA  
MEDIAZIONE**

di *Anna Lorenzetti*  
*Dottore di ricerca*  
*Università degli Studi di Bergamo*

**ABSTRACT**

**ITA**

In Italia, la mediazione ha visto il proprio ingresso nell'ambito civilistico nell'ultimo decennio. L'introduzione è da ricondurre al bisogno di semplificazione, decongestionamento e riduzione dell'arretrato nel contenzioso, con una serie di vantaggi sia per lo Stato, sia per le parti coinvolte nella controversia. Nel prendere in considerazione il quadro legislativo di riferimento, l'articolo intende proporre un'analisi dei possibili aspetti conflittuali che questo tipo di metodo di soluzione delle controversie alternativo al giudizio genera rispetto ai principi costituzionali da esso chiamati in causa.

**EN**

Mediation was introduced in the Italian civil system in the last decade. This introduction was led by the need of simplifying, deflating, and fastening the dispute settlement, with advantages both for State and the parties involved. Taking into consideration the national legislative framework, this article aims at analysing several aspects of the possible conflict among this Alternative Dispute Resolution, and the constitutional principles involved.

# IL TESSUTO COSTITUZIONALE DELLA MEDIAZIONE

di Anna Lorenzetti

**SOMMARIO:** 1. *Brevi cenni introduttivi*; 2. *Le origini della mediazione*; 3. *Il contesto italiano: la mediazione in sede civile*: 3.1. *Altre forme di mediazione: la mediazione familiare, la mediazione culturale, la mediazione penale. Brevi cenni*; 4. *Il tessuto costituzionale della mediazione*; 5. *Brevi annotazioni critiche*.

## 1. Brevi cenni introduttivi

In via di prima approssimazione, e rinviando al prosieguo del testo per le dovute precisazioni, con il termine di mediazione ci si riferisce all'attività svolta da un soggetto terzo, volta a comporre una controversia in via stragiudiziale. La mediazione viene inclusa tra i metodi di risoluzione delle controversie alternativi al giudizio (in sigla ADR, acronimo della dizione inglese *Alternative Dispute Resolution*), procedure alternative alla giurisdizione ordinaria che aiutano le parti nel trovare una soluzione soddisfacente per entrambe, evitando loro il ricorso alla via giudiziaria<sup>1</sup>.

Introdotti come strumento deflativo dell'attività giurisdizionale<sup>2</sup>, i metodi di soluzione delle controversie alternativi al giudizio vengono classificati in vari modi e declinati in varie tipologie. Spesso si utilizza la divisione fra il modello *evaluative* e *adjudicative* (ossia decisionale,

---

<sup>1</sup> La dottrina sul punto è piuttosto copiosa, soprattutto rispetto al contesto anglo-americano. V. *inter alia*, S. ROBERTS, M. PALMER, *Dispute Process. ADR and the Primary Forms of Decision-Making*, Cambridge, 2008; M. ROBERTS, *Mediation in Family Disputes. Principles of practice*, Aldershot, 2014; R.A. BUSH, J.P. FOLGER, *The Promise of Mediation: the Transformative Approach to Conflict*, San Francisco, 2004; J. WINSLADE, G.D. MONK, *Narrative Mediation: A New Approach to Conflict Resolution*, San Francisco, 2000.

<sup>2</sup> Questo è lo sviluppo conosciuto, ad esempio, nel contesto statunitense e in UK, quando gli strumenti di ADR sono stati incorporati nella legislazione. Tuttavia, si noti che il ricorso alla mediazione e in generale a strumenti *out-of-court* è sempre stato presente per le più diverse ragioni, nei più differenti contesti giuridici. Su questo punto, v. S. ROBERTS, M. PALMER, *Dispute Process*, cit.

come l'arbitrato) e le procedure *facilitative* o *non adjudicative* (ossia non decisionali, come ad esempio, la mediazione, tra i modelli conciliativi). Viene poi proposta una classificazione tra modelli nati per spontanea volontà di enti e associazioni o organizzazioni del mondo delle imprese e del mercato e strumenti nati a livello istituzionale e introdotti per via normativa<sup>3</sup>.

Quanto alle singole tipologie di ADR, oltre alla mediazione<sup>4</sup>, vengono di norma fatti rientrare anche la negoziazione<sup>5</sup>, l'arbitrato<sup>6</sup>, la conciliazione<sup>7</sup>, per la cui analisi si rinvia alla copiosa dottrina in materia.

## 2. Le origini della mediazione

L'origine della mediazione e in generale delle ADR è da ricondurre al contesto anglosassone in cui il loro utilizzo mirava ad offrire una rapida tutela extragiudiziaria e, al tempo stesso, a decongestionare le *Courts*, sia pure situandosi come strumento da affiancare alla giurisdizione ordinaria e non alternativo ad essa<sup>8</sup>.

Anche nell'ordinamento euro-comunitario, si è progressivamente affermato un modello di ADR private o extraprocessuali, in grado di offrire una tutela nei settori in cui la stessa non appariva adeguata. Così, gli Stati Membri sono stati invitati ad introdurre sistemi di ADR in

<sup>3</sup> Per un inquadramento, v. C. TROISI, *Autonomia privata e gestione dei conflitti*, Napoli, 2007, pp. 87 ss.

<sup>4</sup> Così, F. LUISO, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, in *Il giusto processo civile*, 2011, pp. 325 ss.; M.A. FODDAI, *Lo spazio della mediazione*, Milano, 2003; J. HAYNES, G. HYNES, L. FONG, *La mediazione. Tecniche e strategie per la risoluzione dei conflitti*, Roma, 2002; B. TROISI, *La mediazione*, Milano, 1995.

<sup>5</sup> R. RUMMIATI, D. PIETROSI, *La negoziazione*, Milano, 2001.

<sup>6</sup> P. BERNARDINI, *Il codice dell'arbitrato*, Milano, 2000; E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997.

<sup>7</sup> P. BERNARDINI, *La conciliazione. Modelli esperienze di composizione non conflittuale delle controversie*, Milano, 2001; I. BUZZI, *Introduzione alla conciliazione*, Milano, 2003; M. DI ROCCO, A. SANTI, *La conciliazione: profili teorici ed analisi degli aspetti normativi e procedurali del metodo conciliativo*, Milano, 2003.

<sup>8</sup> L'origine, soprattutto in una fase iniziale, è da ricondurre agli anni '70, nel contesto statunitense, motivata da fini utilitaristici legati al fenomeno della cosiddetta *litigation explosion*: G. COSÌ, G. ROMUALDI, *La mediazione dei conflitti. Teoria e pratica dei metodi ADR*, Torino, 2012, pp. 26 ss. Come ricordano S. ROBERTS, M. PALMER, *Dispute Process*, cit. (in particolare, v. capitoli 1 e 2), tuttavia, è importante non dimenticare che si tratta di strumenti da sempre presenti nei più diversi contesti giuridici.

materia di tutela dei consumatori, telecomunicazioni, energia, credito al consumo e servizi di pagamento<sup>9</sup>. La mediazione disposta dal giudice è prevista da una Direttiva (n. 52 del 2008) che la contempla accanto alla (e non in sostituzione della) conciliazione giudiziale<sup>10</sup>.

