

Pierluigi Gilli

Università degli Studi E/Campus Telematica, Novedrate, Roma e Messina

Avvocato e conciliatore, Saronno

Il requisito dell'imparzialità nel mediatore civile

Abstract

1. La *mediazione* civile di cui al D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 come completamento della tendenza alla composizione stragiudiziale di controversie fondata sull'*imparzialità*. - 2. Il termine *mediatore* nella tradizione giuridica e sue figure tipiche. - 3. Il *mediatore ex art. 1754 cod. civ.* nella giurisprudenza: l'*imparzialità*. - 4. Terzietà ed *imparzialità* del Giudice e dell'arbitro - 5. Caratteristiche delle figure tipiche di Conciliazione extragiudiziale - 6. La conciliazione societaria precedente della *mediazione* civile - 7. Esempi di disciplina dell'*imparzialità* nei Regolamenti degli Organismi di Conciliazione - 8. Il *mediatore* civile ex D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28. - 9. L'*imparzialità* come requisito di garanzia della *mediazione*. - 10. L'*imparzialità* come presupposto di successo della *mediazione*.

1. La mediazione civile di cui al D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 come completamento della tendenza alla composizione stragiudiziale di controversie fondata sull'imparzialità

Il D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 segna il compimento – per l'ordinamento italiano – della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale¹, e dell'articolo 60 della legge 19 giugno 2009, n. 69, recante delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali, dando una disciplina organica² alla **mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali**, così definita: (*mediazione*): **l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere 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**³.

Rapportato allo stato della giustizia civile italiana⁴, lo scopo dichiarato e primario della mediazione è lo di **snellimento** del lavoro delle Curie civili⁵ per aumentarne l'efficienza tramite l'offerta alle parti contendenti di una possibilità alternativa di scelta per risolvere rapidamente le loro controversie davanti ad un terzo mediatore, con la facoltà di successiva convalida giurisdizionale dell'accordo raggiunto: un rinnovato sistema giudiziario pubblico, di cui entra a fare parte integrante l'istituto della **mediazione**, con le sue caratteristiche prodromiche di semplicità e rapidità per il miglioramento della vita dei cittadini, della pace sociale, della libertà personale e della tranquillità di affari ed interessi.

¹ L'importanza dell'**A.D.R. (Alternative Dispute Resolution)** per le istituzioni comunitarie europee è confermata dalla stessa Costituzione Europea, di cui al *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa* firmato a Roma il 29 ottobre 2004, ratificato in Italia dalla legge 7 aprile 2005, n. 57, in vigore il 1 novembre 2006; infatti, nella sezione III "cooperazione giudiziaria in materia civile" del capo IV "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia" della Parte III "politiche e il funzionamento dell'Unione", si fa espresso riferimento allo "sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie" (art. III-269, lett. g) quale impegno pratico e di legiferazione per gli Stati aderenti di predisporre nuovi strumenti utili ai cittadini e di ravvicinamento e coordinamento dei sistemi legislativi e regolamentari degli Stati membri stessi.

² La disciplina sarà completa nei dettagli da un apposito regolamento *in itinere*, adottando dal Ministero di Giustizia ex art. 16, co. 2 del D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

³ Art. 1, co. 1, lett. a) del D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

⁴ Molto meno nota all'opinione pubblica e poco appariscente rispetto alla giustizia penale, la crisi della giustizia civile, ad ogni livello, costituisce un serio *handicap* per il sistema italiano. Si calcola che **5.600.000 cause civili** siano pendenti nei tre gradi di giudizio, nelle materie più disparate. Anche i tentativi di riforma e di snellimento della procedura civile (ultimo quello del luglio 2009), seppure meritori, non si sono dimostrati capaci di risolvere un problema che coinvolge milioni di cittadini e, soprattutto, di imprese, sì da poter parlare di **denegata giustizia**.

⁵ Innumerevoli le condanne della **Corte Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo** nei confronti della Repubblica Italiana per la durata clamorosa dei procedimenti. Lo scarso organico dei Magistrati civili, anche onorari come i Giudici di Pace, l'insufficienza cronica del personale di cancelleria e degli Ufficiali Giudiziari hanno reso davvero problematico e defaticante tutelarsi nei confronti di violazioni delle leggi civili e commerciali. La giurisdizione civile è dunque la gravissima ammalata dell'ordinamento, benché coinvolga i diritti di pressoché tutti i cittadini e delle imprese, che si vedono frustrati nel momento di ottenere provvedimenti rapidi ed eseguibili. Un recentissimo *dossier* dell'Ufficio Studi di Confcommercio ha stimato in circa **2,6 miliardi annui di euro** a livello nazionale il costo dei disservizi della giustizia per l'economia italiana; Un costo ormai insopportabile, che incide non solo sulla certezza del diritto, ma anche sulla competitività delle imprese italiane, ostacolate nell'ottenere giustizia. Una situazione che rende pure **inaffidabile** il nostro Paese per investitori stranieri, disorientati dal nostro sistema giuridico-amministrativo ritenuto barocco, se non incomprensibile e, comunque, caratterizzato da inammissibili lungaggini, cui le recenti riforme non hanno saputo dare sicuro rimedio (è allo studio del Governo un *piano straordinario per lo smaltimento dell'arretrato civile*).

È innegabile che la figura del *mediatore* costituisca uno degli elementi essenziali affinché il nuovo *rito* alternativo abbia successo; il “**mediatore**”, secondo una corretta ed attuale definizione comunitaria⁶, è “*qualunque terzo a cui si chiede di gestire la mediazione in modo **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 gestire la mediazione*”.

La Direttiva Comunitaria cit. osserva acutamente al § (6) della premessa che *gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti*, sicché sia la normativa comunitaria, sia quella nazionale insistono coerentemente sia sull'**imparzialità e terzietà** dei mediatori, sia sull'obbligo di **riservatezza**⁷ su di loro incombente, sia sulla **formazione**⁸ dei mediatori e sull'*introduzione di efficaci meccanismi di controllo della qualità in merito alla fornitura dei servizi di mediazione; meccanismi che dovrebbero essere volti a preservare la flessibilità del procedimento di mediazione e l'autonomia delle parti e a garantire che la mediazione sia condotta in un modo efficace, **imparziale** e competente*⁹.

La mediazione civile e commerciale **si distingue per definitionem** dall'arbitrato e da qualsivoglia altra procedura stragiudiziale conciliativa finalizzata alla **decisione** di un terzo, perché il mediatore ha un'essenza **facilitativa** di un accordo delle parti per la composizione di una controversia, *rimanendo privo in ogni caso* – come recita l'art. 1., lett. b) del D. Lgs. 28/2010 – *del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio di mediazione*.

In questa cornice, appare paradossalmente più pregnante per il mediatore, massime se appartenente ad un Organismo privato, la caratteristica della **terzietà-imparzialità**: si tratta, infatti, di una *sensazione* che deve sorgere negli utenti, ancor più che davanti ad un giudice (che gode già per riflesso istintivo dell'autorevolezza del suo *status* e della *maiestas iurisdictionis* tradizionale); una *sensazione* di cui il mediatore ha necessità per corroborare con la sua *auctoritas* personale, che è la risultante di competenza professionale, di doti ed esperienze umane, di conoscenza di tecniche psicologiche applicate al mondo del diritto, di affidabilità e comprensione, di senso dell'equità (*l'ars boni et aequi*), di equilibrio e di equidistanza.

