

GLI ORGANISMI DI MEDIAZIONE e I MEDIATORI SECONDO IL D. LGS. N. 28/2010. ALLA RICERCA DI UN'IDENTITÀ CONTROVERSA TRA REGOLE DELL'ECONOMIA E PRINCIPI DEL DIRITTO.

di *Andrea Giordano**

SOMMARIO: 1. Premesse definitorie. Gli organismi di mediazione e i mediatori. - 2. Gli organismi: i tipi possibili. Gli organismi privati. Gli organismi presso i tribunali. Gli organismi presso i consigli degli ordini professionali e le camere di commercio. - 3. Le vicende degli organismi. L'iscrizione nel registro e i controlli successivi. - 4. La figura del mediatore tra obblighi giuridici e doveri deontologici. - 5. Il vaglio del modello secondo i parametri comunitari e della legge delega n. 69/2009. L'esempio degli ordinamenti stranieri. Conclusioni.

1.- La mediazione è l'essenza stessa del diritto¹.

Se calare nel concreto le norme è, in ogni caso, mediare, la richiamata funzione è, nella sua forma istituzionale, riservata ai soggetti indicati dal decreto legislativo n. 28/2010² e dai decreti

* Avvocato in Roma, dottorando di ricerca in diritto processuale civile dell'Università «La Sapienza».

¹ Sul tema, vedasi, in generale, C. Punzi, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 845 s., e spec. 859, F. P. Luiso, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 1201 s., nonché F. Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, 1 s.

² D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 sulla mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali. In argomento, oltre ai testi citati nelle note che seguono, si vedano R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011; F. Cuomo Ulloa, *La mediazione nel processo civile riformato*, Bologna, 2011; M. Bove (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2011; G. P. Califano, *Procedura della mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2011; A. Pera - G. M. Riccio, *Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, Padova, 2011; E. M. Appiano - G. Saffirio, *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, Milano, 2011; B. Sassani - F. Santagada (a cura di), *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, Roma, 2010; C. Vacca-M. Martello, *La mediazione delle controversie*, Milano, 2010; A. Bandini - N. Soldati (a cura di), *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali. Commento al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, Milano, 2010; A. Castagnola - F. Delfini (a cura di), *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, Padova, 2010; C. Besso (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2010; P. Mistò, *La nuova mediazione civile e commerciale ed il ruolo del*

ministeriali nn. 180/2010³ e 145/2011⁴.

Mentre la mediazione, in senso lato ed atecnico, continua, necessariamente, a spettare a chiunque operi nel settore⁵, quella tecnicamente intesa, volta ad approdare ad un *concilium*, attraverso il *consilium* di un soggetto terzo⁶, è, in via esclusiva, affidata ai mediatori operanti negli organismi previsti dalla normativa indicata⁷.

Per gestire i conflitti, portando a sintesi gli interessi contrapposti, non basta essere giuristi, né mediatori, ma è necessario essere mediatori facenti capo agli organismi. A garanzia dei soggetti coinvolti, il «tipo» di mediazione prescelto dal legislatore è quello della mediazione «amministrata»⁸: tra i mediatori e le parti

mediatore, Torino, 2010; C. Ascione - F. Di Biase - N. Ferrara, *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, Napoli, 2010; P. Sandulli, *La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in A. Didone (a cura di), *Il processo civile competitivo*, Torino, 2010, 979 s.; A. Carratta, in C. Mandrioli - A. Carratta, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, 220. Sul tema, vedasi, in generale, C. Punzi, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 845 s., e spec. 859, F. P. Luiso, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 1201 s., nonché F. Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, 1 s.

³ D.M. 18 ottobre 2010, n. 180, che ha fissato criteri e modalità di tenuta del registro degli organismi di mediazione.

⁴ D.M. 6 luglio 2011, n. 145, modificativo del D.M. n. 180/2010, cit.

⁵ Si rinvia alle importanti riflessioni di G. Zagrebelsky, *Diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, nonché di R. Bin, *Diritti ed argomenti. Il bilanciamento di interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992. Cfr. se vuoi, sulla composizione dei conflitti nell'ordinamento giuridico, A. Giordano, *Effetti della transazione fiscale «fuori» e «dentro» il concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2011.

⁶ Ancora C. Punzi, *Mediazione e conciliazione*, cit., 859.

⁷Stando alla normativa in commento, la mediazione è il procedimento di risoluzione stragiudiziale della controversia e la conciliazione il suo risultato. In questo senso, R. Tiscini, *La mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in www.judicium.it. Analogamente, vedasi I. Lombardini, *Considerazioni sulla legge delega in materia di mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, in *Studium Iuris*, 2010, 9.

⁸In questo senso, cfr. G. Romualdi, in A. Bandini - N. Soldati, *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali. Commento al d.lgs. 4 marzo 2010*, n. 28, cit., 308. Si veda altresì R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale*, cit., spec. 68-69. Sul tema, si rinvia altresì a P. Bartolomucci, voce *Conciliazione extragiudiziale*, in *Dig. civ., Aggiornamento*, I, Torino, 2007, 58 s., nonché a R. Caponi, in R. Caponi - G. Romualdi, *La conciliazione amministrata dalle Camere di*

vi è il filtro degli organismi, accreditati presso il Ministero della giustizia, che assicurano la serietà dei primi – serietà che, a sua volta, si declina in imparzialità, indipendenza, riservatezza⁹ – e l'efficienza della struttura.

La definizione di organismo discende dall'articolo 1 del d.lgs. n. 28/2010 ed è meglio delineata dall'articolo 1 del d.m. n. 180/2010, che testualmente lo qualifica «*l'ente pubblico o privato, ovvero la sua articolazione, presso cui può svolgersi il procedimento di mediazione*».

L'ampiezza della formula anzidetta, che fa da contrappeso all'introduzione di un tentativo di mediazione obbligatorio per una parte rilevante del contenzioso civilistico¹⁰ e, a un tempo, garantisce la concorrenzialità dell'offerta secondo il doppio binario «pubblico-privato»¹¹, va, tuttavia circoscritta alla luce dell'articolo 16 d.lgs. n. 28/2010 e dell'articolo 4 d.m. n. 180/2010.

Stando all'articolo 16 è, infatti, necessario che gli enti pubblici o privati costituiti in organismo diano «*garanzie di serietà ed efficienza*». Il requisito in oggetto, che ha più il tenore del principio direttivo di una legge delega che della specifica di dettaglio di un decreto delegato¹², è meglio precisato dall'art. 4 d.m. n. 180/2010, che, nell'elencare i criteri di iscrizione nel registro, erige a parametri della «*professionalità ed efficienza*» degli organismi la capacità finanziaria ed organizzativa del richiedente, oltre alla compatibilità dell'attività di mediazione con l'oggetto sociale o lo

Commercio, in AA.VV., *La via della conciliazione*, Milano, 2003, 153 s.

⁹E – come si dovrebbe aggiungere – neutralità.

¹⁰Come è noto, l'obbligatorietà è stata introdotta, dal 21 marzo 2011, per le seguenti materie di cui all'articolo 5, d.lgs. n. 28/2010, cit.: diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, danno derivante da responsabilità medica e da diffamazione a mezzo stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari. Il cd. decreto «milleproroghe» ha previsto un differimento dell'entrata in vigore della mediazione obbligatoria al 21 marzo 2012 solo per le controversie aventi ad oggetto i sinistri stradali e le liti condominiali.

¹¹Così, con riferimento alla riforma societaria del 2003, N. Trocker, *La conciliazione in Italia tra riforma e Costituzione*, in V. Varano (a cura di), *L'altra giustizia*, Milano, 2007, 336.

¹²Così, G. Minelli - A. Santi, in M. Bove (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., 339.

scopo associativo¹³.

Se già con la riforma societaria¹⁴ si era stabilita l'indifferenza della natura, privatistica o pubblicistica, dell'ente ai fini della sua iscrizione nell'apposito registro¹⁵ e si era altresì riconosciuto il diritto delle Camere di commercio a costituire organismi¹⁶, la normativa sulla mediazione ha esteso il novero degli aventi diritto all'iscrizione anche ai Consigli degli Ordini degli Avvocati e agli altri ordini professionali.

L'ottica pluralista, volta a promuovere la qualità dell'offerta e a garantire la ripartizione del carico del contenzioso tra più soggetti, è confermata dal mantenimento in essere degli organismi di composizione stragiudiziale delle controversie in materia di consumo, di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206¹⁷.

Tra gli organismi e i litiganti vi sono i mediatori, per i quali è previsto, dalla normativa in commento, una sorta di codice etico¹⁸, comprensivo di garanzie ed obblighi sagomati sulla disciplina comunitaria¹⁹.

¹³V. *infra* per l'enucleazione puntuale dei singoli requisiti.

¹⁴D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.

¹⁵Cfr. l'art. 38 d.lgs. n. 5/2003, cit., abrogato dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, nonché l'art. 4 del d.m. 23 luglio 2004, n. 222.

¹⁶Vedasi l'art. 4 c. 2 d.m. n. 222/2004, cit.

¹⁷In merito, si vedano U. Carnevali, *La nuova mediazione civile*, ne *I contratti*, 2011, 437 e P. Duvia, *I consumatori e il nuovo procedimento di mediazione*, *ivi*, 279. Evidentemente, non vengano intaccate dalla normativa in commento le ulteriori forme di conciliazione, in particolare afferenti al settore dei servizi di pubblica utilità (arg. ex art. 2 c. 2 d.lgs. n. 28/2010). Si confronti, sul tema, A. Bandini, *Le autorità indipendenti, l'arbitrato e la conciliazione: l'esperienza dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Riv. arbitrato*, 2005, 615 s. La novella lascia altresì inalterata la normativa concernente le procedure di conciliazione e arbitrato presso la Consob (art. 128-*bis*, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 e d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179).

¹⁸Impieghiamo l'espressione in senso ampio, ricomprendendovi non solo il codice etico che deve essere depositato all'atto dell'iscrizione nel registro, ma anche i principi deontologici richiamati dalla normativa che si commenta. Parla in termini di 'dimensione etica' del mediatore G. Dinacci, *Il dovere di riservatezza del mediatore*, in R. Martino (a cura di), *Materiali e commenti sulla mediazione civile e commerciale*, Bari, 2011, 115 s. In argomento, vedasi anche D. Borghesi, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, in www.judicium.it.

¹⁹Cfr., in particolare, la direttiva 2008/52/CE, che, tuttavia – come si vedrà *infra* – non è stata integralmente osservata dal legislatore italiano. In merito, si

Per mediatore deve intendersi – stando all'art. 1 d.lgs. n. 28/2010 e all'art. 1 del d.m. n. 180/2010 – quella persona fisica che, individualmente o collegialmente, presiede al procedimento di mediazione, conducendolo alla conciliazione, il suo, almeno potenziale, approdo.

Funzioni e limiti al loro esercizio discendono dalla natura della stessa della mediazione, che, per come è concepita dal legislatore, non nasce dal libero contatto tra il mediatore e le parti, ma è «amministrata» dagli organismi.

Lungi dall'essere un battitore libero, destinato ad erogare un servizio sottoposto alla «mano invisibile» del mercato²⁰, il mediatore è abilitato all'esercizio solo all'interno degli organismi accreditati, che ne vagliano i requisiti di professionalità ed onorabilità richiesti dalla novella. Va da sé, pertanto, che non ricorrano vincoli contrattuali tra il mediatore e le parti: gli unici legami esistenti sono quelli che avvengono, da un lato, l'organismo alle parti e, dall'altro, l'organismo al mediatore. Tra il mediatore e l'organismo vi è un contratto ascrivibile alla prestazione d'opera intellettuale²¹; tra l'organismo e le parti vi è un contratto misto, punto di intersezione tra l'appalto di servizi, il mandato e la prestazione d'opera intellettuale²².