### **3. Il contesto italiano: la mediazione in sede civile**

Nel contesto interno, il tema della mediazione trova uno proprio riconoscimento giuridico con l'approvazione di una normativa – D. Lgs. 28/2010 – adottata con il dichiarato intento di decongestionare la giustizia civile<sup>11</sup>, afflitta da un cronico arretrato<sup>12</sup>. La nuova normativa ha previsto come obbligatorio il ricorso alla mediazione, o meglio al tentativo di mediazione, che rappresenta una condizione di procedibilità, in un ampio spettro di materie<sup>13</sup> (peraltro recentemente ampliatisi<sup>14</sup>).

---

<sup>9</sup> U. DE LUCA, *La nozione “europea” di ADR*, in M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *ADR e Mediazione*, Torino, 2012, pp. 1-10.

<sup>10</sup> È bene rammentare che, a livello definitorio, l'art. 3, lett. a), della Direttiva 2008/52/CE inquadra la mediazione come un «procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro».

<sup>11</sup> Relazione illustrativa - Schema di decreto legislativo recante: «Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali».

<sup>12</sup> Alcune stime indicano in cinque milioni le cause pendenti, di durata media pari a sei anni e, per due terzi, di valore inferiore ai 3.000 euro. Così ricordano, G. COSÌ, G. ROMUALDI, *La mediazione dei conflitti*, cit., p. 3, facendo riferimento ad un “abuso di massa del processo”. Per un quadro della dottrina sul punto, v. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale: composizione della lite e processo nel d.lgs n. 28/2010 e D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, ma v. anche M. L. CENNI, *Manuale della mediazione civile e commerciale*, Napoli, 2012 e C. BESSO (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2010.

<sup>13</sup> Art. 5, co. 1, d. lgs. 28/2010. La mediazione è obbligatoria fino al 2017 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 e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità; contratti assicurativi, bancari e finanziari. Quando la contesa riguardi una materia inclusa nell'elenco, è dunque necessario contattare un organismo iscritto nel registro tenuto dal Ministero della giustizia prima di intraprendere la via giudiziaria.

<sup>14</sup> Recentemente, fra gli ambiti in cui è prevista la mediazione obbligatoria, è stata inserita la materia sanitaria, per i casi di responsabilità medica e di responsabilità degli esercenti professioni sanitarie, ossia per quelle controversie aventi ad oggetto il

Alle parti è comunque rimessa la scelta sul *se* concludere o meno un accordo di mediazione<sup>15</sup> o adire la via giudiziaria, sebbene siano previsti dei meccanismi che, attraverso provvedimenti a carattere sanzionatorio<sup>16</sup> e incentivi<sup>17</sup>, incoraggiano la soluzione stragiudiziale.

Nelle materie in cui non è prevista come obbligatoria, la mediazione può comunque essere avviata dalle parti su base volontaria, sia prima, sia nel corso del processo. Alla mediazione obbligatoria (*ex lege* o per ordine del giudice), si affianca dunque anche una mediazione facoltativa, ossia avviata su richiesta delle parti.

In ambito civile, la genesi della mediazione, com'è reso evidente dalla lettura del frastagliato materiale normativo vigente, è stata frutto di un processo non scevro da contraddizioni e ambiguità ermeneutiche. Il legislatore ha introdotto, piuttosto bruscamente, un meccanismo di mediazione non tanto in alternativa *al* processo quanto, piuttosto, come snodo essenziale *per* raggiungere, in via eventuale, il processo,

---

risarcimento del danno derivante da rapporti instaurati tra paziente e struttura sanitaria pubblica o privata. V. le modifiche apportate al d. lgs. 28/2010 dal d.-l. 98/2013 (cd. "Decreto del Fare"), convertito con modificazioni nella l. 98/2013. V. C. CIPOLLA (a cura di), *Il contenzioso socio-sanitario*, Milano, 2004; C. CIPOLLA, A. MATURO (a cura di), *Con gli occhi del paziente*, Milano, 2009; A. De PALMA, A. QUATTROCOLO, *Mediazione tra medico e paziente. Un intervento imparziale sul fenomeno crescente del contenzioso per responsabilità professionale medica*, Modena, 2009; C. CIPOLLA (a cura di), *Il contenzioso sanitario visto dai pazienti*, Milano, 2010.

<sup>15</sup> Nel caso in cui venga raggiunto un accordo, il professionista terzo (ossia il mediatore) redige un verbale che attesta l'esito della procedura e che costituisce titolo esecutivo; diversamente, formula una proposta di conciliazione.

<sup>16</sup> Infatti, il giudice può prendere provvedimenti nei confronti della parte che ha rifiutato la proposta di conciliazione. Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio, ai sensi dell'art. 116, co. 2, c.p.c. All'esito del processo civile, se il provvedimento corrisponde interamente al contenuto della proposta conciliativa, il giudice esclude la ripetizione delle spese della parte vincitrice che ha rifiutato la proposta e la condanna al pagamento delle spese processuali della parte soccombente, nonché al pagamento del contributo unificato e dell'indennità spettante al mediatore.

<sup>17</sup> Tutti gli atti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni altra spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura. Il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro sino a 50.000 euro. In caso di positivo esito della mediazione, le parti avranno diritto a un credito d'imposta fino a un massimo di 500 euro per il pagamento delle indennità dovute all'organismo di mediazione. In caso di insuccesso della mediazione, il credito d'imposta è ridotto della metà.

dando così vita a quella che è stata definita una pregiudizialità mediatrice<sup>18</sup>.

Sull'obbligatorietà della mediazione, è peraltro intervenuta una pronuncia di illegittimità costituzionale<sup>19</sup>, a cui è seguito un nuovo testo normativo che presenta profili di stretta analogia con la precedente formulazione<sup>20</sup>.

### *3.1. Altre forme di mediazione: la mediazione familiare, la mediazione culturale, la mediazione penale. Brevi cenni*

Se la mediazione veniva già richiamata nella riforma in tema di affidamento condiviso<sup>21</sup>, grande spazio trova oggi la mediazione familiare<sup>22</sup> come tecnica di superamento delle conflittualità che si generano nell'ambito della famiglia, con particolare riguardo all'interesse della prole. Pur in assenza di un riconoscimento formale da parte del legislatore, la mediazione familiare, quale strumento di composizione di controversie alternative al giudizio, sembra comunque aver consolidato la propria presenza nelle prassi, anche grazie ad una capillare rete di

---

<sup>18</sup> L. NANNIPIERI, *Profili di legittimità costituzionale della mediazione civile e commerciale*, in *www.giurcost.org*, pp. 2-3.