Il mediatore, indirizzato a **facilitare** ed a **guidare** l'evoluzione di una lite in un accordo conciliativo soddisfacente per tutte le parti, da una posizione di assoluta **imparzialità**, ha un delicato compito **psicagogico**, munito delle capacità della **retorica**, cioè della *facoltà* (*τέχνη = téchne*) *di scoprire il possibile mezzo di persuasione riguardo a ciascun soggetto*¹⁰ per il reperimento di una soluzione (*εἰκός = eikós*) possibile, verosimile, plausibile, ossia di *ciò che*

⁶ Cfr. il progetto di direttiva in materia di mediazione civile e commerciale della Commissione Europea datato 22 ottobre 2004.

⁷ Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, art. 7. I soggetti coinvolti nel procedimento, soprattutto quando obbligatorio, con un forte vincolo alla riservatezza si sentiranno liberi di manifestare i loro reali interessi davanti a un soggetto imparziale dotato di professionalità per aiutarli a comporli.

⁸ *Ibidem.*, art. 2.: “*Gli Stati membri incoraggiano la formazione iniziale e successiva dei mediatori allo scopo di garantire che la mediazione sia gestita in maniera efficace, **imparziale** e competente in relazione alle parti*”.

⁹ *Ibidem.*, *passim* (§§ 6, 16, 17). Cfr. anche la precedente *Raccomandazione 2001/310/CE della Commissione Europea* del 4 aprile 2001 sui *principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo*, orientata a spingere gli Stati membri ad adottare misure rigorose a garanzia dell'imparzialità e dell'indipendenza degli organismi extragiudiziali incaricati della risoluzione consensuale delle controversie, mediante un'adeguata preparazione professionale e la previsione di adesione ad un codice deontologico.

¹⁰ Aristotele, *De Rhetorica*, I, 2, 1355b.

è valido nella maggior parte dei casi, relativamente a tutto ciò che ammette una situazione differente dalla tesi sostenuta ¹¹.

Il mediatore effettivamente **terzo ed imparziale** e come tale **riconosciuto** dai destinatari dei suoi servizi sarebbe, quindi, un efficace strumento non solo **deflattivo** del carico giurisdizionale (**obiettivo minimo**), ma soprattutto di recupero del senso della **giustizia reale** (**obiettivo massimo**), al di là di formalismi e di bizantinismi di cui l'opinione pubblica generale (non solo nazionale) considera affetta la giustizia civile.

2. Il termine *mediatore* nella tradizione giuridica e sue figure tipiche

Il termine *mediatore* è usato da tempo immemorabile nel linguaggio giuridico, con una pluralità di accezioni e di significati, costituenti la declinazione specialistica di un unico concetto.

Per *mediatore*, infatti, s'intendeva già nella storia post-romana "*chi s'intromette fra due o più persone o stati, per fare pace, trattar negozi, ottener grazia e simili*" ¹², come sinonimo di *sensale, bastozzo, malossero, marossero, prossenètico*.

Si tratta, dunque, di un'antica professione, consistente nell'*intermediazione* di un soggetto terzo che pone in contatto due o più parti per agevolare e promuovere – dietro corrispettivo - la conclusione di un negozio giuridico.

Il codice civile disciplina tale figura all'**art. 1754**, secondo cui "*è mediatore colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza*" ¹³.

Dalla lettura della definizione, emerge anzitutto che il *mediatore* deve essere privo di legami con le parti, requisito essenziale per l'esistenza giuridica del contratto di mediazione: una posizione di **terzietà** che implica **neutralità ed imparzialità** ed esclude ogni forma di subordinazione o di parasubordinazione nei confronti anche di uno solo dei soggetti cui il mediatore si rivolge: ciò a tutela della correttezza della contrattazione.

La caratteristica dell'*imparzialità* – ritenuta **capacità di mantenersi estraneo ad interessi di parte e di valutazione fattuale obiettiva** - è dunque **imprescindibile** dall'attività mediatoria, sicché la si ritrova in tutte le varie forme di *mediazione* che sono state introdotte via via nell'ordinamento, per dare una specifica normativa a fattispecie caratteristiche.

Invero, la legge 3 febbraio 1989, n. 39 ¹⁴, ha disciplinato generalmente la professione di mediazione, ad eccezione (*ex art. 1*) degli **agenti di cambio** (che operano in borsa e/o nell'intermediazione finanziaria) ¹⁵, dei **mediatori pubblici** e dei **mediatori marittimi** ¹⁶ per i quali vigono norme speciali, istituendo un vero e proprio ruolo in cui si può essere iscritti

¹¹ *Ibidem*, I, 2, 1375b.

¹² Ottorino Pianigiani, 1907, "*Vocabolario Etimologico*", Roma, Albrighi e Segati, 1^a ed.

¹³ Già il Codice di Commercio del Regno d'Italia *napoleonico* (1808), traduzione italiana del *Code du Commerce* francese, promulgato da Napoleone insieme al *Code Civil*, conosceva e regolamentava al libro I, tit. V, Sez. II, gli *agenti di cambio e sensali*, disciplinati dagli artt. 74. e ss., sebbene con prevalente funzione pubblica, in ciò seguito dalla codificazione successiva degli Stati preunitari.

¹⁴ Modificata dalla legge 5 marzo 2001, n. 57.

¹⁵ D. Lgs. 24 febbraio 1998 n.58 (Testo Unico sull'intermediazione finanziaria).

¹⁶ Sono tali coloro che si dedicano alla «*mediazione nei contratti di costruzione, di compravendita, di locazione, di noleggio di navi e nei contratti di trasporto marittimo di cose*», art.1 della legge 12 marzo 1968, n. 478.

previa frequentazione di corsi abilitanti e stabilendo sanzioni per chi eserciti abusivamente la professione.

L'effervescenza sociale dei tempi e la necessità di ulteriori specializzazioni ha comportato l'affermarsi di **altre figure peculiari e settoriali** della mediazione, che non hanno ancora una normativa unica o speciale, se non di carattere regionale o indiretto o percorsi formativi ed universitari *ad hoc*:

- il mediatore **familiare**, deputato all'assistenza delle coppie e delle famiglie nelle problematiche relazionali, con particolare riguardo ai momenti di crisi della separazione e del divorzio e dell'affidamento della prole;
- il mediatore **linguistico-culturale**, che, tramite l'accurata traduzione delle lingue straniere, favorisce l'integrazione dei migranti, nell'ambito di un'ampia attività connessa alla conoscenza di tradizioni, culture, usanze e religioni;
- il mediatore **territoriale per il turismo**, per la promozione del turismo territoriale e culturale e la valorizzazione del patrimonio turistico.

Va osservato, comunque, che in questi ultimi casi il termine *mediatore* appare **distinto** (se non improprio) dal significato originario e spesso allude ad attività in cui la funzione di terzietà è compromessa in favore di aspetti più commerciali ed imprenditoriali, ovvero implica una funzione assistenziale psico-sociale di valenza pubblica e metagiuridica.

L'esigenza di **composizione preventiva delle controversie** e della **trasparenza amministrativa** come sintomo di **democrazia compiuta e diffusa** ha spinto pure alla creazione di soggetti che assumono una funzione *mediatoria* atipica per il miglioramento delle relazioni tra i cittadini e le Pubbliche Amministrazioni e per il reperimento di soluzioni concertate in caso di insoddisfazione dell'utenza: sulla scorta dell'esempio dell'**Ombudsman** di origine svedese (istituito nel 1802!) e del *Médiateur de la République* francese (1973), si è così previsto nella P.A. il **difensore civico**, che è stato organizzato soprattutto in numerosi Enti Locali territoriali (Regioni, Province e Comuni)¹⁷.