Non è difficile constatare che il sistema *ex* d.lgs. n. 28/2010

confronti, in particolare, G. Impagnatiello, «*La mediazione finalizzata alla conciliazione di cui al d.lgs. n. 28/2010 nella cornice europea*», in www.judicium.it, oltre a G. M. Riccio, in A. Pera - G. M. Riccio, *Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, cit., 71. In particolare, per G. Impagnatiello, *op. ult. cit.*, § 13, la normativa nostrana si avvicina più alla raccomandazione n. 98/257/CE che alla direttiva 2008/52/CE.

²⁰Sul significato della nota espressione di Smith e sul mercato come meccanismo automatico, capace di auto-regolarsi, o come costruzione sociale che necessita di regole eteronome, si veda il sapiente lavoro di A. Roncaglia, *Il mito della mano invisibile*, Roma-Bari, 2005, *passim*.

²¹Così, C. Besso, *La mediazione: definizioni e tipologie*, in C. Besso (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, cit., 44.

²²Si veda, sul tema, l'interessante studio di T. Galletto, *Il rapporto tra gli organismi di mediazione e gli utenti: natura giuridica e responsabilità*, in *Foro pad.*, 2010, 3 s. Di natura mista del contratto in oggetto parlavano già R. Caponi - G. Romualdi, *La conciliazione amministrata dalle Camere di Commercio*, cit., 154. Per un raffronto, sul tema, con l'arbitrato amministrato, vedasi R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale*, cit., 36, nt. 17.

abbia, come perno, il circuito, potenzialmente virtuoso, che si innesca tra Ministero, organismo e mediatore. Indagare quali siano i rapporti tra i soggetti coinvolti, analizzando i principi applicabili, consente di comprendere il fondamento dell'impianto normativo e di vagliarne la tenuta, la compatibilità con il dettato costituzionale e comunitario e la potenziale longevità²³.

2.- Dal d.lgs. n. 28/2010 e dai decreti ministeriali citati discende che non vi è mediazione, con i particolari effetti che ne conseguono, al di fuori e a prescindere dagli organismi accreditati presso il Ministero della giustizia²⁴.

La nozione lata di «organismo»²⁵, che consente di ricomprendervi enti privati e pubblici, indipendentemente dalla forma istituzionale che rivestano, risponde alla pratica esigenza di ripartire il carico del contenzioso tra più soggetti, secondo il principio per cui la suddivisione del lavoro ne migliora i risultati²⁶.

Inoltre, l'inclusione, tra gli enti abilitati ad «ospitare» i proce-

²³ E ciò anche alla luce delle recenti pronunce Tar Lazio, ord. 12-4-2011, n. 3202, in *Giust. civ.*, 2011, 5, 1361(s.m.), *Giur. merito*, 2011,1926, *Foro it.*,2011, III,274 e Trib. Palermo, sez. distaccata di Bagheria, ord. 16-8-2011, in *Guida dir.*, 2011, 43, che – come è noto – hanno rispettivamente messo in dubbio la legittimità costituzionale e la compatibilità comunitaria della novella.

²⁴ Sul modello della mediazione «amministrata», si rinvia a P. Bartolomucci, voce *Conciliazione extragiudiziale*, in *Dig. civ., Aggiornamento*, I, cit., 58 s.

²⁵ Sul concetto di organismo e sulla disciplina allo stesso applicabile, si confrontino, oltre ai testi *infra* e *supra* citati, G. Impagnatiello, «*La mediazione finalizzata alla conciliazione*» di cui al d.lgs. n. 28/2010 nella cornice europea, in *www.judicium.it*, spec. § 9; R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale*, cit., 68 s.; G. Minelli - A. Santi, in M. Bove (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., 338 s.; C. Marucci, in M. Bove (a cura di), *op. ult. cit.*, 363 s. R. Santagata, «*Mediazione*», «*mediatore*» e «*conciliazione*» (appunti su alcuni profili sostanziali del d.lgs. 28/2010), in *Riv. dottori comm.*, 2011, 393 s.; U. Corea, in B. Sassani - F. Santagada (a cura di), *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, cit., 71 s.; G. P. Califano, *Procedura della mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, cit., 57 s.; G. Romualdi, in A. Bandini - N. Soldati (a cura di), *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali. Commento al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, cit., 308 s.

²⁶ Si rinvia alle note teorie di A. Smith, *La ricchezza delle nazioni*, tr. it., Torino, 2006, 79: «sembra che il grandissimo progresso della capacità produttiva del lavoro e la maggiore abilità, destrezza e avvedutezza con le quali esso è ovunque diretto o impiegato siano stati effetti della divisione del lavoro».

dimenti di mediazione, oltre agli organismi privati, di quelli istituiti dagli ordini degli avvocati, dagli altri ordini professionali e dalle camere di commercio, è altresì tesa ad evitare che i costi della riforma ricadano su un novero limitato di soggetti. La parallela coesistenza di pubblico e privato – promossa dalla Carta costituzionale – e, più in generale, l'apertura concorrenziale del 'mercato' vengono, insomma, erette a chiavi di volta del sistema.

Se è certamente vero che la concorrenza migliora la qualità dell'erogando servizio, non è, tuttavia, consentito adottarla nella sua forma «perfetta», che comporterebbe la soppressione di ogni barriera all'entrata²⁷.

L'individuazione, da parte del legislatore, di requisiti minimi, senza i quali è impossibile accedere al settore, e la rimessione del loro vaglio al responsabile del registro, sito presso il Ministero della giustizia, fa sì che l'efficienza, connaturale ad un sistema concorrenziale, non venga, nei fatti, contraddetta dall'accesso al 'mercato' di soggetti che, per struttura, caratteristiche ed organico, non siano idonei a fornire il servizio di media-conciliazione.

La diversità di natura dei singoli organismi, pur non discriminandoli ai fini dell'accesso al sistema, comporta una differenziazione delle condizioni di iscrizione al registro.

Quanto agli organismi privati, corrispondenti a qualsiasi soggetto di diritto privato, diverso dalla persona fisica, la «serietà» e l'«efficienza» richieste dal d.lgs. n. 28/2010 si declinano nella capacità finanziaria ed organizzativa, nonché nella compatibilità dell'attività di mediazione con l'oggetto sociale o lo scopo associativo²⁸.

In particolare, il requisito della capacità finanziaria ricorre ove l'organismo disponga di un capitale sociale non inferiore a quello necessario per la costituzione di un società a responsabilità limitata²⁹.

²⁷ Sul modello della concorrenza perfetta, portato della scuola neoclassica, e sui suoi limiti, si rinvia all'opera di F. A. Hayek, *Individualism and Economic Order*, Chicago, 1948, *passim*, oltre a Id., *The Sensory Order. An Inquiry into the foundations of theoretical Psychology*, Chicago, 1952.

²⁸ Così, l'art. 4 c. 2 lett. a) d.m. n. 180/2010, cit.

²⁹ Attualmente pari a diecimila euro, dato l'articolo 2463 c. 2 del codice civi-

Alla stessa capacità finanziaria, latamente intesa, si può ricondurre l'altrettanto necessario possesso, da parte del richiedente, di una polizza assicurativa di importo non inferiore a cinquecentomila euro per la responsabilità a qualunque titolo derivante dallo svolgimento dell'attività di mediazione³⁰.

La condizione della capacità organizzativa è, poi, soddisfatta laddove l'organismo attesti di svolgere la propria attività in almeno due regioni italiane o in almeno due province della stessa regione³¹. A tal fine, anche per assicurare un'ampia diffusione del servizio sul territorio nazionale³², è, comunque, consentito all'ente di concludere accordi con altri organismi e, conseguentemente, di avvalersi delle strutture, del personale e dei mediatori di questi ultimi³³. Sempre al profilo organizzativo attiene la necessità che l'organismo disponga di almeno cinque mediatori³⁴, legati all'ente da vincoli non esclusivi³⁵.

In ogni caso – e soprattutto allorché l'organismo rappresenti l'articolazione interna di un ente distinto³⁶ – è, ai fini dell'iscrizione, necessario dimostrare la trasparenza amministrativa e contabile del primo.

In aggiunta ai richiamati requisiti, attinenti in senso lato agli aspetti organizzativi, amministrativi, finanziari e contabili, vi sono quelli astrattamente inquadrabili nel codice etico degli orga-

le.

³⁰ Vedasi l'art. 4 c. 2 lett. b) del d.m. n. 180/2010, cit.

³¹ La verifica della citata condizione è altresì consentita dall'altrettanto necessaria indicazione della sede dell'organismo, richiesta dall'art. 4 c. 2 lett. g) del d.m. n. 180/2010.

³² Così, R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale*, cit., 73.

³³ *Cfr.* l'articolo 4 c. 2 lett. a) del d.m. n. 180/2010, cit., nella parte in cui richiama il successivo art. 7 c. 2 lett. c).

³⁴ *Cfr.* l'art. 4 c. 2 lett. f). Come è noto, diversamente dalla disciplina richiamata, il d.m. n. 222/2004 richiedeva un numero di mediatore non inferiore a sette.

³⁵ Così deve ritenersi, mancando – a differenza della previgente disciplina – una previsione espressa in tal senso nel decreto ministeriale n. 180 del 2010.

³⁶ Ipotesi in relazione alla quale è necessaria la specificazione del rapporto giuridico ed economico tra l'organismo e l'ente di cui costituisce l'articolazione interna, al fine della dimostrazione dell'autonomia finanziaria e funzionale del primo. Si veda, in merito, l'articolo 4 c. 2 lett. d) del d.m. n. 180/2010.

nismi.

Devono essere, anzitutto, fornite garanzie di indipendenza, imparzialità e riservatezza nello svolgimento del servizio di mediazione³⁷, oltre a dover essere comprovato il possesso, da parte dei soci, associati, amministratori o rappresentanti degli enti, dei requisiti di onorabilità richiesti per i soggetti esercenti attività di amministrazione, direzione e controllo presso SIM, SICAV e SGR³⁸. In ogni caso, il regolamento dell'organismo, pur espressione di un'ampia autonomia³⁹, deve essere conforme alla legge e al d.m. n. 180 del 2010. È, poi, necessario che i mediatori dell'organismo posseggano i requisiti di qualificazione, formazione ed onorabilità indicati all'articolo 4 c. 3 d.m. n. 180/2010⁴⁰.

³⁷ Così l'art. 4 c. 2 lett. e) del d.m. n. 180/2010. In particolare, sulla necessaria osservanza, nella gestione dei procedimenti di mediazione, delle regole del contraddittorio e della parità delle armi, v. L. Dittrich, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in www.judicium.it, spec. 19. In argomento si veda anche D. Borghesi, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, cit., 4, che desume l'essenzialità del contraddittorio dalle conseguenze in cui incorre la parte contumace.

³⁸ Requisiti stabiliti dal Ministro dell'Economia e delle finanze, con regolamento adottato sentite la Banca d'Italia e la Consob. *Cfr.* il vigente decreto del Ministero del Tesoro dell'11 novembre 1998, n. 468.

³⁹ Sull'autonomia regolamentare degli organismi, *cf.*, in particolare, V. Verdichio, *L'autonomia regolamentare degli organismi di mediazione*, in *Obbligazioni e contratti*, 2011, 607, oltre a P. Mistò, *La nuova mediazione civile e commerciale ed il ruolo del mediatore*, Torino, 2010, 22 s. ed a C. Ascione - F. Di Biase - N. Ferrara, *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, Napoli, 2010, 46 s.