<sup>19</sup> Corte cost. 272/2012, su cui v. C. PASINI, *La pronuncia della Corte Costituzionale del 6 dicembre 2012, n. 272 e alcune promettenti applicazioni in materia di mediazione delegata*, in *www.judicium.it*; L. NANNIPIERI, *Incostituzionalità della mediazione civile e commerciale obbligatoria: l'eccesso di delega assorbe ogni altro profilo*, in *www.forumcostituzionale.it*.

<sup>20</sup> Successivamente, con d.l. 69/2013, in materia di «Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia», il Governo ha riproposto la mediazione obbligatoria in una forma depurata dai profili di incostituzionalità segnalati dalla Consulta, sebbene con disposizioni assai simili alla precedente formulazione.

<sup>21</sup> Art. 1, co. 2, l. 56/2004, in materia di affidamento condiviso che ha modificato l'art. 155-sexies c.c. sui «Poteri del giudice e ascolto del minore». In questa disposizione, poi abrogata dall'art. 106, d. lgs. 28.12.2013, n. 154, si era stabilito che il giudice, in caso di opportunità, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, potesse rinviare l'adozione dei provvedimenti per consentire un tentativo di mediazione, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli.

<sup>22</sup> E. URSO, *La mediazione familiare. Modelli, principi, obiettivi*, Firenze, 2012; L. PARKINSON, *La mediazione familiare. Modelli e strategie operative*, Trento, 2013; M. HAYNES, I. BUZZI, *Introduzione alla mediazione familiare. Principi fondamentali e sua applicazione*, Milano, 1996; A. TAYLOR, *The Handbook of Family Dispute Resolution. Mediation Theory and Practice*, San Francisco, 2002; M. ROBERTS, *Mediation in Family Disputes*, cit.



associazioni<sup>23</sup> e con alcune interessanti sperimentazioni in ambito pubblico<sup>24</sup>.

Una serie di riferimenti alla mediazione, nei termini di mediazione culturale<sup>25</sup>, si rinviene con l'obiettivo di creare un dialogo e superare una conflittualità (reale o potenziale) fra due comunità o fra appartenenti a diverse comunità linguistiche o culturali<sup>26</sup>, esperienza che ha trovato spazio soprattutto rispetto all'accoglienza e all'inserimento delle persone migranti e straniere.

Va poi ricordato il ruolo che la mediazione sta sempre più assumendo in ambito penale, quale strumento di soluzione del conflitto, generato dal reato, fra autore e vittima, sia nello specifico ambito della giustizia minorile che ha da sempre manifestato una sensibilità significativa sul tema<sup>27</sup>, sia in generale nel quadro di una sempre più accentuata tendenza verso forme di giustizia riparativa<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> Le principali sono A.I.M.E.F. (Associazione Italiana Mediatori Familiari, [www.aimef.it](http://www.aimef.it)); Associazione GEA (Genitori Ancora, [www.associazionegea.it](http://www.associazionegea.it)), S.I.Me.F. (Società Italiana di Mediatori Familiari, [www.simef.net](http://www.simef.net)); A.I.M.S. (Associazione Internazionale Mediatori Sistemici, [www.mediazionesistemica.it](http://www.mediazionesistemica.it)); A.N.A.M.E.F. (Avvocati Mediatori Familiari, [www.anamef.it](http://www.anamef.it)).

<sup>24</sup> Ad esempio, nella Regione Emilia Romagna è stato attivato un servizio pubblico di mediazione familiare che copre, a titolo gratuito, l'intero territorio (32 sono le strutture che fanno capo al C.RE.DO.ME.F (Centro Regionale di Documentazione sulla Mediazione Familiare, <http://www.credomef.ra.it>).

<sup>25</sup> C. BARALDI, V. BARBIERI, G. GIRELLI, *Immigrazione, mediazione culturale e salute*, Milano, 2008; M. ESPOSITO, S. VEZZADINI, *La mediazione interculturale come intervento sociale*, Milano, 2011.

<sup>26</sup> Si tratta soprattutto di riferimenti normativi contenuti in leggi che prevedevano finanziamenti. L. 6 marzo 1998, n. 40, di «Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero». V. il Fondo istituito dalla l. 28 agosto 1997, n. 285, «Disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per l'infanzia e l'adolescenza».

<sup>27</sup> V. Codice di procedura penale per i minorenni (D.P.R. 448/88, artt. 9, 27, 28, 47). Copiosa, la dottrina in materia, tra cui v. C. MAZZUCATO, *La mediazione nel sistema penale minorile*, in B. BARBERO AVANZINI (a cura di), *Minori, giustizia penale e intervento dei servizi*, Milano, 1998, pp. 117 ss.

<sup>28</sup> M.S. UMBREIT, *The Handbook of Victim Offender Mediation. An Essential Guide to Practice and Research*, San Francisco, 2001; J. FAGET, *La médiation. Essai de politique pénale*, Ramonville Saint-Agne, 1997. Sul piano interno, v. L. EUSEBI, *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano, 2015; F. BRUNELLI, *La mediazione penale*, in B. BARBAGLI, U. GATTI, *La criminalità in Italia*, Bologna, 2002, pp. 249 ss.; A. CERETTI, *La mediazione penale*, in G. PONTI (a cura di), *Compendio di Criminologia*, Milano, 1999, pp. 576 ss.; C. MAZZUCATO, *Oltre la bilancia e la spada: alla ricerca di una giustizia della réliance. Scenari giuridici per le pratiche di mediazione dei conflitti*, in E. SCABINI, G. Rossi (a cura di), *Rigenerare i legami: la mediazione nelle relazioni familiari e comunitarie*, Milano, 2003, pp. 149 ss.; C. MAZZUCATO, *Mediazione e*



#### **4. Il tessuto costituzionale della mediazione**

Dovendo ricostruire la trama costituzionale sulla quale poggia la mediazione, così come, più in generale, i metodi di soluzione delle controversie alternativi al giudizio, numerose sono le disposizioni costituzionali che offrono spunti di riflessione.

In primo luogo, viene in causa il principio personalista e il riconoscimento dell'uomo così come inserito nelle formazioni sociali (art. 2 Cost.). Infatti, l'aspetto per cui intraprendere un percorso di mediazione significa entrare in relazione con la comunità di riferimento<sup>29</sup>, con la collettività, certamente fa considerare il peso delle formazioni sociali nel cui ambito la persona vive. In via complementare, va richiamato il principio costituzionale di solidarietà<sup>30</sup> e di fraternità<sup>31</sup>, posto che l'avvio e il consolidamento di una relazione interpersonale con la persona con cui è sorto un conflitto, certamente lo evoca quale proprio fondamento e obiettivo.

Anche la disposizione costituzionale che tutela il diritto di difesa va richiamata<sup>32</sup>, dovendosi riconoscere come spesso la mediazione rappresenta la via per ottenere un risultato ugualmente soddisfacente, senza necessità di accedere alla giurisdizione. Peraltro, se da una parte potrebbe sostenersi una lesione del diritto di difesa, posto che si instaura una procedura alternativa al giudizio<sup>33</sup>, va però considerato che non vi

---

*giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, in G. COSÌ, M.A. FODDAI (a cura di), *Lo spazio della mediazione*, Milano, 2003, pp. 151 ss.; G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia Riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015.