Anche il Difensore Civico, per dettato normativo (*cf. nota n. 5*), dev'essere caratterizzato, nell'esercizio delle sue funzioni garantistiche pubbliche e di tutela della partecipazione dei cittadini all'attività dell'Amministrazione, dall'**imparzialità**, come requisito essenziale e prodromico rispetto all'attuazione del principio costituzionale dell'imparzialità della P.A.¹⁸, avente quale obiettivo la sburocratizzazione del sistema pubblico, l'economicità, l'efficacia e l'efficienza dell'apparato amministrativo¹⁹.

¹⁷ Si veda, per primo, l'art. 8 della legge 8 giugno 1990, n. 142: "*Difensore civico. - 1. Lo statuto provinciale e quello comunale possono prevedere l'istituto del difensore civico, il quale svolge un ruolo di garante dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione comunale o provinciale, segnalando, anche di propria iniziativa, gli abusi, le disfunzioni, le carenze ed i ritardi dell'amministrazione nei confronti dei cittadini. 2. Lo statuto disciplina l'elezione, le prerogative ed i mezzi del difensore civico nonché i suoi rapporti con il consiglio comunale o provinciale*". Il consolidamento dell'esperienza, di discreto livello e diffusione, con gli interventi legislativi delle leggi 59 e 127 del 1997, 241 del 1990 e 104 del 1992, sembra ora **in declino** in forza della legge 26 marzo 2010, che ha disposto l'abolizione dei Difensori Civici Comunali, sostituibili da un *Difensore Civico Territoriale* a livello di circoscrizione provinciale.

¹⁸ Cfr. l'art. 107, 1° co. della Costituzione.

¹⁹ In proposito, si veda anche il D. Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, "*Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*".

3. Il mediatore ex art. 1754 cod. civ. nella giurisprudenza: l'imparzialità

La figura del **mediatore comune** descritta dall'art. 1754 cod. civ., come si è avvertito, è ben diversa da quella del **mediatore civile** introdotto dal D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, sicché il termine *mediatore* può essere fonte di fraintendimenti.

Tuttavia, anche il mediatore codicistico, come preannunciato, è contrassegnato dall'obbligo di **imparzialità**, sul quale si è costantemente pronunciata la giurisprudenza.

La Suprema Corte, infatti, afferma che *“l'elemento **distintivo** consiste nel fatto che il mediatore è un soggetto imparziale”*²⁰, poiché la mediazione è *“incompatibile con qualsiasi vincolo tra il mediatore e le parti”*²¹ e *“l'imparzialità del mediatore **caratterizza** siffatto contratto”*²².

Ribadisce il Supremo Collegio che *“ai sensi dell'art. 1754 c.c., carattere **essenziale** della figura giuridica del mediatore è la sua **imparzialità**, intesa come assenza di ogni vincolo di mandato, di prestazione d'opera, di preposizione institoria e di qualsiasi altro rapporto che renda riferibile al dominus l'attività dell'intermediario”*²³, anzi *“il requisito dell'imparzialità [è] richiesto dall'art. 1754 c.c. per la **giuridica** esistenza del contratto di mediazione”*²⁴, poiché *“chi si rivolge al mediatore per concludere un affare fa legittimo affidamento sul suo dovere di imparzialità”*²⁵.

Dunque, affinché la parte possa affidarsi con fiducia ed in buona fede al mediatore occorre che costui rimanga ben fermo, nello svolgimento del suo delicato incarico (spesso determinato dall'*intuitus personæ*), nella sua posizione di terzietà; *per definitionem*, appunto, la Cassazione statuisce che *“l'imparzialità del mediatore non consiste in **una generica ed astratta equidistanza dalle parti**, né può escludersi per il solo fatto che il mediatore prospetti a taluna di queste la convenienza dell'affare, **ma va intesa**, conformemente al dettato dell'art. 1754 c.c., come **assenza di ogni vincolo** di mandato, di prestazione d'opera, di preposizione institoria e di qualsiasi altro rapporto che renda riferibile al dominus l'attività dell'intermediario”*²⁶, di tal che il mediatore, *“in ossequio al suo dovere di imparzialità nei confronti dei possibili contraenti”*²⁷, è tenuto a comportarsi in tal senso, con **diligenza specifica**, e **risponde** personalmente di ogni violazione di tale obbligo per dolo e anche per colpa.

L'imparzialità **distingue** il mediatore da altre figure, in particolare dal *procacciatore d'affari*; l'assenza di questa *“fa venir meno il requisito dell'imparzialità che deve contraddistinguere l'attività del mediatore (rispetto al procacciatore d'affari)”*²⁸ giacché la prima attività è tipica e la seconda atipica - e si differenziano per la posizione di imparzialità del mediatore rispetto al procacciatore”²⁹.

²⁰ Cass. civ., sez. II, 24-02-2009, n. 4422.

²¹ Cass. civ., sez. III, 14-07-2009, n. 16382.

²² Cass. civ., sez. III, 06-08-2004, n. 15161.

²³ Cass. civ., sez. III, 26-05-2000, n. 6959; *conf.* Cass. civ., sez. III, 09-02-2000, n. 1447.

²⁴ Cass. civ., sez. I, 23-10-1997, n. 10419.

²⁵ Cass. civ., sez. III, 07-04-2009, n. 8374.

²⁶ Cass. civ., sez. III, 16-01-1997, n. 392.

²⁷ Cass. civ., 06-11-1982, n. 5861.

²⁸ Cass. civ., sez. III, 06-08-2004, n. 15161; Cass. civ., sez. III, 16-12-2005, n. 27729; Cass. civ., sez. II, 06-04-2000, n. 4327.

²⁹ Cass. civ., sez. III, 16-12-2005, n. 27729.

L'obbligo di imparzialità, quantunque vincolante, **non è incompatibile** con alcune situazioni apparentemente ambigue o sospette, come il Supremo Collegio insegna:

- *“In tema di mediazione, non è sufficiente a configurare un conflitto di interessi tra il mediatore e una delle parti (con conseguente difetto del requisiti di imparzialità e neutralità di cui all'art. 1754 c.c.) il rapporto di parentela o di affinità fra il mediatore ed una delle parti che hanno concluso l'affare”*³⁰; e ancora: *“il requisito dell'imparzialità, essenziale nell'attività del mediatore, non può ritenersi escluso per il solo fatto dell'esistenza di un rapporto di parentela fra il mediatore ed una delle parti messa in relazione per la conclusione dell'affare”*³¹.

Ipotesi che, invece, **può rientrare** tra le cause di **incompatibilità** previste per il mediatore civile dall'art. 14, comma 2. del D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in relazione sia alle formule procedurali, sia agli ulteriori impegni eventualmente stabiliti dal regolamento dell'Organismo di mediazione in versione restrittiva.

- *“Nell'ambito di un rapporto di intermediazione finanziaria, l'assunzione di compiti di consulenza non pregiudica la neutralità e l'imparzialità che contraddistinguono l'attività del mediatore”*³².

Anche qui il D. Lgs. 28/2010, all'art. 14., co. 1., detta una disciplina molto più rigorosa e tesa a garantire al massimo l'imparzialità del mediatore civile: al mediatore, infatti, e ai suoi ausiliari è espressamente vietato dalla legge *di assumere diritti o obblighi connessi, direttamente o indirettamente, con gli affari trattati, fatta eccezione per quelli strettamente inerenti alla prestazione dell'opera o del servizio*; a conferma dell'assoluta indipendenza – che la cit. decisione della Suprema Corte valuta diversamente – la stessa norma vieta esplicitamente *di percepire compensi direttamente dalle parti*; ciò perché è anche esclusa la possibilità di svolgere alcuna forma di consulenza a favore delle parti stesse³³;

- **per contro:** *“ai sensi dell'art. 1754 c.c., carattere essenziale della figura giuridica del mediatore è la sua imparzialità, intesa come assenza di ogni vincolo di mandato, di prestazione d'opera, di preposizione institoria e di qualsiasi altro rapporto che renda riferibile al dominus l'attività dell'intermediario, sicché non è configurabile mediazione nel caso di soggetto munito di mandato con rappresentanza per la stipulazione di un contratto con un terzo, a nulla rilevando l'eventuale predeterminazione, da parte del rappresentato, delle condizioni di tale contratto”*³⁴.