⁴⁰ Così l'articolo 4 c. 3 d.m. n. 180/2010: «il responsabile verifica altresì: a) i requisiti di qualificazione dei mediatori, i quali devono possedere un titolo di studio non inferiore al diploma di laurea universitaria triennale ovvero, in alternativa, devono essere iscritti a un ordine o collegio professionale; b) il possesso, da parte dei mediatori, di una specifica formazione e di uno specifico aggiornamento almeno biennale, acquisiti presso gli enti di formazione in base all'articolo 18, nonché la partecipazione, da parte dei mediatori, nel biennio di aggiornamento e in forma di tirocinio assistito, ad almeno venti casi di mediazione svolti presso organismi iscritti; c) il possesso, da parte dei mediatori, dei seguenti requisiti di onorabilità: a. non avere riportato condanne definitive per delitti non colposi o a pena detentiva non sospesa; b. non essere incorso nell'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici; c. non essere stato sottoposto a misure di prevenzione o di sicurezza; d. non avere riportato sanzioni disciplinari diverse dall'avvertimento; d) la documentazione idonea a comprovare le conoscenze linguistiche necessarie, per i mediatori che intendono iscriversi negli elenchi di cui all'articolo 3, comma 3, parte i), sezione B e parte ii), sezione B». Sul tema, si vedano D. Cena - R. Chiesa - C. Regis, in C. Besso (a cura di), *La mediazione civile e commer-*

Non può, infine, mancare l'indicazione della sede dell'organismo, non necessariamente coincidente con il «luogo dove si svolge la procedura» – stabile la prima, eventualmente variabile la seconda – e rilevante, tra l'altro, ai fini della verifica della sussistenza della capacità organizzativa e dell'individuazione dell'Autorità giudiziaria competente ai fini dell'omologazione del verbale di conciliazione⁴¹.

Quanto agli organismi pubblici, è necessario differenziare quelli istituiti dagli ordini forensi presso i tribunali da quelli istituiti dagli altri ordini professionali o dalle Camere di commercio.

Il particolare *favor* nei confronti degli organismi istituiti dai Consigli degli ordini forensi⁴² – dovuto alla normale gestione del contenzioso da parte degli avvocati⁴³ – ha indotto il legislatore non solo a consentire agli stessi di avvalersi dei locali messi a disposizione dal presidente del tribunale⁴⁴, ma anche di conseguire

ciale, cit., 232 s., G. M. Riccio, in A. Pera - G. M. Riccio, *Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, cit., 129 e F. Cuomo Ulloa, *La mediazione nel processo civile riformato*, cit., 23 s.

⁴¹Si veda l'art. 12 c. 1 d.lgs. n. 28/2010, cit.

⁴²Che si riscontra in relazione alla facoltà, concessa agli ordini forensi, di avvalersi dei locali dei tribunali, al diritto degli stessi ad iscriversi nel registro degli organismi a semplice domanda e alla competenza non circoscritta a specifiche materie. Parla in termini di «favor», in particolare, R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale*, cit., 75, alla cui analisi va aggiunta la possibilità, da parte degli organismi in questione, di svolgere la mediazione in qualsiasi materia (v. l'art. 18 d.lgs. n. 28/2010 rispetto al successivo art. 19).

⁴³Parlano di implicita affidabilità degli organismi istituiti dagli ordini forensi, nonché di quelli delle Camere di commercio D. Cena - R. Chiesa - C. Regis, in C. Besso (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, cit., 255. Ha espresso perplessità sull'istituzione di organismi da parte dei consigli degli ordini degli avvocati G. Scarselli, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in *www.judicium.it*, § 8, secondo il quale: «l'avvocatura si è sempre battuta per la separazione dei ruoli, poiché uno è il compito dell'avvocato, altro quello del giudice (...). Attualmente nessun avvocato può svolgere funzioni di giudice onorario o di giudice di pace nella circoscrizione in cui opera come avvocato (...). Oggi, al contrario, si immagina un tribunale della mediazione dentro il tribunale della giurisdizione, uno fatto di avvocati, l'altro fatto di giudici».

⁴⁴Ferma restando la necessità che gli stessi si avvalgano del proprio personale. In argomento, G. Romualdi, in A. Bandini - N. Soldati, *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali. Commento al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, cit., 307 s., C. Marucci, in M. Bove (a cura di), *La mediazione per la composi-*

l'iscrizione nel registro a semplice domanda⁴⁵, fatta salva la necessità – prevista dal d.m. n. 180/2010⁴⁶ – della previa dimostrazione del possesso della menzionata copertura assicurativa e dell'esistenza, in capo ai mediatori, dei citati requisiti di qualificazione, formazione ed onorabilità⁴⁷.

Corsia preferenziale è altresì riservata agli organismi istituiti presso gli altri ordini professionali⁴⁸, che, pur potendo utilizzare unicamente i locali che si trovino nella propria disponibilità e necessitando dell'autorizzazione del Ministero della giustizia⁴⁹, sono comunque agevolati nell'iscrizione: basta, infatti la semplice domanda, ferma restando la necessaria verifica del possesso, da parte dell'ente, della polizza assicurativa e, da parte dei mediatori, dei requisiti di cui all'art. 4 c. 3 d.m. n. 180/2010⁵⁰.

Anche nel caso degli organismi istituiti dalle Camere di commercio⁵¹, è sufficiente la semplice domanda, purché ricorra il re-

zione delle controversie civili e commerciali, cit., 363 s. e R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale*, cit., 75.

⁴⁵ Cfr. l'articolo 18 d.lgs. n. 28/2010: «i consigli degli ordini degli avvocati possono istituire organismi presso ciascun tribunale, avvalendosi di proprio personale e utilizzando i locali loro messi a disposizione dal presidente del tribunale. Gli organismi presso i tribunali sono iscritti al registro a semplice domanda, nel rispetto dei criteri stabiliti dai decreti di cui all'articolo 16».

⁴⁶ Cfr. l'art. 4 c. 4 d.m. n. 180/2010: «gli organismi costituiti, anche in forma associata, dalle CCLAA e dai consigli degli ordini professionali sono iscritti su semplice domanda, all'esito della verifica della sussistenza del solo requisito di cui al comma 2, lettera b), per l'organismo e dei requisiti di cui al comma 3, per i mediatori».

⁴⁷ V. *infra* per una loro dettagliata analisi.

⁴⁸ Su cui cfr. M. De Rita, in A. Bandini - N. Soldati (a cura di), *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali. Commento al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, cit., 316; M. Di Rocco, in M. Bove (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., 367 e R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale*, cit., 77.

⁴⁹ Cfr. l'art. 19 c. 1 d.lgs. n. 28/2010: «i consigli degli ordini professionali possono istituire, per le materie riservate alla loro competenza, previa autorizzazione del Ministero della giustizia, organismi speciali, avvalendosi di proprio personale e utilizzando locali nella propria disponibilità».

⁵⁰ Vedasi ancora l'art. 4 c. 4.

⁵¹ Su cui cfr. M. De Rita, in A. Bandini - N. Soldati (a cura di), *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali. Commento al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, cit., 318; M. Di Rocco, in M. Bove (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., 367 e R. Tiscini, *La mediazione*

quisito di cui all'art. 4 c. 2 lett. b) d.m. n. 180/2010 per l'organismo e di quelli *ex art.* 4 c. 3 dello stesso decreto per i mediatori.

Una particolare riserva di posizione è, infine, prevista per gli organismi già iscritti nel registro previsto dal decreto ministeriale n. 222/2004, per i quali è prevista l'iscrizione *ipso jure* nel nuovo registro, fatta salva la successiva verifica, da parte del responsabile, del possesso dei requisiti *ex art.* 4⁵².

A natura giuridica e requisiti differenziati corrispondono competenze distinte dei singoli organismi.

Mentre gli enti istituiti presso i tribunali possono gestire le procedure di mediazione relative ad ogni materia prevista dal d.lgs. n. 28/2010, gli organismi istituiti dagli altri ordini sono abilitati a svolgere le funzioni conciliative nelle sole materie riservate alla loro competenza⁵³. Ciò evidentemente si spiega in ragione dell'alto livello di specializzazione degli ordini professionali, a fronte della rilevante ampiezza del contenzioso destinato ad essere 'mediato'. Anche se la medesima *ratio* indurrebbe a circoscrivere la competenza anche degli enti istituiti dalle Camere di commercio, ciò non è stato previsto dal legislatore, che, non avendo escluso le liti diverse da quelle esistenti tra imprese e tra imprese, consumatori e utenti⁵⁴, osta all'individuazione *a priori* di limiti *ratione materiae*⁵⁵.

civile e commerciale, cit., 77. La natura pubblicistica delle Camere di commercio discende – come è noto – dall'articolo 1 c. 1 l. 29 dicembre 1993, n. 580.

⁵²Stando all'art. 20 c. 1 d.m. n. 180/2010, «(...) il responsabile, dopo aver provveduto all'iscrizione di cui al periodo precedente, verifica il possesso in capo a tali organismi dei requisiti previsti dall'articolo 4 e comunica agli stessi le eventuali integrazioni o modifiche necessarie. Se l'organismo ottempera alle richieste del responsabile entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione, l'iscrizione si intende confermata; in difetto di tale ottemperanza, l'iscrizione si intende decaduta».

⁵³Così l'articolo 19 c. 1 d.lgs. n. 28/2010.

⁵⁴Si veda, in proposito, la l. art. 2 c. lett. g) della l. 29 dicembre 1993, n. 580, che indica, tra i compiti della Camera di commercio quello di costituire «*commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori e utenti*».

⁵⁵Nello stesso senso, F. Cuomo Ulloa, *La mediazione nel processo civile riformato*, cit., 47 e R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale*, cit., 79. Rientra, infatti, nelle mere facoltà dell'organismo quella di auto-limitare, con il regolamento, le materie di propria competenza. Si veda, in proposito, l'articolo 7 c. 2 lett. e) d.m. n. 180/2010.

Se si aggiunge alla competenza generale degli enti istituiti dalle Camere di commercio l'ipotesi di iscrizione *ipso jure* degli organismi iscritti nel registro *ex* d.m. n. 222/2004 e l'almeno tendenziale fungibilità dei mediatori incaricati – fatto salvo il rispetto dei «criteri inderogabili»⁵⁶ per l'assegnazione delle liti, in ogni caso «rispettosi della specifica competenza professionale del mediatore designato»⁵⁷ –, si comprende che, nelle scelte di politica legislativa, tra la necessità di modulare le *res controversae* sulla base di caratteri e competenze effettive e l'esigenza di accollare a terzi il carico dei ruoli, abbia prevalso quest'ultima.

3.- La vita degli organismi di mediazione ruota intorno all'iscrizione nel registro e procede parallelamente ai controlli del Ministero della giustizia.

Dalla scelta favorevole al modello della mediazione «amministrata» discende che solo e soltanto gli organismi iscritti nel registro tenuto dal Ministero sono abilitati a gestire le nuove mediazioni; enti diversi da quelli accreditati non consentono di conciliare le liti secondo il regime normativo vigente, né di conseguire gli effetti da quest'ultimo previsti. Solo le procedure celebrate avanti agli organismi iscritti permettono alla parte di soddisfare, nei casi di mediazione obbligatoria⁵⁸, la condizione di procedibilità di cui all'art. 5 d.lgs. n. 28/2010, di conferire al verbale di accordo, eventualmente formatosi, efficacia di titolo esecutivo⁵⁹, di avvalersi delle esenzioni fiscali *ex* art. 17 e del credito di imposta di cui all'art. 20, di indurre la controparte a cooperare con il deterrente degli 'argomenti di prova'⁶⁰ e ad accettare la proposta

⁵⁶Comunque rimessi alla discrezionalità dell'organismo.

⁵⁷Così l'art. 7 c. 5 lett. e) del d.m. n. 180/2010, dopo la modifica operata, all'indomani dell'ordinanza Tar di rimessione della normativa alla Consulta, dal d.m. n. 145/2011. Risulta evidente il tentativo del legislatore di rimuovere, in *limine litis*, profili che, come quello in commento, appaiono di dubbia costituzionalità.