<sup>29</sup> In questo senso, v. L. NADER, *Harmony Ideology: Justice and Control in a Zapotec Mountain Village*, Chicago, 1991, e il profilo per cui la comunità di appartenenza rappresenterebbe un ostacolo.

<sup>30</sup> A. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Milano, 2012.

<sup>31</sup> F. PIZZOLATO, *Dal personalismo alla fraternità: fondamenti e condizioni per una solidarietà pubblica*, in A. MARZANATI, A. MATTIONI (a cura di), *La fraternità come principio del diritto pubblico*, Roma, 2007, pp. 45-60; ID., *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di una ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Roma, 2012; ID., *A proposito di fraternità cristiana e fraternità giuridica*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di Angelo Mattioni*, Milano, 2011, pp. 541-555.

<sup>32</sup> R. CORNELLI, T. CALFAPIETRO, *Mediazione e diritto di difesa*, in *Mediaries*, n. 3, 2004, pp. 29 ss.

<sup>33</sup> È infatti pur vero che il diritto di azione rientra tra “i principi supremi” del nostro ordinamento costituzionale, giacché «è intimamente connesso con lo stesso principio di

sarebbe una contrapposizione con l'art. 24 Cost., in quanto avvalersi della mediazione (così come delle ADR) non comporta una necessaria rinuncia alla possibilità di agire successivamente in giudizio, in caso di mancato accordo. La mediazione non limiterebbe, dunque, il diritto d'azione in senso sostanziale; soltanto in termini temporali, inciderebbe sull'esperimento dei rimedi giurisdizionali volti a salvaguardare gli "interessi generali"<sup>34</sup>, imponendo degli oneri (in senso lato) senza un eccessivo sacrificio del diritto di azione<sup>35</sup>, posto che la tutela giurisdizionale sarebbe (soltanto) rinviata<sup>36</sup>.

Imprescindibile appare poi il riferimento alla disposizione costituzionale che rappresenta l'architrave della giurisdizione, ossia l'art. 111 Cost. in materia di giusto processo<sup>37</sup>. Sulla possibilità di dare un'interpretazione della mediazione alla luce di esso possono essere spese buone argomentazioni, in quanto le tecniche di soluzione alternative al giudizio e la mediazione rappresentano senza meno una forma di garanzia del giusto processo, assai più solidamente di quanto non accada oggi, in un quadro fortemente compromesso dai cronici ritardi che affliggono la giustizia, soprattutto in sede civile.

democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio» (Corte cost., sent. n. 18/1982).

<sup>34</sup> Questi possono essere evocati sia rispetto all'obiettivo di evitare che l'aumento delle controversie cagioni un ingolfamento dell'apparato giudiziario, sia per favorire una composizione preventiva della lite, così da soddisfare le pretese delle parti in modo più immediato rispetto al processo. Si veda in termini analoghi, Corte cost. 276/2000.

<sup>35</sup> L.P. COMOGGIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970.

<sup>36</sup> L. NANNIPIERI, cit., p. 6.

<sup>37</sup> Come noto, l'art. 111 Cost. è stato riformato con l. cost. 23 novembre 1999 n. 2 («Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione»), attuata con l. 25.2.2000 n. 35 («Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 7 gennaio 2000 n. 2, recante disposizioni urgenti per l'attuazione dell'art. 2 della legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2, in materia di giusto processo»). Sul tema, è imprescindibile il riferimento a G. SORRENTI, *Giustizia e processo nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2013. Tra la sterminata dottrina, v. M. CECCHETTI, voce *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. V Aggiornamento, Milano, 2001, p. 595 ss.; P. FERRUA, *Il 'giusto processo' in Costituzione. Rischio contraddizione sul neo-contraddittorio*, in *Dir. e giust.*, 2000, 1, pp. 5 ss.; M.G. CIVININI, C.M. VERARDI (a cura di), *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il "giusto processo civile"* (*Atti del convegno dell'Elba, 9-10 giugno 2000*, Milano 2001); L. LANFRANCHI, *Giusto processo (processo civile)*, in *Encicl. giur. Treccani*, Roma, vol. X, 2001; P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2005.

Anche la disposizione sulla sussidiarietà orizzontale (art. 118 Cost.) sembra orientata ad offrire una solida base costituzionale alla mediazione, quale regolamentazione di attività di interesse generale alternative al ricorso alla giurisdizione.

In riferimento al delinarsi del tessuto costituzionale della mediazione, è imprescindibile ricordare chi l'ha definita quale vero e proprio valore, a fondamento della nostra identità e della nostra cittadinanza, persino della stessa Costituzione<sup>38</sup>, riconducendola all'affermarsi del principio personalista. Questa prospettiva emergerebbe dall'intero tessuto dei *checks and balances* dei poteri, o meglio delle funzioni costituzionali, nessuna delle quali ha il potere di "vincere" fino in fondo, dunque di prevalere sugli altri organi o poteri costituzionali. In tal senso, la Costituzione sarebbe, in ogni suo passaggio, volta ad enfatizzare il valore della mediazione come "cultura", dunque come "pratica concordanza" di valori diversi, ugualmente protetti, quale possibilità di inclusione e non di esclusione di un diverso valore, secondo la logica dell'*et-et* e non dell'*aut-aut*<sup>39</sup>. La mediazione viene così intesa quale percorso volto a costruire una positiva relazione interpersonale o sociale tra soggetti coinvolti in una vicenda che ha generato conflitti, dunque come via alternativa, e non meramente preparatoria, alla giurisdizione.

## 5. Brevi annotazioni critiche

Il crescente ricorso alla mediazione rappresenta un dato incontestabile principalmente ricondotto (soprattutto laddove si tratti di questioni dal valore ridotto) alla garanzia che offre quanto a tutela, efficacia, costi ridotti, tempi brevi di soluzione delle controversie.

Tuttavia, vanno segnalate alcune caratteristiche che sembrano porsi come elementi di criticità.

Infatti, in primo luogo, andrebbe riconosciuto che obiettivi dell'amministrazione della giustizia non sono (o meglio non dovrebbero essere) soltanto la rapidità e l'efficienza, sebbene questi aspetti

---

<sup>38</sup> N. COLAIANNI, *La mediazione come valore costituzionale*, in *Minorigiustizia*, 1999, 2, 2, pp. 32-39.