La massima in commento correttamente enuclea tra le circostanze *naturaliter* impedienti l'imparzialità il rapporto contrattuale tra **mandante e mandatario con rappresentanza**, che rende necessariamente tale mandatario portatore palese degli interessi del suo dante causa, massime nel caso di mandato vincolato a condizioni prestabilite, così escludendo l'obiettiva valutazione e comparazione degli interessi contrapposti delle parti messe in contatto.

Non va omissis neppure il richiamo al significativo dettato del comma 1. dell'**art. 1759 cod. civ.**, che impone al mediatore comune il *dovere d'informazione*, ossia di comunicare *alle parti le circostanze a lui note relative alla valutazione e alla sicurezza dell'affare, che possono influire sulla conclusione di esso*, con l'insorgenza della responsabilità del mediatore nel caso di violazione di tale dovere; peraltro, il mandatario con rappresentanza è legato altresì al mandante dall'obbligo di **riservatezza**, per certo collidente con l'art. 1759 cod. civ.

³⁰ Cass. civ., sez. III, 18-09-2008, n. 23842.

³¹ Cass. civ., sez. II, 01-07-1997, n. 5845.

³² Cass. civ., sez. III, 02-06-1992, n. 6677.

³³ È ammesso il ricorso a tecnici iscritti negli albi dei consulenti presso i Tribunali (art. 8, co. 4 D. Lgs. 28/2010).

³⁴ Cass. civ., 25-02-1987, n. 1995.

Appare evidente che un mandatario, all'incontro, come nella fattispecie di cui alla cit. massima, non sia sottoposto a questo stringente obbligo specifico e tipico, se non al generale principio della *buona fede* nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, di cui agli artt. 1347 e 1348 cod. civ.

4. Terzietà ed imparzialità del Giudice e dell'arbitro

Il principio della terzietà e dell'imparzialità è stato al centro dell'attenzione delle Supreme Magistrate dello Stato con particolare riguardo alla **funzione giurisdizionale comunque esercitata**.

La Corte di Cassazione³⁵, sottolinea che *“la recente giurisprudenza costituzionale s'è mossa per garantire ad ogni cittadino la tutela dei propri diritti davanti ad un giudice terzo ed imparziale nell'ambito del giusto processo”*³⁶ e che tale **garanzia va estesa** ad ogni soggetto legittimamente giudicante (Magistratura ordinaria ed ogni altro organo avente natura giurisdizionale)³⁷.

Su questa premessa, annota la Cassazione, *“è stato osservato (e va qui ribadito) che il principio di imparzialità - terzietà della giurisdizione ha pieno valore costituzionale in relazione a qualunque tipo di processo (cfr. Corte Cost. 21 marzo 2002 n. 78; Corte Cost. 3 luglio 2002 n. 305; Corte Cost. 22 luglio 2003 n. 262) e che l'esigenza di proteggere l'imparzialità del giudice impedisce – in particolare - che quest'ultimo possa pronunciarsi due volte sulla medesima res iudicanda, in quanto dal primo giudizio potrebbero derivare convinzioni precostituite sulla materia controversa, determinandosi così, propriamente, un pregiudizio contrastante con l'esigenza costituzionale che la funzione del giudicare sia svolta da un soggetto terzo, non solo scevro di interessi propri che possano far velo alla rigorosa applicazione del diritto, ma anche sgombro da convinzioni formatasi in occasione dell'esercizio di funzioni giudicanti in altre fasi del giudizio”* (Corte Cost. 12 luglio 2002 n. 335; Corte Cost. 22 luglio 2003 n. 262 cit.)³⁸.

Negli Stati moderni, sorti con l'impronta democratica classica della suddivisione dei poteri, è quindi percepita con il rango di **obbligo primario e costituzionale** l'esigenza di congegnare gli ordinamenti processuali affinché vi siano contemplati meccanismi idonei ad assicurare che il giudice non sia affetto da o non subisca condizionamenti psicologici o metaprocessuali che possano direttamente o indirettamente, anche per condizioni personali o ambientali, vanificare la sua serenità di giudizio e l'equanimità delle sue decisioni.

Tra questi meccanismi in sede civile: **l'astensione, la ricusazione, il divieto di pronunciarsi più volte sullo stesso thema decidendum, il regime delle incompatibilità** di cui agli artt. 51 e 52 del codice di procedura civile, con i connessi rimedi sostitutivi di cui agli artt. 53 e 54 *ibidem*.

³⁵ Tra le molte, si veda Cass. Civ., sez. III, 15-03-2007, n. 6003. Il Supremo Consesso, in casi analoghi, si è espresso in modo conforme anche a Sezioni Unite: 21-05-2004, n. 9727; 26-05-2004, n. 10139.

³⁶ *Ibid.*, con richiami alle sentenze della Corte Costituzionale 3 luglio 2002, n. 305; 21 luglio 2002, n. 335, \5 ottobre 1999, n. 357.

³⁷ *Ibid.*, con la riaffermazione dei principi di *imparzialità del Giudice* e del *giusto processo* di cui all'art. 111 Cost. e all'art. 6, par. 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (ratificata dalla legge 4 agosto 1955, n. 848).

³⁸ *Ibid.*, *passim*.

Il principio dell'**imparzialità** è ovviamente applicabile anche all'**arbitrato**, divenuto negli ultimi anni sempre più importante strumento sussidiario ed alternativa ausiliaria della giurisdizione ordinaria, in correlazione con l'incipiente crisi della giustizia civile, sicché è stato oggetto di ripetuti interventi del legislatore³⁹ per fornirgli una collocazione di maggiore equiparazione rispetto al processo civile e per favorire le esigenze del commercio internazionale.

Il principio d'imparzialità del giudice ordinario, dunque, **si estende *naturaliter* agli arbitri**, dappoiché essi ricoprono la medesima funzione del giudice ordinario allorché “*giudicano una controversia*”: l'art. 1 del codice di rito, infatti, prevede che *la giurisdizione civile, salvo speciali disposizioni di legge, è esercitata dai giudici ordinari secondo le norme del presente codice*, che appunto al capo VIII (“Dell'arbitrato”), agli artt. 806 e seguenti novellati, disciplina l'arbitrato come rito speciale e alternativo, scelto dalle parti, equiparato alla giurisdizione ordinaria.

La **Corte Costituzionale**⁴⁰ ha abilitato l'arbitro rituale alla **rimessione diretta** alla Consulta delle questioni di legittimità costituzionale che possano insorgere durante il processo arbitrale, considerando l'arbitro rituale *giudice* nel senso previsto dall'art. 1 della legge costituzionale n. 1 del 9 febbraio 1948⁴¹: l'arbitrato rituale, infatti, si legge nella cit. sentenza, “*costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile*” ai fini della “*risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria*”.

La giurisprudenza del Giudice delle leggi, condivisa dalla dottrina, ha pertanto definito che il principio di imparzialità è **collegato alla funzione del giudicare, sia pure in sede arbitrale**: invero, in ogni *giudizio* - incluso quello arbitrale - è presente l'aspettativa di ogni parte che il giudicante, tra cui l'arbitro, sia dotato della capacità di astrazione/estraneità emotiva nei confronti di tutti i coinvolti nel processo, nonché del non coinvolgimento economico con gli interessi dedotti ed oggetto di decisione; la conduzione del procedimento ed il suo atto finale (lodo) devono riflettere siffatto principio, che è eticamente e deontologicamente intrinseco alla devoluzione a terzi del compito di decidere una controversia.