⁵⁸Vedasi l'art. 5 d.lgs. n. 28/2010, cit.

⁵⁹Art. 12 d.lgs. n. 28/2010. In argomento, *cf.*, in particolare, D. Dalfino, *Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali»*, in *Rass. forense*, 2010, 67 s.

⁶⁰*Cfr.* l'art. 8 c. 5 d.lgs. n. 28/2010, stando al quale il giudice può desumere

con l'*escamotage* dell'esclusione della ripetizione delle spese *ex art.* 13⁶¹.

Tutto ciò è, evidentemente, preposto a garantire un controllo del sistema, la cui funzionalità dipende dalla rigorosa selezione degli enti, sulla base di criteri atti a verificarne l'idoneità a fornire un servizio di mediazione efficiente⁶².

Così, ai fini dell'iscrizione nel registro, ciascun organismo è tenuto a presentare domanda di iscrizione, dimostrando l'esistenza dei requisiti finanziari, amministrativi ed organizzativi di cui all'articolo 4 d.m. n. 180/2010, oltre quelli, ivi codificati, di professionalità ed onorabilità dei mediatori.

Unitamente alla domanda, va depositato il regolamento⁶³, volto a disciplinare l'attività di mediazione dell'ente – comprese le eventuali procedure telematiche impiegate⁶⁴ –, nel rispetto del

argomenti di prova dalla mancata comparizione, senza giustificato motivo, della parte. Detto disposto è stato altresì integrato dal d.l. 13 agosto 2011, n. 138, che, in relazione alle ipotesi di mediazione obbligatoria, ha previsto la condanna al pagamento di una somma pari al contributo unificato della parte che non si sia presentata senza giustificato motivo. Il d.l. 22 dicembre 2011, n. 212 ha, infine, previsto che la condanna alla sanzione economica avvenga con ordinanza non impugnabile pronunciata d'ufficio alla prima udienza. Sul tema, si veda lo scritto di M. Bove, *Le sanzioni per la mancata cooperazione in mediazione*, in www.judicium.it, nonché Id., *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in *Le società*, 2010, 759 s. Cfr. anche G. Alpa - S. Izzo, *Il modello italiano di mediazione: le ragioni di un insuccesso*, in www.judicium.it, § 3.

⁶¹Si veda l'art. 13 c. 1, prima parte, del d.lgs. n. 28/2010: «quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto». In argomento, si vedano i rilievi critici di G. Scarselli, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, cit., §6.

⁶²Per un'analisi dei detti criteri, alla luce della l. delega n. 69/2009, cit. e della direttiva 2008/52/CE, v. *infra*. In particolare, con riferimento alla legge delega, si veda A. Carratta, in C. Mandrioli - A. Carratta, *Come cambia il processo civile*, cit., 220, oltre a F. P. Luiso, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1257 s.

⁶³Deve essere altresì allegato a quest'ultimo il modello delle schede di valutazione del servizio, di cui all'art. 7 d.m. n. 180/2010.

⁶⁴Sulle procedure telematiche, vedasi F. Cuomo Ulloa, in A. Bandini - N.

principio di autonomia regolamentare, e con i soli limiti imposti dalla riservatezza della procedura, dall'imparzialità ed idoneità del mediatore e dall'informalità degli atti del procedimento⁶⁵.

Deve altresì essere depositato il codice etico dell'organismo, funzionale a garantire l'osservanza dei principi di imparzialità, indipendenza e riservatezza dei mediatori. Nel caso degli organismi istituiti da enti privati, vanno presentate anche le tabelle delle indennità, ai fini della necessaria approvazione ministeriale⁶⁶.

Al controllo iniziale, funzionale all'accesso al sistema, si aggiungono i controlli successivi, volti non solo a verificare la sopravvenienza o risultanza di fatti che avrebbero impedito l'iscrizione, ma anche a monitorare la piena osservanza, da parte dell'ente accreditato, degli obblighi discendenti dalla legge e dal regolamento di procedura.

Del resto, dal provvedimento di iscrizione discende una fascia di doveri, il cui rispetto è garantito dal monitoraggio mini-

Soldati (a cura di), *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali. Commento al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, cit., 59 s., oltre a M. E. De Bonis, in C. Besso (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, cit., 303 s.

⁶⁵ Vedasi l'art. 3 d.lgs. n. 28/2010, nonché, per il contenuto, essenziale ed eventuale, del regolamento, l'art. 7 del d.m. n. 180/2010, su cui si vedano, in particolare, R. Tiscini, *Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in www.judicium.it; D. Cena - R. Chiesa - C. Regis, in C. Besso (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, cit., 257 s. e M. Marinaro, *La dichiarazione d'imparzialità avvia il procedimento*, in *Guida dir.*, n. 46/2010, 52 s., oltre a E. Minervini, *Il regolamento ministeriale sulla mediazione finalizzata alla conciliazione*, in *Contr. e Imp.*, 2011, 339 s. Più di recente, cfr. V. Verdicchio, *L'autonomia regolamentare degli organismi di mediazione*, cit., 607 s.

⁶⁶ Si veda l'art. 16 c. 3 d.lgs. n. 28/2010: «l'organismo, unitamente alla domanda di iscrizione nel registro, deposita presso il Ministero della giustizia il proprio regolamento di procedura e il codice etico, comunicando ogni successiva variazione. Nel regolamento devono essere previste, fermo quanto stabilito dal presente decreto, le procedure telematiche eventualmente utilizzate dall'organismo, in modo da garantire la sicurezza delle comunicazioni e il rispetto della riservatezza dei dati. Al regolamento devono essere allegati le tabelle delle indennità spettanti agli organismi costituiti da enti privati, proposte per l'approvazione a norma dell'articolo 17. Ai fini dell'iscrizione nel registro il Ministero della giustizia valuta l'idoneità del regolamento». Quanto alle indennità, si precisa che gli enti privati possono liberamente stabilire i relativi importi, eccetto che per le ipotesi di mediazione obbligatoria, per le quali valgono le tariffe fissate dall'art. 16 c. 4 lett. d) del d.m. n. 180/2010. Per una più ampia analisi, cfr. P. Porreca, *Sospensione e cancellazione dal registro. Le indennità*, in www.judicium.it, § 5.

steriale, destinato a svolgersi mediante la raccolta delle schede di valutazione compilate dalle parti in lite⁶⁷, l'acquisizione dei rendiconti di gestione dell'ente⁶⁸, i riscontri discendenti dall'attività giudiziaria ricollegabile a quella degli organismi⁶⁹ e, non da ultima, l'analisi dei dati statistici relativi alle mediazioni svolte⁷⁰.

L'efficacia dei controlli dipende dall'afflittività delle sanzioni, che spaziano dalla sospensione alla più radicale cancellazione dal registro⁷¹.

Il potere di graduare le misure sanzionatorie, discrezionalmente rimesso al Ministero e attivabile nel caso di sopravvenienza o risultanza di fatti ostativi all'iscrizione⁷², di «violazione degli ob-

⁶⁷ Art. 7 c. 5 lett. b) d.m. n. 180/2010.

⁶⁸ Art. 9 c. 4 d.m. n. 180/2010.

⁶⁹ Si fa riferimento al caso in cui il Tribunale competente neghi l'omologa dell'accordo (v. art. 13 d.m. n. 180/2010), nonché a quello in cui il giudice del processo successivo al tentativo di mediazione procede alla ripartizione delle spese processuali, confrontando la proposta conciliativa con l'esito del giudizio (art. 11 c. 2 d.m. n. 180/2010, in relazione all'art. 13 c. 1 d.lgs. n. 28/2010).

⁷⁰ Art. 11 c. 1 d.m. n. 180/2010: «il Ministero procede annualmente, anche attraverso i responsabili degli organismi e congiuntamente con il Ministero dello sviluppo economico per i procedimenti di mediazione inerenti gli affari in materia di rapporti di consumo, al monitoraggio statistico dei procedimenti di mediazione svolti presso gli organismi medesimi. I dati statistici vengono separatamente riferiti alla mediazione obbligatoria, volontaria e demandata dal giudice. Per ciascuna di tali categorie sono indicati i casi di successo della mediazione e i casi di esonero dal pagamento dell'indennità ai sensi dell'articolo 17, comma 5, del decreto legislativo».

⁷¹ Così l'art. 10 d.m. n. 180/2010: «1. se, dopo l'iscrizione, sopravvengono o risultano nuovi fatti che l'avrebbero impedita, ovvero in caso di violazione degli obblighi di comunicazione di cui agli articoli 8 e 20 o di reiterata violazione degli obblighi del mediatore, il responsabile dispone la sospensione e, nei casi più gravi, la cancellazione dal registro. 2. Fermo quanto previsto dal comma 1, il responsabile dispone altresì la cancellazione degli organismi che hanno svolto meno di dieci procedimenti di mediazione in un biennio. 3. La cancellazione di cui ai commi 1 e 2 impedisce all'organismo di ottenere una nuova iscrizione, prima che sia decorso un anno. 4. Spetta al responsabile, per le finalità di cui ai commi 1 e 2, l'esercizio del potere di controllo, anche mediante acquisizione di atti e notizie, che viene esercitato nei modi e nei tempi stabiliti da circolari o atti amministrativi equipollenti, di cui viene curato il preventivo recapito, anche soltanto in via telematica, ai singoli organismi interessati». Sul disposto, si veda l'analisi di P. Porreca, *Sospensione e cancellazione dal registro. Le indennità*, in www.judicium.it.

⁷² Va altresì aggiunta l'ipotesi di nuova valutazione dei fatti originari. In questo senso, correttamente, P. Porreca, *op. ult. cit.*, § 1, che richiama l'istituto dell'annullamento d'ufficio ex art. 21-*nonies* l. 7 agosto 1990, n. 241.

bliggi di comunicazione di cui agli articoli 8 e 20» del d.m. n. 180/2010 o di «reiterata violazione degli obblighi del mediatore», va commisurato alla gravità dell'infrazione commessa, a sua volta dipendente dalla rilevanza dell'obbligo inosservato e dalla più o meno pervicace recidiva.

Se per «obblighi del mediatore» devono principalmente intendersi quelli collegati ai principi di riservatezza, imparzialità e indipendenza⁷³ e gli obblighi di comunicazione vanno riferiti alle vicende modificative dei requisiti e ai dati dei mediatori aderenti all'organismo – come meglio definiti dagli artt. 8 e 20 del d.m. n. 180/2010 – non è chiaro quali violazioni di altro genere comportino la comminatoria di sanzioni.

Deve ritenersi che tutto ciò che è prescritto a garanzia delle parti, o che è tale da consentire un monitoraggio effettivo del ministero sull'attività dell'ente, resti lettera morta in assenza di deterrenti efficaci. Così l'obbligo di garantire il servizio di mediazione a ciascun richiedente, salvo la ricorrenza di giustificati motivi⁷⁴, come quello di comunicare, negli atti e nella corrispondenza, il numero di iscrizione nel registro⁷⁵, o di trasmettere al Ministero il rendiconto di gestione⁷⁶, necessariamente rilevano ai fini dell'irrogazione di sanzioni⁷⁷. In particolare, la denegata mediazione dovrebbe comportare, specialmente se reiterata, la più grave delle sanzioni, potendo, di fatto, frustrare finalità e *ratio* del sistema di media-conciliazione.

Se, poi, è il mercato che sanziona, dal basso, l'inattività dell'organismo, l'esigenza di una sanzione dall'alto si ha nelle ipotesi

⁷³ Dato che è lo stesso organismo a garantire la loro esistenza al momento della presentazione della domanda (art. 4 c. 2 lett. e) del d.m. n. 180/2010). In questo senso, R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale*, cit., 83. Sugli obblighi del mediatore, si veda *infra* nel testo.