<sup>39</sup> F. OCCHIOGROSSO, *La mediazione familiare nella prassi dei tribunali*, in A.a.V.v., *La mediazione familiare nel diritto interno e nelle situazioni transfrontaliere*, Napoli, 2007, pp. 31-44, che richiama un'espressione mutuata dalla dottrina tedesca.

vadano certamente essere considerati. Deve infatti essere considerato come l'abuso del processo causi un danno (indiretto) all'erario<sup>40</sup> e (diretto) al litigante<sup>41</sup> e vada dunque contrastato<sup>42</sup>. In proposito, la giurisprudenza ha ritenuto che il danno provocato dall'abuso del processo sia maggiore verso l'intera collettività (Stato-Comunità), che verso lo Stato-Istituzione, posto che le inefficienze della giustizia hanno un impatto significativo sulla vita quotidiana di cittadini e imprese<sup>43</sup>.

Così, seppure la disciplina degli istituti processuali è caratterizzata dal riconoscimento di una ampia discrezionalità del legislatore, con il solo limite della non manifesta irragionevolezza o arbitrarietà, non può non considerarsi come la funzione disincentivante all'azione propria della mediazione riversi i suoi effetti esclusivamente a favore della parte "più forte", provocando più danni e rigidità che benefici. Neppure la riduzione, *ex se*, del contenzioso dovrebbe essere l'obiettivo dell'attività giurisdizionale, se non accompagnata da idonea garanzia quanto all'utilizzo di criteri di giustizia e di equità nelle soluzioni adottate per superare il conflitto. L'assenza di arretrato, infatti, è cosa differente dalla giustizia e dalla *giustizia* della soluzione raggiunta, unica garanzia dei diritti individuali che (per via giurisdizionale) dovrebbero essere tutelati<sup>44</sup>. Né peraltro, sembrerebbe potersi accogliere la contrapposta posizione di quanti hanno sostenuto il ricorso alla mediazione (e in generale alle ADR), sulla scia dell'inefficienza dell'attuale sistema giurisdizionale civile, afflitto cer-

---

<sup>40</sup> Si pensi, ad esempio, all'allungamento del tempo generale nella trattazione dei processi e, di conseguenza, all'insorgenza dell'obbligo al versamento dell'indennizzo *ex lege* 89/2001.

<sup>41</sup> A causa del ritardo nell'accertamento della verità.

<sup>42</sup> *Ex pluris*, Trib. Varese, sez. Luino, ord. 23 gennaio 2010, in *Foro it.*, 2010, 7-8, I, p. 2229.

<sup>43</sup> Come hanno rilevato, in tempi recenti, le Sezioni Unite della Cassazione (sentenza del 16 luglio 2008 n. 19499), nell'attuale realtà storico-sociale, «tutte le istituzioni del Paese da tempo annoverano la inappagante funzionalità della giustizia civile (la quale dipende soprattutto dai lunghi tempi di definizione, a sua volta correlati alla variabile niente affatto indipendente del numero delle cause promosse) fra le ragioni di uno sviluppo economico inferiore a quello possibile, segnatamente sotto il profilo dell'abbassamento della propensione agli investimenti».

<sup>44</sup> Sul tema della ricerca della verità come obiettivo della giurisdizione, v. G. CAPOGRASSI, *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1950, pp. 1 ss.; P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, pp. 282 ss.; E. ANCONA, *Sul "giusto processo" ovvero della giustizia e della verità nel processo*, in [www.filosofiadeldiritto.it](http://www.filosofiadeldiritto.it); M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992; S. CHIARLONI, *Processo civile e verità*, in *Questione giustizia*, 1987, pp. 504.

tamente da ritardi cronici e da *impasse* che mettono a repentaglio la garanzia dei principi costituzionali. Sembrerebbe, infatti, un paradosso ammettere soluzioni “al ribasso” proprio in un ambito delicato come quello della giustizia, anche considerando che l’obiettivo assunto diverrebbe un generico miglioramento rispetto all’attuale quadro, senza la garanzia della giustezza della soluzione del conflitto e della decisione finale.

La questione appare poi problematica rispetto alla garanzia dell’uguaglianza, sia in senso formale, sia sostanziale, in quanto la mediazione, come peraltro le ADR in generale, possono celare meccanismi che tendenzialmente avvantaggiano la parte espressione di un *mainstream*, ossia chi ha una maggiore “forza” (anche di tipo economico), maggiore capacità rappresentativa o accesso agevolato al potere<sup>45</sup>. Questa posizione critica verso l’utilizzo di soluzioni alternative al giudizio per comporre le controversie era peraltro già stata avanzata dalle studiose femministe che, dagli anni ‘80, avevano dato vita ad un acceso dibattito sul binomio giustizia-equità. Si sosteneva, ad esempio, che la giustizia informale<sup>46</sup>, pur avendo caratteri di maggiore economicità e rapidità, si tramutasse in una sorta di giustizia “di seconda classe” e che la mediazione portasse con sé l’inevitabile effetto di danneggiare gli interessi delle donne parti in causa<sup>47</sup>. Nei conflitti familiari, ad esempio, le donne si trovavano a dover contrastare l’ex partner partendo da una posizione ineguale e dunque, come “gruppo”<sup>48</sup>, venivano inevitabilmente a soffrire una disegualianza di potere, sistematicamente ignorata dalle dinamiche della mediazione<sup>49</sup>.

La mediazione, infatti, presuppone acriticamente la parte della controversia come un soggetto autonomo e totalmente sganciato dal con-

---

<sup>45</sup> L. PARKINSON, *La mediazione familiare*, cit., pp. 245 ss.

<sup>46</sup> R.L. ABEL, *The Politics of Informal Justice. Comparative Studies*, New York, 2, 1982.

<sup>47</sup> M. ROBERTS, *Mediation in Family Disputes. Principles of Practice*, Surrey, pp. 251 ss.; L. PARKINSON, *La mediazione familiare*, cit., pp. 302 ss.

<sup>48</sup> Come ampiamente noto, lo stesso inquadramento delle donne come “gruppo” è stato oggetto di un vivace dibattito che ha messo in luce come non esista realmente un “gruppo” delle donne, posto che le diverse condizioni personali, sociali, di “razza”, di età, di orientamento sessuale, collocano le donne in posizioni profondamente differenti. Sul punto, v. J. BUTLER, *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, New York, 1990; G. HULL, P. BELL SCOTT, B. SMITH (eds.), *All the Women Are White, All the Blacks are Men, But some of Us Brave: Black Women’s Studies*, New York, 1982; in lingua italiana, v. G. VIGLIANI, *La de-costruzione del soggetto. Un’introduzione a Judith Butler*, Leipzig, 2014.

<sup>49</sup> M. ROBERTS, *Mediation in Family Disputes*, cit., pp. 258 ss.; L. PARKINSON, *La mediazione familiare*, cit., pp. 245 ss.

testo sociale di riferimento, in qualche modo perpetuando la forza, e dunque il potere, proprio delle forze socio-economiche. Ciò tuttavia non garantisce l'*empowerment*<sup>50</sup> ma, anzi, rinforza l'oppressione, posta l'interdipendenza della persona dall'ambiente sociale nel quale si trova collocata. Parimenti, ne risultano accentuate le disparità e le diseguaglianze (di fatto) che esistono fra le persone, nonostante la presenza del mediatore che, in quanto terzo, dovrebbe garantire un equilibrio<sup>51</sup>. Infatti, se le differenze di potere trovano origine nell'immaginario simbolico, è proprio attraverso le strutture e le istituzioni della società che persistono e si consolidano. Appare dunque essenziale la corretta comprensione di come il "potere" debba essere inteso nel contesto storico di riferimento, cercando anche di valutare se e come la mediazione viene esercitata nella vicenda concreta e rispetto alle parti che si contrappongono nella disputa<sup>52</sup>.