A maggior ragione l'imparzialità *de facto et de iure* dev'essere rigorosamente assicurata e verificata nel **rito arbitrale**, proprio perché esso ha una natura *volontaria* (il compromesso o la clausola compromissoria, frutto di un positivo atto di volontà dispositiva delle parti), che comporta, attraverso la nomina degli arbitri ad impulso generalmente delle parti stesse, un **maggiore rischio** che l'arbitro o il collegio arbitrale possa versare in una situazione di conflitto di interessi⁴².

5. Caratteristiche delle figure tipiche di conciliazione extragiudiziale

Sempre alla ricerca di nuovi istituti per **deflazionare** l'inquietante numero di procedimenti civili contenziosi pendenti, il legislatore italiano ha introdotto nell'ordinamento nuove forme di

³⁹ Cfr. il D.lgs 2 febbraio 2006, n. 40 che ha inciso su più parti del codice di rito e che, in particolare, ha riscritto l'intero titolo dedicato all'arbitrato in attuazione della delega contenuta nella legge 14 maggio 2005, n. 80.

⁴⁰ Sentenza 28 novembre 2001, n. 376.

⁴¹ Modificato dall'art. 7 della l. cost. 22 novembre 1967, n. 2.

⁴² A tutela dell'equidistanza, l'art. 815 cod. proc. civ. contempla la possibilità di **ricusazione** dell'arbitro nominato dall'altra parte, per i motivi di cui all'art. 51 del cod. proc.civ. relativo ai Giudici ordinari, nonché il procedimento appòsito davanti al Presidente del Tribunale.

conciliazione, anche obbligatoria, nel segno di una tendenza non solo nazionale, ma di più ampio respiro internazionale.

- Nell'ambito delle **controversie individuali di lavoro** (settore quanto mai socialmente importante e reattivo), il D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, modificando l'art. 410 cod. proc. civ., ha reso **obbligatorio**, a pena di improcedibilità, il **tentativo di conciliazione** davanti alle Commissioni Provinciali di conciliazione, formate presso le Direzioni Provinciali del Lavoro: si tratta di un'ipotesi che ha molti elementi di somiglianza con la **mediazione civile ex D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28**, in quanto la Commissione **non ha una funzione decisoria**, ma solamente **facilitativa** di una soluzione della vicenda che soddisfi le aspettative di tutte le parti, tanto che – in caso positivo – il verbale di conciliazione viene depositato presso la cancelleria del Tribunale entro la cui giurisdizione è stato sottoscritto; tale verbale, controllatane la regolarità formale, può essere dichiarato esecutivo dal Giudice su istanza della parte interessata ⁴³.

Sebbene nulla si prescriva espressamente nei confronti dei componenti la Commissione Provinciale di conciliazione, è da ritenersi che la *terzietà* e l'*imparzialità* costituiscano requisiti imprescindibili per un ordinato e proficuo andamento del tentativo conciliatorio, in cui i terzi nominati dalla Direzione Provinciale del Lavoro, dotati di autorevolezza *pubblica*, verrebbero meno alla loro funzione di agevolatori di un accordo se si dimostrassero prevenuti o palesemente proclivi all'una, piuttosto che all'altra parte ⁴⁴.

- A simili considerazioni si giunge anche per il **tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di pubblico impiego** (in sede sia sindacale, sia amministrativa) ⁴⁵. In particolare, si segnala – nel caso di mancato successo del tentativo – che il Collegio di Conciliazione deve formulare una proposta per la bonaria definizione della controversia e che il Giudice ⁴⁶, nel successivo giudizio contenzioso, valuta il comportamento tenuto dalle parti nella fase conciliativa ai fini del regolamento delle spese (si cfr. la previsione di cui all'art. 13 "*spese processuali*" del cit. D. Lgs. 28/2010) ⁴⁷. La *terzietà* e l'*imparzialità* sono assicurate, nelle intenzioni del Legislatore, dalla composizione paritetica del Collegio di conciliazione: una rappresentante nominato dal lavoratore; un rappresentante nominato dalla Pubblica Amministrazione coinvolta; il Direttore Provinciale del Lavoro o suo delegato, che funge da Presidente. La connotazione *di parte* dei rappresentanti delle parti è comunque compensata dal vero *terzo*, il Presidente, al quale è effettivamente affidata la delicata funzione di facilitare la composizione della controversia, influenzando positivamente sugli altri componenti del Collegio (come accade nel caso del Presidente di un Collegio Arbitrale trino o pentuplo).
- Altre forme di tentativo obbligatorio di conciliazione sono previste da leggi speciali in tema di **subfornitura** con il coinvolgimento delle C.C.I.A.A. (legge 18 giugno 1998, n. 192,

⁴³ Art. 411 cod. proc. civ., comma 2.; cfr. l'art. 12 del cit. D.Lgs. 28/2010, "*efficacia esecutiva ed esecuzione*" del verbale di accordo a seguito del buon esito della mediazione civile.

⁴⁴ Il tentativo obbligatorio di conciliazione può essere celebrato anche in sede sindacale, ove *terzietà* ed *imparzialità* – quantunque connaturali all'istituto – **possono essere percepiti con maggiore difficoltà psicologica soprattutto dai rappresentanti datoriali**.

⁴⁵ Introdotto dal D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e modificato dal D. Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.

⁴⁶ Cfr. art. 66, commi 6 e 7 del cit. D. Lgs. 165/2001.

⁴⁷ Una forma attenuata di conciliazione obbligatoria è pure contemplata in materia di **contratti agrari**, ai sensi dell'art. 46 della legge 3 maggio 1982, n. 203 – c.d. *patti agrari* - ("*Chi intende proporre in giudizio una domanda relativa a una controversia in materia di contratti agrari è tenuto a darne preventivamente comunicazione, mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, all'altra parte e all'ispettorato provinciale dell'agricoltura competente per territorio*").

art. 10)⁴⁸, di **telecomunicazioni**⁴⁹, di **consumo**⁵⁰, di **turismo**⁵¹, caratterizzate generalmente da notevole emotività dell'opinione pubblica e da limitato valore unitario delle controversie, soprattutto in materia di somministrazione di servizi.

- Forme **non obbligatorie** di tentativo di conciliazione, come **alternativa** al giudizio, sono proposte dalla legge 6 maggio 2004, n. 129 per il contratto di **franchising**⁵² e in materia di **diritto d'autore**⁵³.

6. La conciliazione societaria, precedente della mediazione civile

Di particolare rilevanza, almeno a livello dottrinario e come **precedente**, la **conciliazione nel diritto societario**, coerente tentativo del legislatore italiano di muoversi concretamente verso un valido procedimento alternativo per la risoluzione delle controversie. Introdotto dal D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 con gli artt. da 38 a 40, è stato abrogato dall'art. 23 del D. Lgs. 28/2010 (inclusi i rinvii operati dalla legge a tali articoli); tuttavia, rimane il più compiuto ed articolato **precedente** della nuova **mediazione civile**, su cui conviene diffondersi.

Per la gestione di questa forma di conciliazione molto simile alle esperienze di ADR, la legge disponeva il ricorso ad appositi **organismi**, controllati ed autorizzati dal Ministero della Giustizia secondo il regolamento esecutivo di cui al **Decreto ministeriale 23 luglio 2004, n. 222**.