⁷⁴ Art. 9 c. 2 d.m. n. 180/2010.

⁷⁵ Art. 9 c. 3 d.m. n. 180/2010.

⁷⁶ Art. 9 c. 4 d.m. n. 180/2010.

⁷⁷ In senso analogo, P. Porreca, *Sospensione e cancellazione dal registro. Le indennità*, cit., § 1, che, facendo riferimento al regolamento predisposto dal CNE, ipotizza il caso in cui un utente non possa permettersi il ministero del difensore: sarebbe, a giudizio dell'A., sanzionabile la mancata predisposizione, da parte dell'organismo forense, di meccanismi idonei ad assicurare comunque l'accesso alla mediazione, ove obbligatoria *ex* art. 5 d.lgs. n. 28/2010.

di inoperosità patologica, ricorrenti ove l'ente abbia svolto meno di dieci procedimenti di mediazione nell'arco di un biennio⁷⁸. Non rileva il rispetto, nella gestione delle liti, delle procedure, né ha peso il numero delle conciliazioni raggiunte. La logica concorrenziale che ispira l'assetto normativo in commento induce a punire, con la *damnatio memoriae* della cancellazione, non tanto chi abbia operato male, quanto chi non abbia operato affatto.

4.- Con un modello «amministrato» di mediazione, sagomato sullo schema del processo⁷⁹, il mediatore non può che atteggiarsi a professionista qualificato, tecnicamente competente e sottoposto ad uno statuto di obblighi giuridici e doveri deontologici⁸⁰.

Non è un caso che la terminologia impiegata dal d.lgs. n.

⁷⁸ Vedasi l'art. 10 c. 2 d.m. n. 180/2010.

⁷⁹ Sul carattere 'procedimentalizzato' della mediazione di cui al d.lgs. n. 28/2010, G. Alpa - S. Izzo, *Il modello italiano di mediazione: le ragioni di un insuccesso*, in www.judicium.it, § 2 s.; G. Impagnatiello, «La mediazione finalizzata alla conciliazione» di cui al d.lgs. n. 28/2010 nella cornice europea, *ivi*, § 5 s.; C. Consolo, *La improcrastinabile radicale riforma della Legge-Pinto, la nuova mediazione ex d.lgs. n. 28 del 2010 e l'esigenza del dialogo con il Consiglio d'Europa sul rapporto fra Repubblica italiana e art. 6 Cedu*, in *Corr. giur.*, 2010, 431 s.; G. Scarselli, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in www.judicium.it, § 1 e s.; Id., *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.lgs. 28/2010*, in *Foro it.*, 2011, V, c. 54 s., spec. § 5.

⁸⁰ Sulla figura del mediatore secondo la novella in commento, oltre ai testi *infra* e *supra* citati, G. Impagnatiello, «La mediazione finalizzata alla conciliazione» di cui al d.lgs. n. 28/2010 nella cornice europea, in www.judicium.it, spec. § 7; R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale*, cit., 33 s.; G. M. Riccio, in A. Pera - G. M. Riccio (a cura di), *Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, cit., 129 s.; G. Amenta, in A. Pera - G. M. Riccio (a cura di), *op. ult. cit.*, 155 s.; R. Santagata, «Mediazione», «mediatore» e «conciliazione» (appunti su alcuni profili sostanziali del d.lgs. 28/2010), cit., 393 s.; P. Licci, in B. Sassani - F. Santagada (a cura di), *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, cit., 50 s.; M. Brunialti, *Dovere di riservatezza e segreto professionale nella mediazione*, in *Giust. civ.*, 2011, 487 s.; D. Cena - R. Chiesa - C. Regis, in C. Besso (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, cit., 231 s.; F. Cuomo Ulloa, in A. Bandini - N. Soldati (a cura di), *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali. Commento al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, cit., 247 s.; G. Dinacci, *Il dovere di riservatezza del mediatore*, in R. Martino (a cura di), *Materiali e commenti sulla mediazione civile e commerciale*, cit., 115 e s.; A. Panzarola, «Nessuno può servire a due padroni»? *Riflessioni sul mediatore che diventa arbitro*, *ivi*, cit. 143 e s.; Id., *Il d.lgs. n. 28/2010 tra mediazione e arbitrato: arb-med, med-arb e med-aloo*, *ivi*, 87 s.; D. Borghesi, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, in www.judicium.it.

28/2010, che per mediatore intende la persona che, individualmente o collegialmente, svolge la mediazione⁸¹, rimanendo priva del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti, non riproduce le opzioni lessicali del codice civile⁸².

Se, stando all'articolo 1754 cod. civ., il mediatore è «*colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato da alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza*», il soggetto preposto a gestire le procedure di media-conciliazione è, piuttosto, un professionista intellettuale, tenuto a gestire personalmente le controversie assegnate dall'ente⁸³, designato da quest'ultimo secondo le modalità previste nel regolamento di procedura⁸⁴ ed esercente il mestiere solo se iscritto nel registro dei mediatori, previo espletamento del percorso formativo *ex d.m. n. 180/2010*⁸⁵.

Ricorrono, pertanto, i connotati del contratto di opera professionale⁸⁶, per sua natura *intuitu personae*, intercorrente tra il mediatore e l'organismo, e tale da obbligare quest'ultimo a tenere un contegno conforme a diligenza professionale, secondo i canoni di cui agli articoli 1176 c. 2 e 2236 cod. civ.

Chiaro, in proposito, è l'articolo 1 del d.lgs. n. 28/2010, che, nel definire l'attività di mediazione, lungi dal ripercorrere la formula dell'art. 1754 cod. civ., né quella *ex art. 2082 cod. civ.*, individua le funzioni del mediatore nella «*ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia*» e «*nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa*»⁸⁷.

⁸¹ Cfr. Part. 1 d.lgs. n. 28/2010 e l'art. 1 del d.m. n. 180/2010.

⁸² In questo senso, G. Impagnatiello, «*La mediazione finalizzata alla conciliazione di cui al d.lgs. n. 28/2010 nella cornice europea*, cit., § 4 e R. Santagata, «*Mediazione*», «*mediatore*» e «*conciliazione*» (appunti su alcuni profili sostanziali del d.lgs. 28/2010), cit., 393 s.

⁸³ Art. 14 d.m. n. 180/2010.

⁸⁴ Dette modalità devono, in ogni caso, assicurare l'imparzialità del mediatore e la sua idoneità a svolgere, in modo corretto e sollecito, l'incarico. Cfr. Part. 3 c. 2 d.lgs. n. 28/2010.

⁸⁵ Vedasi l'art. 4 c. 3 d.m. n. 180/2010.

⁸⁶ Così, in particolare, C. Besso, *La mediazione: definizioni e tipologie*, in C. Besso (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, cit., 44.

⁸⁷ Così l'art. 1 c. 1 lett. a) del d.lgs. n. 28/2010 che definisce la mediazione come «*l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad as-*

Il ruolo del mediatore non è, pertanto, limitato all'agevolazione della comunicazione tra le parti, secondo il modello della mediazione «facilitativa», ma si estende alla possibile formulazione della proposta, all'esito di una valutazione, nel merito, di ragioni e torti dei litiganti, secondo lo schema della mediazione «valutativa» o «aggiudicativa»⁸⁸.

Obiettivo del mediatore è far convergere gli interessi contrapposti, conducendo per mano le parti verso un accordo amichevole; ove il tentativo fallisca, si apre la fase valutativa⁸⁹, residuando, comunque, il potere del mediatore di formulare la proposta. Se vi è, poi, concorde richiesta delle parti, il potere diventa dovere e la proposta va obbligatoriamente formulata.

Lungi dal restare lettera morta, i poteri di *evaluation* o *adjudication* del mediatore incidono, attraverso il congegno della condanna alle spese, sul celebrando processo. Mentre in caso di accettazione delle parti entro sette giorni dalla comunicazione del mediatore, la proposta diventa automaticamente accordo, soggetto all'omologa del Tribunale competente, il rifiuto o la mancata accettazione nei termini danno luogo al meccanismo deterrente di cui all'art. 13 d.lgs. n. 28/2010. L'obbligo del giudice di escludere

sistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa».

⁸⁸Per la distinzione tra mediazione facilitativa e valutativa, cfr. F. P. Luiso, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, cit., 1204 e R. Caponi, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR («Alternative Dispute Resolution»)*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 167. Cfr. anche C. Punzi, *Mediazione e conciliazione*, cit., 845 s. Per l'applicazione delle dette tipologie alla nostra materia, si veda C. Besso, in C. Besso (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, cit., 33 s.

⁸⁹O, come certa dottrina preferisce, aggiudicativa (in questo senso, in particolare, G. Impagnatiello, «*La mediazione finalizzata alla conciliazione*» di cui al d.lgs. n. 28/2010 nella cornice europea, *passim*). Non mancano Autori che, come G. Alpa - S. Izzo, *Il modello italiano di mediazione: le ragioni di un insuccesso*, in www.judicium.it, § 2, distinguono, in relazione al d.lgs. n. 28/2010, tra mediazione valutativa ed aggiudicativa. All'opinione di chi ritiene aggiudicativa solo la proposta che risulti, per le parti, vincolante (D. Dalfino, *La giustizia civile alla prova della mediazione* (a proposito del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28), III, *Mediazione, conciliazione e rapporti con il processo*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 101) si contrappone quella di chi priva la vincolatività di rilievo determinante ai fini del connotato aggiudicativo della proposta (G. Impagnatiello, «*La mediazione finalizzata alla conciliazione*» di cui al d.lgs. n. 28/2010 nella cornice europea, cit., § 11).

re, in caso di integrale coincidenza tra decisione e proposta, la ripetizione delle spese processuali avvalora il *consilium* del mediatore, rendendolo, in linea di fatto, cogente⁹⁰.

Guardando alle funzioni e, più in generale, all'incidenza della mediazione a monte sul processo a valle, si spiega l'esigenza di individuare obblighi e garanzie che preservino la professionalità della figura.

A rilevare sono, anzitutto, i principi generali.

Se la legge delega n. 69/2009 individua, tra i principi e criteri direttivi, quello di «prevedere, nel rispetto del codice deontologico, un regime di incompatibilità tale da garantire la neutralità, l'indipendenza e l'imparzialità del conciliatore nello svolgimento delle sue funzioni»⁹¹, non altrettanto puntuale è il decreto delegato, che fa riferimento espresso, negli articoli 3 c. 2 e 14 c. 2 lett. a) e b), alla sola imparzialità, aggiungendo – in linea con il Codice Europeo di condotta per i mediatori⁹², nonché con il considerando n. 23) e con l'art. 7 della direttiva 2008/52/CE – l'altrettanto importante principio di riservatezza⁹³.

Non appaiono, tuttavia, del tutto assenti i principi di indipendenza e neutralità. Il primo, non espressamente menzionato nel d.lgs. n. 28/2010, è presupposto dall'articolo 14 c. 1, che vieta al mediatore di assumere diritti o obblighi direttamente o indirettamente connessi agli affari trattati, e percepire compensi direttamente dalle parti⁹⁴. Il secondo è immanente al sistema, non essendovi imparzialità senza neutralità e dovendosi, in ogni caso, ritenere che l'assenza di un interesse diretto, in capo al mediatore, nella controversia attenga al *minimum* di un codice etico accet-

⁹⁰ A quanto detto si aggiunga che la formulazione della proposta può verificarsi anche in contumacia, ove il regolamento dell'ente lo preveda.

⁹¹ Art. 60 c. 3 lett. r) l. n. 69/2009, cit.

⁹² V. http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_it.pdf.

⁹³ Cfr., in particolare, l'art. 9 d.lgs. n. 28/2010, cit.