Va anche ricordato come la mediazione rischi di prestarsi ad un uso scorretto che potrebbe portare ad uno sgretolamento delle garanzie procedurali e delle regole poste in materia di giurisdizione dagli organi legislativi, attraverso la sostituzione, nei conflitti pubblici, degli interessi di pochi gruppi maggiormente rappresentativi degli interessi della collettività; peraltro, ciò genererebbe un esiziale aumento del potere contrattuale dei gruppi economicamente più forti e organizzati<sup>53</sup>.

Si delinea così il rischio concreto che, da strumento di ricomposizione delle controversie, la mediazione possa trasformarsi in un pericoloso dispositivo per aumentare il potere del più forte, in virtù dei principi di informalità che caratterizzano l'intero procedimento. L'assenza di regole sostanziali e procedurali, rischia di amplificare lo squilibrio di potere e la possibile coercizione e manipolazione della parte più debole del conflitto. In virtù della riservatezza e informalità, la mediazione dà, infatti, al mediatore ampi poteri discrezionali di controllo e considerevole influenza sulle discussioni e sulla decisione

---

<sup>50</sup> Con questo termine, di matrice extra-giuridica, ci si riferisce al processo di crescita e superamento dei propri limiti e dei limiti della propria condizione. Nella lingua italiana, viene talvolta tradotto con i termini autodeterminazione, l'acquisizione di autorevolezza, sebbene venga di norma utilizzato in inglese.

<sup>51</sup> B.D. SUKOVATY, *A Feminist Philosophical Critique of Domestic Mediation (ADR) Practices in the United States: Realizing Mary Parker Folletts Theory of empowerment*, Tesi presentata nel 2008, Dipartimento di Filosofia e Graduate School of Oregon, Degree Master of Arts, pp. 3-4.

<sup>52</sup> B.D. SUKOVATY, cit., p. 28, che richiama le posizioni della critica femminista.

<sup>53</sup> C. TROISI, cit., p. 223.

finale. Potrebbe inoltre contribuire a negare la conflittualità sociale, soprattutto se interpretata in un'ottica distorta e innaturale di aspirazione all'assenza di conflitti, non molto lontana dalla logica di disciplinamento e normalizzazione foucaultiana<sup>54</sup>. Questo vale tanto più in un ambito, come quello familiare, in cui a modelli statisticamente e socialmente (come pure giuridicamente) dominanti, si affiancano modelli che con più fatica emergono e che, inevitabilmente, stenteranno a trovare riferimenti nell'ambito di procedure alternative al giudizio e in contesti socio-culturali in cui debole è la presenza sociale<sup>55</sup>.

Peraltro, nel caso della mediazione familiare, non è senza conseguenze l'assenza di una regolamentazione giuridica e di un albo riconosciuto, di requisiti, di percorsi formativi *ad hoc* per i mediatori. Di fatto, oggi, non vi sono garanzie di professionalità, preparazione, capacità ed equidistanza dei mediatori familiari ai quali ci si rivolge<sup>56</sup>.

Un problema analogo potrebbe emergere anche per la mediazione civile, posto il suo recente ingresso nell'ordinamento e l'assenza di pre-requisiti, pre-conoscenze per accedere alla formazione che dà accesso all'iscrizione all'albo<sup>57</sup>, diversamente da quanto accade per chi esercita l'attività dello *iuris dicere*<sup>58</sup>.

Se è pur vero che l'obbligo di mediazione in sede civile previsto per legge non riguarda la conclusione dell'accordo, quanto piuttosto il mero esperimento di un tentativo, è però da ricordare che sono previste sanzioni in caso di mancato accordo o comunque meccanismi dissuasivi, nonché meccanismi di incentivazione che in qualche modo finiscono per spingere la persona a concludere l'accordo pur di evitare un incerto e complesso contenzioso in sede civile<sup>59</sup>. Non sorprende,

---

<sup>54</sup> C. TROISI, cit., p. 225.

<sup>55</sup> Rappresenta un interessante esempio, osservare le dinamiche della mediazione familiare rispetto alla soluzione di conflitti nell'ambito di coppie *same-sex*, ad oggi ancora non riconosciute dall'ordinamento giuridico italiano. Sul punto, in ottica comparata, v. M.F. MOSCATI, *Same-sex couples and Mediation in EU*, London, 2015 e i riferimenti ivi contenuti.

<sup>56</sup> Infatti, i mediatori familiari non sono ancora riconosciuti come professione a sé stante. Questo impedisce che vi sia una formazione standard, degli esami di abilitazione, una verifica della preparazione.

<sup>57</sup> Ai sensi della normativa vigente (d. lgs. 28/2010), è infatti sufficiente un diploma di laurea, oltretutto triennale, in qualsiasi disciplina, senza la necessità di possedere specifiche competenze in campo processuale o giuridico. L. NANNIPIERI, cit., p. 10.

<sup>58</sup> Anche in ragione del procedimento di reclutamento e della formazione richiesta per l'ingresso in magistratura.

<sup>59</sup> V. note 16 e 17 del presente scritto.



dunque, che spesso si opti per la soluzione mediatoria anche in presenza di uno sbilanciamento completo fra torto e ragione, con il solo obiettivo di evitare la lunghezza del processo civile e di poter ottenere il massimo che la controparte è disposta ad offrire, sia pure a fronte di un concreto e indiscusso fondamento giuridico alle proprie pretese.

L'obbligatorietà del tentativo di mediazione non può che suscitare dubbi, anche in quanto di fatto impone un passaggio ulteriore e un aggravio di tempi e di costi, pure nei casi in cui un accordo si palesi comunque come impossibile.

In questo senso, è da valutare se e come possa leggersi una tensione rispetto alle norme costituzionali in tema di giurisdizione, posto che viene accantonato l'obiettivo dello *iuris dicere*, ossia stabilire da quale parte risiede la ragione per dirimere una controversia.