Di natura **volontaria e non obbligatoria**, era caratterizzata dai principi di *terzietà, imparzialità e riservatezza* nella figura del *conciliatore*, nonché dalla rapidità, economicità, potenzialità esecutiva ed incentivazione del procedimento stesso ed era così definito dall'art. 1, co. 1, lett. b) del D.M. 222/2003: “*«conciliazione»: il servizio reso da uno o più soggetti, diversi dal giudice o dall'arbitro, in condizioni di **imparzialità rispetto agli interessi in conflitto** e avente lo scopo di dirimere una lite già insorta o che può insorgere tra le parti, attraverso modalità che comunque ne favoriscono la composizione autonoma*”.

⁴⁸ Si osservi, tuttavia, che la violazione dell'obbligo del preventivo tentativo di conciliazione non è sanzionato da improcedibilità o improponibilità della domanda davanti al Giudice ordinario: un'omissione che ha reso di scarsissima rilevanza tale istituto, utilizzato in modo numericamente insignificante.

⁴⁹ Di cui alla **legge 31 luglio 1997, n. 249 - Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo** ed al Regolamento di cui alla Delibera n. 173/07/CONS.

⁵⁰ Cfr. il c.d. *codice del consumo*, D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206; già la *Raccomandazione della Commissione Europea 98/257/CE* del 30 marzo 1998 segnalava con vigore la necessità della garanzia di indipendenza dell'organo decisionale *conciliativo* deputato alla risoluzione delle controversie sollevate dai consumatori, con il suggerimento che, ove collegiale, tale organo dovesse essere composto da un numero uguale di rappresentanti dei consumatori e dei professionisti e possedere comprovate doti di capacità, esperienza e competenza; la *Raccomandazione della Commissione Europea 2001/310/CE* del 4 aprile 2001 richiamava all'**imparzialità** degli organi, da assicurarsi mediante la nomina per un tempo determinato dei componenti, l'esclusione della rimozione se non per giusta causa e l'inesistenza di situazioni di conflitto con una delle parti.

⁵¹ Cfr. la legge 29 marzo 2001, n. 135.

⁵² Art. 7, 1. (“*Per le controversie relative ai contratti di affiliazione commerciale le parti possono convenire che, prima di adire l'autorità giudiziaria o ricorrere all'arbitrato, dovrà essere fatto un tentativo di conciliazione presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui territorio ha sede l'affiliato*”).

⁵³ Cfr. l'art. 71-quinquies comma 4. e 194-bis della legge 22 aprile 1941, n. 633, aggiunti dal D. Lgs. 9 aprile 2003, n. 68: “*1. La richiesta di conciliazione di cui all'art. 71-quinquies, comma 4, sottoscritta dall'associazione o dall'ente proponente, è consegnata al comitato di cui all'art. 190 o spedita mediante raccomandata con avviso di ricevimento. Entro dieci giorni dal ricevimento della richiesta, il presidente del comitato nomina la commissione speciale di cui all'art. 193, comma secondo. Copia della richiesta deve essere consegnata o spedita a cura dello stesso proponente alla controparte*”.

Circa il **conciliatore**, l'art. 40 del D. Lgs. 5/2003 disponeva: (*Procedimento di conciliazione*) *1. I regolamenti di procedura*⁵⁴ *debbono prevedere la riservatezza del procedimento e modalità di nomina del conciliatore che ne garantiscano l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico*", mentre l'art. 1, co. 1, lett. d) del D.M. 222/2004 cit. lo definiva: "*«conciliatore»: le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la prestazione del servizio di conciliazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo*".

Come si vede, sia il Decreto Legislativo istitutivo, sia il Decreto Ministeriale attuativo richiamavano, senza particolari approfondimenti, il requisito dell'*imparzialità* del conciliatore quale garanzia da assicurare costantemente per l'andamento del procedimento e per le parti; il rinvio ai **regolamenti di procedura** semplificava il dettato normativo, lasciando ampia discrezionalità agli Organismi di Conciliazione per l'individuazione dei criteri paradigmatici ai fini della terzietà-imparzialità, inquadrati nelle regole di **procedura**.

Conviene, pertanto, esaminare con alcuni esempi specifici in quale modo tali Organismi, sia pubblici, sia privati, abbiano affrontato e disciplinato il requisito dell'*imparzialità*, sul presupposto che, in un'ottica trasparente e con ragionamento a ritroso *re melius perpensa*, risulta evidente come **l'imparzialità** sia il presupposto essenziale ed ontologico della «*mediazione*» (come pure della *conciliazione*), attinente alla sua struttura immutabile ed originaria, molto più che un mero requisito di qualità.

7. Esempi di disciplina dell'imparzialità nei Regolamenti degli Organismi di Conciliazione

Il Regolamento⁵⁵ di *Curia Mercatorum – Centro di Mediazione ed Arbitrato*⁵⁶ promosso dalla C.C.I.A.A. di Treviso, insieme alle C.C.I.A.A. di Pordenone, Belluno, Trieste e Gorizia contempla in modo dettagliato le cautele necessarie per la garanzia di imparzialità di *mediatori* ed *arbitri*: all'art. 3, comma 5. del Regolamento si legge: "*Mediatori ed arbitri debbono essere e rimanere indipendenti dalle parti, neutrali ed imparziali. Essi non agiscono in alcun modo per conto o a nome di Curia o della Corte. Contestualmente all'accettazione dell'incarico di mediatore o arbitro, l'interessato deve dichiarare per iscritto alla Corte qualsiasi circostanza che possa mettere in dubbio la sua indipendenza, neutralità o imparzialità. Parimenti, egli deve comunicare alla Corte qualsiasi circostanza intervenuta successivamente che possa avere il medesimo effetto o gli impedisca di svolgere adeguatamente le proprie funzioni*"; il mediatore, inoltre, "*si impegna a rispettare le norme di comportamento approvate da Curia Mercatorum*".

Non è omissis neppure il caso di necessità di sostituzione del mediatore che sia stato **ricusato**: "*Un arbitro può essere sostituito su decisione insindacabile della Corte in seguito a ricusazione di una parte per mancanza di indipendenza o imparzialità o per altri gravi, specificati e*

⁵⁴ Prescritti dal co. 3 dell'art. 38 d. lgs. cit. a tutti gli Organismi di Conciliazione, che devono appunto depositare presso il Ministero della Giustizia "*il proprio regolamento di procedura e comunicare successivamente le eventuali variazioni*".

⁵⁵ Fonte: http://www.curiamercatorum.com/webcuria/download/Regolamento_di_Conciliazione.pdf

⁵⁶ Accreditato dal Ministero della Giustizia al n. 23 nel Registro degli organismi deputati a gestire tentativi di conciliazione a norma dell'art. 38 D. lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 con P.D.G. 08/01/2008, 13/10/2008, 14/09/2009 e 24/05/2010.

comprovati motivi” (art. 3. comma 7 Reg.): previsione molto ampia di stampo garantistico, che allarga notevolmente la possibilità di ricusazione, al limite della discrezionalità della parte che sollevi (anche strumentalmente) *gravi, specificati, comprovati motivi*, in cui la soggettività può rivestire un ruolo preponderante. In ogni caso, *“La ricusazione deve essere fatta con comunicazione scritta alla Corte, entro 10 giorni dalla designazione ovvero dalla sopravvenuta conoscenza della causa di ricusazione”*.