⁹⁴ Si veda anche l'art. 4 c. 2 lett. e) del d.m. n. 180/2010, cit., che, tra i requisiti oggetto di necessaria verifica, include «le garanzie di indipendenza, imparzialità e riservatezza nello svolgimento del servizio di mediazione, nonché la conformità del regolamento alla legge e al presente decreto, anche per quanto attiene al rapporto giuridico con i mediatori».

tabile⁹⁵.

Non è dato ritenere «serio», né tantomeno idoneo a fornire a garanzie di «efficienza», quell'organismo che non preservi, con il regolamento di procedura, con il codice etico e, prima ancora, con l'accurata selezione dei mediatori, l'imparzialità di questi ultimi, che, necessariamente, si concreta nel divieto di parteggiare per uno dei due litiganti a scapito dell'altro, in distonia con ciò che giustizia e diritto impongono. Lo *status* soggettivo dell'imparzialità è, poi, vuota declamazione se difetta la garanzia di indipendenza, l'assenza di legami oggettivi tra il mediatore e le parti. Non vi è, infine, imparzialità e indipendenza, se il mediatore vanta un interesse diretto ad uno specifico esito del procedimento di conciliazione, mancando, pertanto, di neutralità⁹⁶. Un posto a parte lo occupa il principio di riservatezza che, preservando le dichiarazioni rese e le informazioni fornite nel corso del procedimento, tutela i litiganti e favorisce la conciliazione della lite⁹⁷.

Dai principi discende la normativa di dettaglio.

Stando al d.m. n. 180/2010, il mediatore è tenuto a sottoscrivere, in relazione a ciascun affare, una dichiarazione di imparzialità e, in ogni caso, ad informare le parti di eventuali ragioni potenzialmente tali da pregiudicare un giudizio sereno⁹⁸. Espressamente codificato è anche il divieto di assumere diritti o obblighi connessi, direttamente o indirettamente, con gli affari trattati, fatta eccezione per quelli strettamente inerenti all'incarico conferito⁹⁹.

⁹⁵Analogamente, D. Cena - R. Chiesa - C. Regis, in C. Besso (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, cit., 248 e R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale*, cit., 42.

⁹⁶Sui richiamati principi, si veda P. Licci, in B. Sassani - F. Santagada, *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, cit., 50 s.

⁹⁷Sulla riservatezza si vedano, in particolare, M. Brunialti, *Dovere di riservatezza e segreto professionale nella mediazione*, cit., 487 s.; G. Dinacci, *Il dovere di riservatezza del mediatore*, in R. Martino (a cura di), *Materiali e commenti sulla mediazione civile e commerciale*, cit., 115 s.; D. Borghesi, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, in www.judicium.it.

⁹⁸Art. 14 c. 2 lett. a) e b) del d.lgs. n. 28/2010.

⁹⁹Art. 14 c. 1 del d.lgs. n. 28/2010. Più che all'indipendenza all'assenza di vincoli contrattuali tra mediatore e parti si riconnette il divieto del primo di percepire compensi direttamente dalle seconde. Rientrerebbe, invece, secondo

La riservatezza è, poi, garantita, a un tempo, nella sua dimensione interna ed esterna. Quanto alla valenza interna della garanzia, rileva la previsione per cui il mediatore deve mantenere riservate, nei confronti dell'altra o delle altre parti, le informazioni emerse e le dichiarazioni rese nelle sessioni interne al procedimento¹⁰⁰. La dimensione esterna del principio è, invece, garantita dall'inutilizzabilità, nel giudizio avente il medesimo oggetto, anche parziale, di dichiarazioni rese ed informazioni acquisite nell'arco del procedimento di mediazione e dall'inammissibilità di testimonianza e giuramento decisorio sul contenuto delle stesse¹⁰¹. Più in generale, la riservatezza obbliga chiunque presti la propria o servizio nell'organismo o nell'ambito della singola mediazione, imponendo il silenzio sui dati appresi durante il procedimento¹⁰².

A bilanciamento di poteri e funzioni del mediatore, sono stati altresì individuati puntuali requisiti di onorabilità e professionalità¹⁰³. Anzitutto, il mediatore – analogamente al conciliatore *ex d.m. n. 222/2004* – non può aver riportato condanne definitive per delitti non colposi o a pena detentiva non sospesa, né essere incorso nell'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici, essere stato sottoposto a misure di prevenzione o sicurezza

alcuni, nel campo applicativo dell'articolo in questione il divieto per il mediatore di assumere, una volta conclusa la mediazione, il ruolo di arbitro o co-arbitro. In questo senso, si veda F. Cuomo Ulloa, in A. Bandini - N. Soldati (a cura di), *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali. Commento al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, cit., 249. *Contra*, A. Panzarola, *Nessuno può servire a due padroni? Riflessioni sul mediatore che diventa arbitro*, cit., 143 s.

¹⁰⁰Salvo il consenso della parte da cui è promanata la dichiarazione. Vedasi l'articolo 9 c. 2 d.lgs. n. 28/2010.

¹⁰¹Art. 10 c. 1 d.lgs. n. 28/2010. Riguarda, in particolare, la figura del mediatore l'art. 10 c. 2 dello stesso d.lgs., stando al quale «*il mediatore non può essere tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione, né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità. Al mediatore si applicano le disposizioni dell'articolo 200 del codice di procedura penale e si estendono le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'articolo 103 del codice di procedura penale in quanto applicabili*».

¹⁰² Art. 9 c. 1 d.lgs. n. 28/2010.

¹⁰³ Per un raffronto tra i citati requisiti e quelli che erano stati previsti dal d.m. n. 222/2004, cit., *cf.* D. Cena - R. Chiesa - C. Regis, in C. Besso (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, cit., 232 s.

o aver riportato sanzioni disciplinari diverse dall'avvertimento¹⁰⁴. Quanto alla formazione, sono prescritti il possesso di un titolo di studio non inferiore al diploma di laurea universitaria triennale, in alternativa all'iscrizione ad un ordine o collegio professionale, ed un percorso *ad hoc*, di cinquanta ore¹⁰⁵, presso gli enti di formazione iscritti nell'apposito elenco¹⁰⁶ di cui all'art. 18 d.m. n. 180/2010, oltre ad uno specifico aggiornamento biennale di almeno diciotto ore¹⁰⁷.

L'individuazione puntuale del percorso da svolgere per conseguire il titolo, la restrizione del novero degli enti abilitati a formare e la precisa caratterizzazione dei soggetti formatori, distinti in «docenti dei corsi teorici» e «docenti dei corsi pratici»¹⁰⁸, getta-

¹⁰⁴ Art. 4 c. 3 lett. c) del d.m. n. 180/2010.

¹⁰⁵ Vedasi l'art. 18 c. 2 lett. f), che prevede, tra i requisiti per l'accreditamento degli enti di formazione: «la previsione e la istituzione di un percorso formativo, di durata complessiva non inferiore a 50 ore, articolato in corsi teorici e pratici, con un massimo di trenta partecipanti per corso, comprensivi di sessioni simulate partecipate dai discenti, e in una prova finale di valutazione della durata minima di quattro ore, articolata distintamente per la parte teorica e pratica; i corsi teorici e pratici devono avere per oggetto le seguenti materie: normativa nazionale, comunitaria e internazionale in materia di mediazione e conciliazione, metodologia delle procedure facilitative e aggiudicative di negoziazione e di mediazione e relative tecniche di gestione del conflitto e di interazione comunicativa, anche con riferimento alla mediazione demandata dal giudice, efficacia e operatività delle clausole contrattuali di mediazione e conciliazione, forma, contenuto ed effetti della domanda di mediazione e dell'accordo di conciliazione, compiti e responsabilità del mediatore».

¹⁰⁶ E non registro – diversamente da quello previsto per gli organismi di mediazione. In questo senso, P. Porreca, *Enti di formazione e formatori*, in www.judicium.it, § 1, secondo il quale «il termine «elenco» (...) vuole sottolineare – tanto più per differenza con il termine «registro» utilizzato per gli organismi di mediazione – che non si tratta, come ad esempio per gli albi, dell'introduzione di una nuova e autonoma figura di professione regolamentata, dal punto di vista ordinamentale, ma piuttosto di un servizio professionale che può essere erogato da professionisti di vario tipo (...)».

¹⁰⁷ Tra gli altri requisiti degli enti di formazione è, infatti, prescritta: «la previsione e l'istituzione di un distinto percorso di aggiornamento formativo, di durata complessiva non inferiore a 18 ore biennali, articolato in corsi teorici e pratici avanzati, comprensivi di sessioni simulate partecipate dai discenti ovvero, in alternativa, di sessioni di mediazione; i corsi di aggiornamento devono avere per oggetto le materie di cui alla lettera f)» (art. 18 c. 2 lett. g d.m. n. 180/2010).

¹⁰⁸ Art. 18 c. 3 lett. a) del d.m. n. 180/2010. In particolare, i docenti dei corsi teorici devono aver pubblicato almeno tre contributi scientifici in materia di mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie. I docenti dei corsi pratici, invece, devono aver operato come mediatori presso organismi

no luce sulla *ratio* della normativa: sostituire le generiche qualifiche professionali con un *iter* di formazione specifico, modellato sulle funzioni concretamente espletate dal mediatore.

Chiude il cerchio il regime della responsabilità. La lista dei doveri si risolverebbe in un mero esercizio retorico se, dalla loro violazione, non scaturissero conseguenze sanzionatorie. In mancanza di previsioni espresse, devono applicarsi i principi generali: l'esistenza, tra il mediatore e l'organismo, di un contratto di prestazione d'opera professionale¹⁰⁹ fa sì che il primo risponda secondo i principi della responsabilità contrattuale nelle ipotesi di inosservanza degli obblighi, primo fra tutti quello di imparzialità¹¹⁰. Ciò è, peraltro, rafforzato dalla previsione dell'art. 10 del d.m. n. 180/2010, per cui la «*reiterata violazione degli obblighi del mediatore*» comporta la sospensione o la cancellazione dell'organismo dal registro. La stessa inclusione, tra i requisiti essenziali per l'iscrizione dell'ente, di quelli concernenti l'onorabilità e professionalità del mediatore¹¹¹, oltre a confermare che quest'ultimo risponde *ex contractu* verso l'organismo, e non verso i litiganti, promuove un meccanismo virtuoso di controlli ed eleva, almeno in potenza, la qualità delle prestazioni erogate. Ove, poi, la violazione dell'obbligo si concreti in un illecito previsto dal codice deontologico dell'ordine cui fa capo il mediatore, quest'ultimo è, co-

di mediazione o conciliazione in almeno tre procedure. Tutti i docenti devono aver svolto attività di docenza in corsi o seminari in materia di mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie presso ordini professionali, enti pubblici o loro organi, università pubbliche o private riconosciute, nazionali o straniere, ed impegnarsi a partecipare come discenti presso i medesimi enti ad almeno 16 ore di aggiornamento nel corso di un biennio. Sugli enti di formazione e sui docenti ivi impiegati, si veda, in senso critico, G. Spoto, *La mediazione civile e commerciale: luci e ombre di una riforma indispensabile*, in *Rivista di diritto dell'economia, dell'ambiente e dei trasporti*, 2010, spec. 577 s.

¹⁰⁹ Così, C. Besso, *La mediazione: definizioni e tipologie*, in C. Besso (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, cit., 44.

¹¹⁰ Non sarebbe, in ogni caso, applicabile la disciplina della ricsuzione. In merito, si vedano le riflessioni di C. Covata, in M. Bove (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., 317, che, correttamente, distingue tra terzietà del mediatore e terzietà del giudice. Il primo è, infatti, chiamato a gestire un conflitto, il secondo a rendere una decisione.