D'altro canto, andrebbe attentamente verificato se e in che termini le dizioni dell'art. 111 Cost. trovano riscontro e garanzia nella struttura e nello svolgimento della mediazione. Se, infatti, si accetta l'idea per cui la mediazione è alternativa al giudizio<sup>60</sup>, va considerato che ad essa debbano presiedere le medesime garanzie costituzionali in materia di giurisdizione. Si pensi, in prima battuta, al principio della terzietà del giudice<sup>61</sup> rispetto a cui non viene affatto considerato come il mediatore, che ha il potere se non di decidere, di coordinare le attività e gli incontri, e di orientarli, può certamente esercitare una grande influenza sull'esito della procedura. Si pensi ancora circa l'imparzialità, al fatto che il mediatore potrebbe avere il medesimo stereotipo<sup>62</sup>, la medesima visione delle cose propria di una delle due parti<sup>63</sup>, perdendo così il requisito di terzietà di cui dovrebbe essere garante. Infatti, la valutazione in via equitativa rischia di essere impregnata di presupposti, di impliciti, che inevitabilmente influenzano la decisione e non

---

<sup>60</sup> L. NANNIPIERI, cit., p. 17, parla di un procedimento reso intrinsecamente paragiurisdizionale dal suo carattere di obbligatorietà.

<sup>61</sup> G. SCARSELLI, *Il nuovo art. 111 e l'imparzialità del giudice nel processo civile*, in *Questione giustizia*, 2000, pp. 81 ss.

C. CONSOLO, *Il giudice "terzo" e "imparziale"*, in B. CAPPONI, V. VERDE (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, Napoli, 2002, pp. 73 ss.

<sup>62</sup> Si pensi al caso in cui il mediatore abbia il medesimo retrospensiero, pre-assunto, che ha generato o concorso al verificarsi del problema all'origine del conflitto.

<sup>63</sup> Quella del mediatore, infatti, è una professione recente per cui è da valutare l'adeguatezza della preparazione e dei meccanismi selettivi di accesso alla formazione. Gli avvocati sono autorizzati a svolgere attività di mediazione civile.

sempre sono orientati verso la giustizia della decisione. Si pensi, ancora, alla garanzia del giusto processo che non sembra trovare spazio adeguato nella mediazione. Anche l'aspetto per cui il mediatore ascolta in via confidenziale le parti e non vi è piena accessibilità alle istruttorie innesca una tensione rispetto ai principi della pubblicità e della trasparenza che dovrebbero essere la regola di presidio al processo<sup>64</sup>.

È interessante ricordare che l'elaborazione di strumenti alternativi al giudizio è stata ricondotta alla logica del "diritto flessibile", con l'obiettivo di contenere una presenza che si ritiene esagerata del diritto e ridurre la pressione giuridica. Tuttavia, la constatata prevalenza di strumenti di *soft law* se anche si traduce in una richiesta di equilibrio, non può però giustificare uno scivolamento verso l'affermazione di un mondo senza regole. Anche per questo vengono invocate altre regole, più "naturali", naturali per necessità, che in quanto tali gli individui osserveranno spontaneamente<sup>65</sup>.

Quanto all'obiettivo "ottimistico" per cui, attraverso le ADR, si garantirebbe la pace sociale e si ridurrebbero i conflitti, va comunque sottolineato come la "pace", l'assenza di liti, non necessariamente rappresenta la garanzia dei diritti e delle libertà oggetto di contesa, né garantisca la giustizia delle soluzioni adottate per risolvere le controversie<sup>66</sup>.

Un altro punto debole della mediazione (e delle ADR in generale) sembra così emergere nell'idea di fondo che ne propala, basata sul presupposto, implicitamente assunto, ma non dimostrato, né sempre vero, che attraverso il dialogo sia comunque possibile trovare una soluzione che soddisfi tutte le parti in causa. In proposito, va ricordata la dottrina che ha ritenuto come solo lo spirito (inteso come *esprit*) della mediazione sarebbe in grado di superare le tradizionali divisioni e contrapposizioni fra le parti di un conflitto, collocandosi in uno spazio connotato dal dialogo e dall'ascolto reciproco. L'accento viene così spostato sull'inevitabilità del conflitto nelle società umane passate e presenti, evidenziandone la valenza costitutiva e costruttiva, come elemento del quotidiano. Il conflitto non dovrebbe cioè essere rifiutato

---

<sup>64</sup> B.D. SUKOVATY, cit.

<sup>65</sup> J. CARBONNIER, *Flessibile diritto*, Milano, 1997.

<sup>66</sup> In questo senso, v. L. NADER, *Harmony Ideology*, cit.

ma ricompreso nelle relazioni, cogliendone la portata vitale e arricchente per la conoscenza del mondo esteriore e interiore<sup>67</sup>.

Tornando al quadro delle criticità ascrivibili alla mediazione (così come alle ADR), l'aspetto forse più problematico è nell'obiettivo posto di trovare un equilibrio, un punto di incontro, anche quando ciò significhi la parziale soccombenza della parte le cui pretese sono fondate. Non necessariamente, infatti, la mediazione ricerca la verità<sup>68</sup>, piuttosto mirando al superamento della controversia e a raggiungere un punto di equilibrio fra le contrapposte pretese. Un ulteriore effetto di questo approccio è che dà quasi per presupposto che i bisogni dei privati siano sempre e comunque fondati e che essi stessi siano in grado di valutarli in chiave di ragionevolezza della rivendicazione delle proprie pretese.

Ciò che va però indagato è se, e in che termini, le soluzioni offerte per il superamento del conflitto necessariamente coincidano con la verità e la giustizia delle soluzioni, che dovrebbero essere l'obiettivo non solo dell'azione giurisdizionale<sup>69</sup>, ma in generale della composizione dei conflitti.

Sembrano, dunque, contestabili le posizioni di chi, attraverso le ADR, mira al superamento della logica del procedimento contenzioso che si conclude con la soccombenza di una parte e la vittoria di un'altra, per recepire soluzioni consensuali<sup>70</sup>. In questo senso, si è affermato che la mediazione si porrebbe in netta discontinuità con il *modus operandi* in cui si privilegia(va) l'accertamento di torti e ragioni nel contraddittorio per giungere ad una verità processuale, il cd. giudicato<sup>71</sup>. Nel proiettarsi verso il futuro, con interventi che pongono al

<sup>67</sup> J. MORINEAU, *Lo spirito della mediazione*, Milano, 2000.

<sup>68</sup> C. TROISI, cit., p. 218.

<sup>69</sup> Sul tema della ricerca della verità come obiettivo della giurisdizione, v. G. CAPOGRASSI, *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1950, pp. 1 ss.; P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, pp. 282 ss.; E. ANCONA, *Sul "giusto processo" ovvero della giustizia e della verità nel processo*, in [www.filosofiadeldiritto.it](http://www.filosofiadeldiritto.it); M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992; S. CHIARLONI, *Processo civile e verità*, in *Questione giustizia*, 1987, pp. 504.

<sup>70</sup> F. OCCHIOGROSSO, cit., p. 33.