La già precisa disposizione, tramite le *“Norme di comportamento per i mediatori”*, al § II. fornisce **ulteriori precetti per la condotta del mediatore**, che *“deve comunicare qualsiasi circostanza che possa inficiare la propria indipendenza e imparzialità o che possa ingenerare la sensazione di parzialità o mancanza di neutralità. Il mediatore deve sempre agire, e dare l'impressione di agire, in maniera completamente imparziale nei confronti delle parti e rimanere neutrale rispetto alla lite. Il mediatore ha il dovere di rifiutare la designazione e di interrompere l'espletamento delle proprie funzioni, in seguito all'incapacità a mantenere un atteggiamento imparziale e/o neutrale”*; indubbiamente, la norma tiene ben presenti le circostanze anche metagiuridiche, di convenienza, di opportunità e di carattere psicologico che siano in grado di condizionare il procedimento, così da sgombrare il campo da ogni dubbio e favorire l'opera facilitatoria del mediatore.

Di notevole interesse e di precisione terminologica le **note esplicative** della cit. *Norma II.*, che forniscono definizioni accurate e condivisibili ed una nomenclatura chiara, riempiendo di contenuto plausibile e concreto il concetto di terzietà del mediatore, sebbene con qualche estensione opinabile e troppo valutativa:

- la nota 1.: *“il mediatore **deve rendere edotte** le parti riguardo qualsiasi circostanza che possa influenzare la propria indipendenza, imparzialità e neutralità, anche se questa possa, di fatto, non influire sulla correttezza nei confronti delle parti. L'esistenza delle suddette circostanze non implica automaticamente l'inadeguatezza a svolgere il ruolo di mediatore”*: quindi anche circostanze soggettive od istintive, non superabili, percepite dal mediatore come disturbanti od impedienti per la sua attività possono avere rilevanza nel singolo caso e comportano un **dovere di informativa**;
- la nota 2.: *“**Indipendenza** significa assenza di qualsiasi legame oggettivo (rapporti personali o lavorativi) tra il mediatore ed una delle parti”*: anche la sfera personale del mediatore dev'essere libera;
- la nota 3.: *“**Imparzialità** indica un'attitudine soggettiva del mediatore, il quale non deve favorire una parte a discapito dell'altra”*: definizione problematica, poiché conduce ad una valutazione del carattere del mediatore, di sottile elaborazione, sino alle attitudini, contrassegnate da variatissima casistica personale;
- la nota 4.: *“**Neutralità** si riferisce alla posizione del mediatore, il quale non deve avere un diretto interesse all'esito del procedimento di mediazione”*: definizione di tutta evidenza.

Analogamente, il **regolamento** di conciliazione e norme di comportamento per i conciliatori della *Camera Arbitrale / Azienda Speciale della Camera di Commercio di Roma*⁵⁷ e della *Camera Arbitrale di Milano (CAM)*⁵⁸ presso la C.C.I.A.A. ambrosiana stabiliscono che (art. 2.) *“il conciliatore deve comunicare qualsiasi circostanza che possa inficiare la propria indipendenza e imparzialità o che possa ingenerare la sensazione di parzialità o mancanza di*

⁵⁷ Accreditato dal Ministero della Giustizia al n. 44 nel Registro degli organismi deputati a gestire tentativi di conciliazione a norma dell'art. 38 D. lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 con P.D.G. 05/05/2009, 14/10/2009, 10/12/2009, 16/06/2010 e 23/09/2010. AMCI – Associazione Mediatori e Conciliatori Italiani

⁵⁸ Accreditato dal Ministero della Giustizia al n. 31 nel Registro degli organismi deputati a gestire tentativi di conciliazione a norma dell'art. 38 D. lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 con P.D.G. 22/07/2008.

neutralità” e riprendono lo stesso glossario delle note appena citate, con la precisazione che le norme comportamentali per conciliatori e mediatori sono ispirate al **codice deontologico approvato dall’U.I.A. (Union Internationale des Avocats** ⁵⁹) nella sessione 2 aprile 2002, adattate alla conciliazione amministrata dalle C.C.I.A.A. italiane.

In particolare, le *norme di comportamento* della **C.A.M. Milano** dapprima, in premessa, definiscono in modo sintetico la figura del *conciliatore-facilitatore* anche in tema di approccio al contenzioso: “*Il conciliatore, soggetto neutrale, indipendente e imparziale, non decide per le parti, ma le aiuta a trovare un accordo, facilitando lo svolgimento di un dialogo costruttivo durante l’incontro. In questo senso, la conciliazione può essere considerata un percorso grazie al quale le parti stesse, opportunamente assistite dal conciliatore, costruiscono in modo attivo l’accordo*”.

All’art. 3., invece, ribadito che “*il conciliatore non decide la controversia, ma aiuta le parti a trovare un accordo soddisfacente*”, si dettano le regole di scelta del conciliatore stesso: “*il conciliatore è individuato dalla Segreteria tra i nominativi inseriti in un’apposita lista, formata sulla base di standard definiti dall’Unione Italiana delle Camere di Commercio nel rispetto della normativa vigente. Il conciliatore, qualora se ne ravvisi l’opportunità, può essere individuato dalla Segreteria, con decisione motivata, anche in liste di altre Camere di Commercio*”: sono, quindi, fissati **criteri oggettivi** per l’affidamento dell’incarico a soggetti che – in quanto appartenenti ad una lista formata in modo standardizzato – devono avere requisiti di competenza e di esperienza; prosegue l’art. 3.: “*le parti possono individuare congiuntamente il conciliatore tra i nominativi inseriti nella lista*”, con ciò esaltando la professionalità del conciliatore e la probabilità di successo della mediazione, diretta da persona in cui evidentemente le parti riconoscono doti di capacità e di fiducia. Infine, come norma di chiusura, lo stesso articolo dichiara che “*il conciliatore non deve trovarsi in alcuna delle situazioni di incompatibilità previste da specifiche norme di legge*”⁶⁰.

Il Regolamento ⁶¹ di **Aequitas A.D.R.** ⁶² determina nei dettagli, all’art. 5, la scelta del terzo: “*5.1 Se le parti hanno di comune accordo scelto un Conciliatore tra i professionisti aderenti a AEQUITAS a.d.r., il professionista così indicato condurrà la procedura di Conciliazione. 5.2 In caso contrario AEQUITAS a.d.r. sottoporrà alle parti l’elenco dei professionisti aderenti a AEQUITAS a.d.r., fornendo alle parti tutta l’assistenza necessaria al fine di scegliere fra di essi il loro Conciliatore. Qualora le parti non si accordino entro breve termine, e comunque entro tre giorni dall’invito loro formulato al riguardo da AEQUITAS a.d.r., quest’ultima provvederà a nominare alle parti il loro Conciliatore*”: la facoltà di scelta della parti è **limitata** all’elenco dei conciliatori aderenti all’Organismo, com’è peraltro di intuitiva comprensione in considerazione del carattere privatistico dell’Organismo stesso; in ogni caso, qualora la scelta, per disaccordo o inerzia delle parti, sia demandata all’Organismo, il Regolamento detta i criteri di individuazione, non discrezionali ma **logico-cronologici**: “*5.3 AEQUITAS a.d.r. sceglierà il nominativo del Conciliatore seguendo i seguenti criteri: - competenza specifica del Conciliatore; - turnazione all’interno dell’elenco dei Conciliatori AEQUITAS a.d.r.*”.

Individuato il soggetto, scattano le norme a **presidio** dell’imparzialità: “*Il Conciliatore nominato deve fare al più presto pervenire a AEQUITAS a.d.r. l’accettazione scritta dell’incarico,*

⁵⁹ Cfr. <http://www.uianet.org/index.jsp>

⁶⁰ Fonte: http://www.camera-arbitrale.it/Documenti/regolamento_conciliazione.pdf

⁶¹ Fonte: <http://www.adrequitas.it/imgpro/File/regolamento%20conciliazione%20liti%20societarie.doc>

⁶² Accreditato dal Ministero della Giustizia al n. 5 nel Registro degli organismi deputati a gestire tentativi di conciliazione a norma dell’art. 38 D. lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 con P.D.G. 10/05/2007, 13/10/2008, 15/02/2010 e 06/09/2010.

accompagnata da una dichiarazione da lui sottoscritta in cui attesti la sua assoluta indipendenza ed imparzialità rispetto alle parti nonché la sua neutralità ed assenza di qualsiasi interesse attuale o passato rispetto alla controversia assegnatagli", a tutto beneficio delle parti (art. 6., comma 1.).