¹¹¹ Art. 4 c. 3 del d.m. n. 180/2010, cit.

munque, passibile della sanzione prevista dalla legge professionale di riferimento¹¹². Restano, infine, gli strumenti a tutela delle parti: se la diversità, ontologica e di funzioni, tra arbitro e giudice, non consente di applicare la disciplina della riconsuazione¹¹³ e l'assenza di vincoli contrattuali diretti, tra mediatore e contendenti, induce ad escludere le ipotesi di responsabilità contrattuali, possono, comunque, ricorrere gli estremi della responsabilità *ex art. 2043 cod. civ.* Anzi, l'esistenza di un rapporto socialmente e giuridicamente tipico, idoneo a generare nella parte un affidamento legittimo nei confronti del mediatore, apre le porte a quella responsabilità da «contatto sociale»¹¹⁴ che, anche in assenza di obbligazioni di prestazione, valorizza gli obblighi di protezione¹¹⁵, in linea con i nobili principi di cui alla novella in commento¹¹⁶.

5.- Per transitare dal profilo fenomenico a quello assiologico, è necessario richiamare i parametri comunitari e costituzionali di riferimento, per vagliare la conformità a questi ultimi della normativa in oggetto.

¹¹² In questo senso, G. Dinacci, *Il dovere di riservatezza del mediatore*, cit., 116. Interazione tra deontologia professionale e disciplina della mediazione si ha con l'articolo 4 c. 3 lett. c) del d.m. n. 180/2010, che include, tra i requisiti di onorabilità, il non aver riportato sanzioni disciplinari diverse dall'avvertimento.

¹¹³ C. Covata, in M. Bove (a cura di), *op. ult. cit.*, 317. È, tuttavia, fatta salva la sostituibilità del mediatore, da parte del responsabile dell'organismo, su istanza di parte. *Cfr.* l'articolo 14 u. c. d.lgs. n. 28/2010, cit.

¹¹⁴ Si veda, per la giurisprudenza, Cass. 11-11-2011, n. 23562, in *Il civilista*, 2011, 22; Cass., 20-6-2011, n. 14405, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 2525; Cass., 13-7-2010, n. 16394, in *Giust. civ.*, 2011, 2913.

¹¹⁵ Su cui, in particolare, A. di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, 446 e C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, 1997, 177 s. In particolare, per A. di Majo, *op. ult. cit.*, 451, in relazione all'attività del medico, non si dovrebbe parlare di obbligazioni senza prestazione ma di prestazioni senza obbligazione («*lo status (...) di professionista non è solo fonte, in tal caso, di obblighi specifici di protezione, ma fornisce il supporto all'esecuzione di prestazioni, pur non assunte in adempimento di contratti*»). Sul tema, anche per la bibliografia, *cf.*, da ultimo, l'ampio studio di F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 675 s.

¹¹⁶ In questo senso, G. Amenta, in A. Pera - G. M. Riccio, *Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, cit., 167 e R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale*, cit., 48.

Particolare rilievo lo assume la direttiva 2008/52/CE, che ha indotto il legislatore italiano a predisporre una disciplina organica della mediazione in materia civile e commerciale.

L'articolo 3 del provvedimento in questione definisce i concetti di «*mediazione*» e «*mediatore*», così imponendo ai *conditores* nazionali un preciso vincolo di scopo. Per mediazione deve intendersi quel procedimento strutturato dove due o più parti di una controversia tentano, su base volontaria, di raggiungere un accordo con l'assistenza di un mediatore, mentre quest'ultimo è il terzo preposto a condurre l'*iter* conciliativo in modo efficace, imparziale e competente, a prescindere dalla sua denominazione o professione e dalle modalità con cui è stato designato. Scorrendo i successivi disposti, può agevolmente riscontrarsi che la promozione dell'istituto passa sì attraverso l'esecutività dell'accordo¹¹⁷ e la riservatezza assoluta del procedimento¹¹⁸, ma non anche attraverso i deterrenti della condanna alle spese e della desumibilità di argomenti di prova da un contegno non cooperativo. Se è vero che la direttiva «(...) *lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario*», è altrettanto vero che non può mai essere impedito l'accesso al sistema giustizia e deve essere, in ogni caso, incoraggiata la formazione iniziale e successiva dei mediatori, a garanzia di una conciliazione gestita in modo efficace, imparziale e competente¹¹⁹.

Per come concepita dal legislatore comunitario, la mediazione ha, pertanto, base volontaria ed è gestita da un terzo competente, che si limita ad assistere le parti ed è sprovvisto di poteri aggiudicativi. In tale cornice, è comprensibile che detta «competenza» non sia stata ulteriormente connotata e che sia demandata al singolo Stato l'individuazione del percorso formativo, iniziale e successivo, dei mediatori. La libera individuazione di «denominazione» e «professione» del terzo e l'indifferenza rispetto alle modalità di designazione dello stesso¹²⁰ trovano ragione nel contesto di

¹¹⁷ Art. 6 della direttiva 2008/52/CE.

¹¹⁸ Art. 7 della direttiva 2008/52/CE.

¹¹⁹ Così, l'art. 4 c. 2 della direttiva 2008/52/CE.

¹²⁰ Si fa ancora riferimento alla nozione di «mediatore» di cui alla direttiva

una mediazione spontanea e facilitativa. La direttiva individua il *minimum*: è implicito che, ove si miri in alto, optando per un modello più forte di media-conciliazione, si debbano proporzionalmente modulare i criteri selettivi e l'*iter* formativo, onde evitare che l'incompetenza di chi media si traduca in una ritardata, e sostanzialmente negata, giustizia.

Tanto è vero che la precedente raccomandazione della Commissione Europea, n. 257 del 1998, nel disciplinare, relativamente alla materia del consumo, le sole mediazioni connotate da un intervento attivo del terzo che «*propone o impone una soluzione*» alle parti¹²¹, sottolinea, in modo ben più rigoroso della direttiva del 2008, «*la capacità, esperienza e la competenza*» del conciliatore «*in particolare in materia giuridica*»¹²², fissando un livello minimo di garanzie imprescindibili. Rileva, in particolare, la doverosità del contraddittorio, l'obbligo di motivazione delle «decisioni», la comunicazione per iscritto delle norme applicabili al procedimento, il diritto alla difesa tecnica, la gratuità della procedura¹²³.

Quanto esposto è sotteso alla legge delega n. 69 del 2009, che, tra i principi e criteri direttivi, individua il seguente combinato: «*prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia*»¹²⁴ e «*prevedere che la mediazione sia svolta da organismi profes-*

in commento. Vedasi il citato art. 3 c. 1 lett. b): «*per mediatore si intende qualunque terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato membro interessato e dalle modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione*».

¹²¹ Si veda la citata raccomandazione n. 257 del 1998 della Commissione europea («*la presente raccomandazione deve limitarsi alle procedure che, indipendentemente dalla loro denominazione, portano ad una risoluzione della controversia tramite l'intervento attivo di un terzo che propone o impone una soluzione; (...) di conseguenza non sono comprese le procedure che si limitano ad un semplice tentativo di riavvicinare le parti per convincerle a trovare una soluzione di comune accordo*»).

¹²² Cfr. il I principio della raccomandazione n. 257/1998: «*(...) quando la decisione è adottata individualmente, questa indipendenza è garantita in particolare attraverso le seguenti misure: - la persona designata possiede la capacità, l'esperienza e la competenza, in particolare in materia giuridica, necessarie allo svolgimento delle sue funzioni (...)*».

¹²³ Si vedano, rispettivamente, i principi: III sul contraddittorio, V sul principio di legalità, II sul principio di trasparenza, VII sul principio di rappresentanza e IV sul principio di efficacia.

¹²⁴ Art. 60 c. 3 lett. a) della l. n. 69/2009, cit.

sionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione»¹²⁵.

Mediare deve agevolare, e non aggravare, la tutela dei diritti, facendo «prima», e, se non «meglio», almeno tanto bene quanto si farebbe nella sede giurisdizionale ordinaria¹²⁶. Per ciò ottenere, è impossibile prescindere dalla «professionalità» dei mediatori, traduzione nostrana della 'competenza' richiesta dalla direttiva 2008/52/CE. E professionale è un soggetto tagliato per il ruolo che svolge: competenza è adeguatezza rispetto alle funzioni concretamente espletate.

Sembra, tuttavia, che il d.lgs. n. 28/2010, parlando genericamente di «serietà» ed «efficienza» degli organismi e ponendo l'accento, quanto ai mediatori, sui caratteri di imparzialità e riservatezza, fatti salvi i requisiti di professionalità minimali individuati dal d.m. n. 180/2010, si allontani dal «vincolo di scopo» imposto dalla direttiva comunitaria e dagli stessi obiettivi della legge delega. Dare un ruolo preminente ai requisiti organizzativi, amministrativi e contabili degli enti e ritenere, in ogni caso, sufficiente il possesso, in capo ai mediatori, di un titolo di laurea triennale si concreta, rispetto alla volontà del legislatore comunitario e di quello della delega, in una preterintenzione. Mentre una competenza generica, senza un'eccessiva formazione *ex ante*, risulterebbe sufficiente nel contesto di una mediazione volontaria e facilitativa, ciò non può dirsi in relazione a mediazioni obbligatorie, aggiudicative, e, peraltro, onerose¹²⁷, destinate a sfociare in accordi equiparati, previa omologa, a sentenze o in proposte emesse, anche *inaudita altera parte*¹²⁸, e con effetti rilevanti sul celebrando

¹²⁵ Art. 60 c. 3 lett. b) l. n. 69/2009.

¹²⁶ E soprattutto se, come avviene con il d.lgs. n. 28/2010, l'esito della mediazione condiziona, almeno in parte, l'esito del giudizio a valle.

¹²⁷ Vedasi l'art. 16 del d.m. n. 180/2010. In senso giustamente critico, rispetto ad una mediazione che è, ad un tempo, obbligatoria ed onerosa, vedasi G. Scarselli, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.lgs. n. 28/2010*, cit., § 3.

¹²⁸ L'articolo 7 c. 2 lett. b) del d.m. n. 180/2010 consente, infatti, agli organismi di mediazione di prevedere che la proposta venga formulata anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione. Per una significativa critica alla proposta cd. contumaciale, v. M. Fabiani, *Profili critici del rapporto tra mediazione e processo*, in *Società*, 2010, 1147, nt. 30.

processo¹²⁹, sebbene rifiutate o comunque non accettate dalle parti¹³⁰.

Tutto ciò è avvalorato dall'esperienza degli ordinamenti giuridici stranieri.

Premminente rilievo lo ha il diritto statunitense, che, in materia di conciliazione, si è sempre mostrato lungimirante¹³¹. Se la conciliazione giudiziale ha trovato consacrazione formale nella *Rule 16* delle *Federal Rules* nordamericane¹³², quella stragiudiziale, rimessa a terzi privi di funzioni giudicanti, è stata disciplinata dallo *Uniform Mediation Act*¹³³, che nel fornire i principi direttivi ai sin-

¹²⁹ Si veda il già richiamato articolo 13 c. 1 d.lgs. n. 28/2010. Per un confronto con le procedure cd. *court referred* dell'ordinamento inglese, ove il potere del giudice di punire, in sede di condanna alle spese, la parte che, pur vincitrice nel merito, si sia rifiutata di seguire le indicazioni giudiziali sul possibile ricorso ad una ADR, si veda B. Tronson, *Mediation orders: do the arguments against them make sense?*, in 25 *Civil Justice Q.*, 2006, 412. È, in particolare, condivisibile che la condanna alle spese della parte vittoriosa si abbia nel solo caso di ingiustificato rifiuto a seguire il *mediation order* (in questo senso, *Dunnet v. Railtrack plc* (2002) 1 WLR 2434, CA, anche in www.bailii.org). Sulle ragioni di detta giustificazione, si veda *Halsey v. Milton Keynes General NHA Trust* (2004) 1 WLR 3002, CA, anche in www.bailii.org, che sottolinea la natura della causa, la convinzione ragionevole di essere nel giusto, i costi eccessivi della mediazione, il fallimento di precedenti tentativi di conciliazione.