<sup>71</sup> F. OCCHIOGROSSO, cit., p. 33. Peraltro, non è sempre detto che la verità processuale espressa con la *res judicata* coincida con un risultato giusto, soltanto fissando ad un certo punto una verità, che si presenta come la più plausibile, in relazione agli esiti del giudizio e che si sostituisce alla certezza empirica. V. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, 2000, 27, 62; S. CHIARLONI, *Processo civile e verità*, in *Questione*

centro della questione il conseguimento della pace sociale<sup>72</sup>, la mediazione mostrerebbe così il pregio di andare di là dell'ambito del contendere delimitato dalla domanda, abbracciando la situazione globale delle parti, così da divenire uno strumento più libero per la definizione dei diversi interessi in conflitto<sup>73</sup>. Nella medesima logica, è stato affermato che se il giudizio guarda al passato per raccogliere elementi su cui fondare la sua "verità", la mediazione è «rivolta al futuro per generare opportunità di soluzione», trattandosi di un «percorso di autonomia che genera uno spazio di comunicazione»<sup>74</sup>. Secondo alcuni quello che conta non sarebbe dunque il conflitto in sé, che è un fatto, un evento, un fenomeno "naturale", ma come questo viene gestito, posto che sono le valutazioni e gli approcci che lo qualificano come utile o inutile, positivo o negativo<sup>75</sup>.

L'opzione sembra dunque orientarsi verso soluzioni in grado di ricomporre il rapporto controverso esistente fra giustizia "dolce", società civile e Stato<sup>76</sup>. Occorre allora interrogarsi sull'idea di giustizia che dalla mediazione sembra emergere, nella consapevolezza che potrebbe non sempre coincidere con la legalità<sup>77</sup>. Va infatti tenuto conto di come, attraverso la mediazione e le ADR in generale, possa palesarsi una forma quasi di privatizzazione dell'attività giurisdizionale in nome di criteri di efficienza e razionalità del sistema. Simile aspetto suggerisce così una certa cautela nel riporre una cieca fiducia verso meccanismi di mediazione e di soluzione delle controversie alternativi al giudizio<sup>78</sup>. Infatti, da un lato, lo Stato si vedrebbe privato del proprio potere di *iuris dicere*, funzione fondamentale e imprescindibile della

---

giustizia, 1987, pp. 504; E. RESTA, *Le verità e il processo*, in *Politica del diritto*, 2004, 369-370.

<sup>72</sup> F. OCCHIOGROSSO, cit., p. 34.

<sup>73</sup> C. PASINI, cit., 5.

<sup>74</sup> G. COSI, G. ROMUALDI, cit., p. 4.

<sup>75</sup> G. COSI, G. ROMUALDI, cit., p. 13.

<sup>76</sup> J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation: une justice douce*, Paris, 1992.

<sup>77</sup> C.M. MARTINI, G. ZAGREBELSKY, *La domanda di giustizia*, Torino, 2003. Gli autori sembrano quasi costruire un'idea di giustizia in abbinamento a "fiducia", quale fondamento necessario per ripristinare i legami sociali e la società stessa, che la controversia avrebbe fiaccato; M. CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access to Justice Movement*, In *The Modern Law Review*, 56, 1993, pp. 282.

<sup>78</sup> V. S. ROBERTS, M. PALMER, *Dispute Process*, cit.

pubblica autorità<sup>79</sup>. D'altro canto, la tendenza ad una privatizzazione non sembra esente dal lasciare “vittime” sul campo, posto che spesso genera l'effetto di accantonare la dimensione individuale, sacrificando le ragioni della parte che avanza pretese giuridicamente fondate, in nome dell'efficienza e di una (peraltro solo presunta e niente affatto scontata) pace sociale.

Emerge così un sistema basato sulla divisione del lavoro tra risorse regolative eterogenee, in cui le classiche funzioni statali non sono semplicemente delegate (“privatizzate”), ma messe da parte e reindirizzate, nel senso di un controllo indiretto, verso la programmazione e cooperazione con i privati.

In generale quindi, l'utilizzo dei meccanismi di mediazione può essere letto come una sorta di *self restraint*, da parte della pubblica autorità, nell'amministrare una giustizia orientata non solo a ricomporre la controversia, ma anche a fissare torti e ragioni.

Conclusivamente, l'origine della mediazione, e con essa delle ADR, che hanno avuto ingresso, nel quadro interno, sulla scia della normazione di rango euro-unitario e di pratiche provenienti da altri contesti<sup>80</sup>, nonché di una fiducia sempre più accentuata verso soluzioni conciliative delle controversie, suggerisce una certa diffidenza. Infatti, l'obiettivo originale di contenimento del contenzioso, nel rispetto di una logica “efficientistica” che impone una riduzione di tempi e costi nell'amministrazione della giustizia, e non da ultimo, di una logica “ottimistica” per cui, attraverso la mediazione (ma analogamente potrebbe dirsi per le ADR in generale), si garantirebbe la pace sociale e si ridurrebbero i conflitti e il ricorso alla giustizia, non sembra possa

---

<sup>79</sup> M. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 371, significativamente, parla in proposito di “fuga dal diritto”.

<sup>80</sup> Come ricordato, l'avvento delle ADR sul piano interno rappresenta l'effetto di una moda i cui echi giungono da contesti giuridici di *common law*, per cui appare difficile pensare che possa riscuotere una pari fortuna anche nei contesti di *civil law*, posta la difficoltà di operare un semplice travaso di istituti e regole da un ordinamento all'altro. A. WATSON, *Legal Transplants*, 1974; P. LEGRAND, *The impossibility of legal transplants*, in *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, 4, pp. 111-124, 1997; U. MATTEI, *Efficiency in legal transplants: an essay in comparative law and economics*, in *International Review of Law and Economics*, 1994; L. M. FRIEDMAN, *Some Comments on Cotterrell and Legal Transplants*, in D. NELKEN, J. FEEST (eds.), *Adapting Legal Cultures*, New York, 2001; P. LEGRAND, *The Impossibility of Legal Transplants*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4, 1997, 111.

dirsi esente dalla potenziale frizione con i principi costituzionali che si vorrebbe porre quale loro fondamento.







# *Costituzionalismo.it*

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

## Direzione

*Direttore* Gaetano **AZZARITI**

Francesco **BILANCIA**

Giuditta **BRUNELLI**

Paolo **CARETTI**

Lorenza **CARLASSARE**

Elisabetta **CATELANI**

Pietro **CIARLO**

Claudio **DE FIORES**

Alfonso **DI GIOVINE**

Mario **DOGLIANI**

Marco **RUOTOLO**

Aldo **SANDULI**

Massimo **VILLONE**

Mauro **VOLPI**

## Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Gianluca

**BASCHERINI**, Marco **BETZU**,

Gaetano **BUCCI**, Roberto

**CHERCHI**, Giovanni **COINU**,

Andrea **DEFFENU**, Carlo

**FERRAJOLI**, Luca **GENINATTI**,

Marco **GIAMPIERETTI**, Antonio

**IANNUZZI**, Valeria **MARCENO'**,

Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA**

**PINTO**, Elisa **OLIVITO**, Luciano

**PATRUNO**, Laura **RONCHETTI**,

Ilenia **RUGGIU**, Giuliano

**SERGES**, Sara **SPUNTARELLI**,

Chiara **TRIPODINA**

Email: [info@costituzionalismo.it](mailto:info@costituzionalismo.it)

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it) (Roma)