¹³⁰ Si veda l'art. 11 del d.lgs. n. 28/2010. E ciò è tanto più vero ove si ritenga che, nel caso di mediazione aggiudicativa, il mediatore debba formulare la proposta secondo diritto, ai sensi dell'art. 113 cod. proc. civ. In questo senso, vedasi F. Delfini, *La mediazione per la conciliazione delle controversie civili e il ruolo dell'avvocatura*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 131 s. In senso contrario, cfr. E. Capobianco, *I criteri di formulazione della cd. proposta «aggiudicativa» del mediatore*, in www.judicium.it, § 4.

¹³¹ Sulla conciliazione negli Stati Uniti, si veda, O. M. Fiss - J. Resnik, *Adjudication and its alternatives*, New York, 2003, 43 s. Per un confronto con l'ordinamento inglese, v. A. J. Stitt, *Mediation: a practical guide*, London, 2004, M. Partington, *Alternative dispute resolution: recent developments, future challenges*, in 23 *Civil Justice Q.*, 2004, 99, oltre a N. Andrews, *English Civil Procedure*, Oxford, 2003, 9.27.

¹³² Su cui si vedano A. R. Miller, *The adversary system: dinosaur or Phoenix*, *Minn. L. Rev.*, 1984; J. Resnik, *Managerial judges*, *Harv. L. Rev.*, 1982; Miller-Culp, *The new rules of civil procedure: managing cases, limiting the discovery*, *Nat. L. J.*, Dec. 5, 1983.

¹³³ Su cui si veda, in particolare, R. C. Reuben, *The sound of dust settling: a response to criticism of the UMA*, in *J. Disp. Res.*, 2003, 99 e Id., *Constitutional gravity: a unitary theory of alternative dispute resolution and public civil justice*, in 47 *UCLA L.*

goli Stati, ha inteso la mediazione come procedimento facilitativo e volontario¹³⁴, avanti ad un soggetto imparziale¹³⁵, senza richiedere l'esistenza, in capo a quest'ultimo, di particolari qualifiche¹³⁶.

Analogamente, per le procedure cd. *court annexed*¹³⁷, che si collocano tra la conciliazione giudiziale e quella stragiudiziale, integrando mediazioni al contempo processuali e stragiudiziali¹³⁸, le singole corti distrettuali si limitano, per lo più, a prevedere l'obbligo delle parti di considerare la possibilità di risolvere la controversia con una forma di *alternative dispute resolution*, ma non anche l'obbligo di farvi ricorso¹³⁹. Laddove, poi, siano state adottate forme obbligatorie di risoluzione alternativa della lite, vengono adottate misure a garanzia delle parti, quali la facoltà del litigante di dimostrare l'inidoneità della procedura a produrre benefici pari ai costi o, comunque, la sua eccessiva onerosità, e il conseguente esonero del primo dall'obbligo di partecipazione¹⁴⁰. In siffatto contesto, si giustifica la libertà delle corti distrettuali nell'individuare i soggetti preposti a mediare, scegliendo tra *magi-*

Rev., 2000, 949.

¹³⁴ UMA, section 2: «(1) mediation means a process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute».

¹³⁵ UMA, section 9.

¹³⁶ UMA, section 9, lett. f): «this [act] does not require that a mediator have a special qualification by background or profession».

¹³⁷ Istituzionalizzate con l'*Alternative Dispute Resolution Act* del 1998.

¹³⁸ Sul tema, D. R. Hensler, *Our courts, ourselves: how the alternative dispute resolution movement is reshaping our legal system*, in 108 *Penn State Law Rev.*, 2003, 165 e *Id.*, *Suppose it's not true: challenging mediation ideology*, in *J. Disp. Res.*, 2002, 81.

¹³⁹ ADRA, sec. 4: «(a) (...) each district court shall (...) require that litigants in all civil cases consider the use of an alternative dispute resolution process at an appropriate stage in the litigation (...)».

¹⁴⁰ Così, in particolare, il programma adottato dalla corte dell'Illinois. *Cfr. United States District Court for the Northern District of Illinois, Western Division*, 2-3. *Referral to ADR Mediation Program*. «(...) (c) Relief from Court Ordered Mediation. Any party whose case has been ordered to mediation may file with the ADR Magistrate Judge, within 10 days of Court ordered referral, a motion for relief from the Court ordered referral. The party seeking relief shall demonstrate that mediation would not be likely to deliver benefits to the parties sufficient to justify the resources consumed by its use and/or would impose an undue hardship upon the moving party and/or would unnecessarily increase litigation costs».

strate judges e professionisti del settore, anche privati¹⁴¹. Non è un caso che, nelle ipotesi di partecipazione obbligatoria alla conciliazione, siano stati prescritti requisiti di professionalità più elevata, quali l'appartenenza al *bar of the Court* o la qualifica di membro di facoltà di una *law school* accreditata¹⁴².

A risultati analoghi si approda ove si analizzino le procedure di conciliazione afferenti all'area di *civil law*.

In particolare, in Francia, sia la *conciliation*, che è rimessa alle figure istituzionali dei conciliatori di giustizia¹⁴³, sia la *médiation*, affidata a soggetti privati dotati di competenza tecnica, hanno carattere volontario¹⁴⁴. I requisiti di professionalità richiesti sono modulati sul carattere, più o meno istituzionale, della procedura¹⁴⁵. Mentre, infatti, i conciliatori sono scelti tra i soggetti dotati di competenza giuridica¹⁴⁶ e devono sottoporsi ad un *iter* formativo specifico, con particolare riferimento alle tecniche di comunicazione e alle tematiche del conflitto¹⁴⁷, i mediatori sono soggetti privati o enti che amministrano procedure di mediazione, sprovvisi di qualifiche professionali *ad hoc*. In particolare, con riferimento alla mediazione demandata dal giudice, la legge n. 95-125 dell'8 febbraio 1995 si limita a richiedere una qualifica in linea

¹⁴¹ ADRA, sec. 5, b).

¹⁴² Cfr., ad esempio, *United States District Court for the Northern District of Illinois, Western Division*, 2.4, b). Un'altrettanto rigorosa selezione dei mediatori si riscontra, ad esempio, nella disciplina ADR del *Northern District of California*, 2-5, b).

¹⁴³ Su cui si veda il *décret n. 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs* J.O. 20 mars 1978.

¹⁴⁴ Per la distinzione tra *conciliation* e *médiation*, vedasi C. Jarosson, *La médiation et la conciliation*, in *Droit & Patrimoine*, 1999, 36 s. In argomento, cfr. M. Bourry d'Antin, G. Pluyett, S. Bensimon, *Art et techniques de la médiation*, Paris, 2004, *passim*.

¹⁴⁵ Si pensi solo che, nel caso di *conciliation* demandata dal giudice, e non anche di *médiation*, l'autorità giudiziaria può imporre alle parti di partecipare ad un incontro formativo. Si veda l'art. 829 c. 3 del NCPC, a tenore del quale: «*fante d'accord des parties pour procéder à une tentative de conciliation, le juge, par décision insusceptible de recours, peut leur enjoindre de rencontrer un conciliateur qu'il désigne à cet effet, chargé de les informer sur l'objet et le déroulement de la mesure de conciliation*».

¹⁴⁶ Cfr. l'art. 3 del decreto citato.

¹⁴⁷ Sulla formazione specifica, v. la *Circulaire relative aux conciliateurs de justice*, DSJ 2006-16 AB1/27-07-2006.

con la natura della lite ed una formazione ed esperienza adatta alla pratica della mediazione¹⁴⁸.

Ben si comprende, pertanto, che combinare insieme obbligatorietà del tentativo di mediazione, poteri aggiudicativi del mediatore, interazioni rilevanti tra mediazione e processo e requisiti troppo blandi nel designare i gestori delle liti porta ad esiti potenzialmente negativi, dissonanti con i principali sistemi giuridici stranieri e, prima ancora, con lo spirito della direttiva 2008/52 e con la legge delega n. 69/2009.

Nel contesto di una mediazione «forte» quale è quella *ex d.lgs. n. 28/2010*, non possono dirsi sufficienti la «serietà» ed «efficienza» di organismi che, pur dotati dei requisiti elencati dalla novella, si avvalgono di soggetti sprovvisti di un sufficiente livello di preparazione tecnica e di una formazione ritagliata sulle materie, assai delicate, di cui all'articolo 5 d.lgs.

Se la mediazione fosse su base volontaria, meramente facilitativa e inidonea a condizionare, anche in parte, gli esiti della controversia giudiziaria, potrebbero bastare mediatori non tecnici, nel contesto di organismi ben organizzati e finanziariamente stabili. *Nulla quaestio*, poi, sull'opzione favorevole alla mediazione «amministrata», né sul circuito Ministero-organismo-mediatore, potenzialmente idoneo a garantire *standard* qualitativi elevati¹⁴⁹. Quando, però, si esternalizza il peso di una giustizia oberata su soggetti privi di formazione giuridica o si rischia, con il coinvolgimento degli ordini professionali, di creare fori «domestici», o, con l'accantonamento dei normali criteri di competenza territoriale¹⁵⁰, di intaccare il principio del giudice naturale precostituito

¹⁴⁸ L'unica eccezione è rappresentata dalla mediazione familiare (disciplinata dal *décret* 2003 -1116), per la quale, proprio in ragione degli interessi rilevanti che sottende, è prescritto il possesso di un diploma nazionale o l'avvenuta acquisizione di un'esperienza professionale nel settore sociale, sanitario o giuridico. In modo altrettanto puntuale è stata disciplinata la formazione specifica del mediatore familiare, affidata ad enti pubblici o privati qualificati.

¹⁴⁹ Appare, tuttavia, ancora più appropriato il meccanismo di controllo introdotto dalla legge belga 21 febbraio 2005, n. 36, che ha subordinato l'accREDITAMENTO dei mediatori al *placet* di una commissione composta da due avvocati, due notai e due mediatori che non siano né avvocati né notai.

¹⁵⁰ La parte attrice può, infatti, scegliere liberamente l'organismo di media-

per legge, è pregiudiziale chiedersi se non si sia andati al di là degli obiettivi prefissati.

Liberalizzare il sistema giustizia è un bene, se l'ordine del mercato non scardina i principi che danno coerenza all'impianto¹⁵¹. Anticipare il processo ad un momento pre-processuale, destinato a svolgersi avanti ad un *non iudex*, senza i dovuti accorgimenti a garanzia del diritto alla difesa, può aggiungere risultati ineffettivi alla ormai comprovata ineffettività del sistema. Un intervento correttivo del legislatore che rafforzi, nel senso che si è detto, le barriere di entrata al sistema o una pronuncia additiva della Consulta che introduca criteri selettivi adeguati e sostanziali¹⁵², preferendo, ai valori dell'economia, un'economia dei valori, darebbero identità a soggetti che, allo stato, ne sembrano privi.

zione.

¹⁵¹ Richiamiamo, sul tema, i recenti studi di N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2004; Id., *Nihilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004 e Id., *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007.

¹⁵² Sulle sentenze additive, si vedano A. Pertici, *Le decisioni «manipolative»*, in *Foro it.*, 1998, 152 e M. Passaro, *Le cd. sentenze additive «auto applicative» della Corte costituzionale*, *ivi*, 1996, 2505. Per l'ulteriore bibliografia, ci sia consentito rinviare ad A. Giordano, *Procreazione assistita e scelta di «non scegliere»*. *Del chiesto e del (non) pronunciato nella recente pronuncia della Consulta*, in questa *Rivista*, 2009.