L'art. 7. chiarisce le cause di **incompatibilità** nello svolgimento dell'incarico di Conciliatore: "1. Ferma restando la dichiarazione di indipendenza e imparzialità e neutralità del Conciliatore, risulterà incompatibile in ogni modo con l'assunzione dell'incarico il Conciliatore che versi in una delle condizioni previste dall'art. 51 numeri 1, 2, 3, 4, 5 c.p.c., così come richiamato dall'art. 815 c.p.c.", con rinvio alle norme codicistiche consimili in materia di arbitrato; "2. In ogni caso risulterà incompatibile con lo svolgimento della funzione il Conciliatore chi rivesta la qualità di Giudice di Pace, ai sensi dell'art. 7 n. 3 D.M. 23/7/2004 n. 222, fino a quando duri il mandato in qualità di Giudice di Pace", ad ulteriore specificazione di un divieto di legge, fondato sull'inammissibilità della confusione temporanea di ruoli giurisdizionali pubblici e di funzioni conciliative private.

Il Regolamento ⁶³ della **Camera di Conciliazione e Arbitrato ADR Network** ⁶⁴, all'art. 3 precisa che "il conciliatore svolge l'incarico con neutralità, indipendenza ed imparzialità e rispettando le "Norme di comportamento" dei conciliatori della Camera. Il conciliatore accetta l'incarico e garantisce i suoi impegni sottoscrivendo una apposita "Dichiarazione di imparzialità", senza cui la procedura di conciliazione non può avere inizio", condizionando sospensivamente l'inizio del procedimento alla sottoscrizione dell'impegno all'imparzialità da parte del conciliatore che, a rafforzamento della sua terzietà, "non percepisce il proprio compenso direttamente dalle parti, né svolge funzioni di difensore o di arbitro per la stessa controversia. Il conciliatore e la Camera si astengono dall'assumere diritti ed obblighi connessi agli affari trattati durante il tentativo di conciliazione", così da evitare ogni incompatibile legame ambiguo a detrimento dell'immagine e dell'attendibilità sia del conciliatore, sia dell'Organismo.

La presenza di un **codice etico** (pure altrimenti denominato), che indichi le regole comportamentali accettabili e necessarie per i conciliatori, è sintomo di serietà: ad es., il *codice etico* per i conciliatori accreditati presso l'**Organismo per la Conciliazione presso l'Ordine degli Avvocati di Monza** indugia sull'imparzialità, cui dedica il proprio **art. 4**: "Il conciliatore dovrà essere imparziale nei confronti delle parti, agendo per tutta la durata della procedura con lealtà, astenendosi dal compiere atti discriminatori e dall'esercitare influenza a favore di una di esse": di grande momento il divieto di discriminazione (concetto largamente applicabile) e dell'uso di pressioni, tali da influenzare *aliunde* e suggestivamente una o tutte le parti, a discapito dell'equilibrio e dell'equità.

Per conseguenza, prosegue il cit. art. 4: "qualsiasi questione che emerga prima o durante la procedura, che determini un coinvolgimento del conciliatore a titolo personale e/o faccia sorgere un conflitto di interessi, sia esso apparente, potenziale od attuale e di qualsivoglia natura (economica, personale, collaterale ecc.), dovrà essere resa nota per iscritto alle parti e alla Commissione per la conciliazione dell'Ordine"; il possibile **conflitto** viene risolto nella piena trasparenza e consapevolezza delle parti, nello spirito di gestione autonoma ed informale della conciliazione: "in tal caso la procedura non potrà iniziare né proseguire, salvo che tutte le parti concordino, sempre per iscritto, sul fatto che il conciliatore possa continuare a gestirla" (*ibid.*): spetta, dunque, agli utenti (purché concordi), non ad un soggetto terzo, valu-

⁶³ Fonte: <http://www.adrnetwork.it/files/allegati/regolamento-conciliazione.pdf>

⁶⁴ Accreditato dal Ministero della Giustizia al n. 2 nel Registro degli organismi deputati a gestire tentativi di conciliazione a norma dell'art. 38 D. lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 con P.D.G. 23/01/2007, 07/06/2007, 15/05/2008, 05/03/2009, 26/10/2009 e 15/09/2010.

tare la sussistenza o meno di condizioni ostative dell'imparzialità.

Molti Organismi di Conciliazione dichiarano di aderire al **Codice Europeo di condotta per Mediatore**, predisposto dall'*European Judicial Network in civil and commercial matters - EJN* con l'assistenza della Commissione Europea, risalente al 2 luglio 2004⁶⁵, costituente una solida base di possibile normativa *standard* estensibile agevolmente ad ogni forma di mediazione contemplata dai singoli ordinamenti dei Paesi aderenti all'Unione Europea, compatibile con le tradizioni giuridiche statuali⁶⁶.

In punto **indipendenza ed imparzialità**, l'art. 2.1. di esso prescrive: “ **Indipendenza** - *Qualora esistano circostanze che possano (o possano sembrare) intaccare l'indipendenza del mediatore o determinare un conflitto di interessi, il mediatore deve informarne le parti prima di agire o di proseguire la propria opera. Le suddette circostanze includono: – qualsiasi relazione di tipo personale o professionale con una delle parti; – qualsiasi interesse di tipo economico o di altro genere, diretto o indiretto, in relazione all'esito della mediazione; – il fatto che il mediatore, o un membro della sua organizzazione, abbia agito in qualità diversa da quella di mediatore per una o più parti*”.

La soluzione offerta dal Codice Europeo è di **rigorosa garanzia** e richiede la presenza di una **duplice** condizione affinché la procedura abbia inizio o continui:

a) l'elemento psicologico soggettivo certo nel mediatore, che deve autovalutare la propria condizione di compatibilità;

b) l'accordo esplicito di entrambe (tutte) le parti sull'affidabilità del mediatore: “*in tali casi il mediatore può accettare l'incarico o proseguire la mediazione solo se sia certo di poter condurre la mediazione con piena indipendenza, assicurando piena imparzialità, e con il consenso espresso delle parti*” (*ibid.*).

Il requisito dell'indipendenza dev'essere presente **costantemente**, sicché il Codice Europeo si preoccupa affinché sia mantenuto in ogni fase della mediazione e sempre reso noto alle parti: “*il dovere di informazione costituisce un obbligo che persiste per tutta la durata del procedimento*” (*ibid.*).

Quanto all'**imparzialità**, l'art. 2.2. cit. afferma che “*il mediatore deve in ogni momento agire nei confronti delle parti in modo imparziale, cercando altresì di apparire come tale, e deve impegnarsi ad assistere equamente tutte le parti nel procedimento di mediazione*”(ibid.): la prescrizione è duplice e coinvolge:

a) il comportamento del mediatore anche nelle sue manifestazioni esterne (*apparentia aequitatis*), quelle direttamente percepibili dalle parti⁶⁷, le quali non devono essere indotte nel sospetto o nella sfiducia da atteggiamenti anche in buona fede del terzo, potenzialmente apprezzabili come favorevoli più all'una che all'altra parte;

b) l'attività *tipica* del mediatore, che dev'essere di tipo assistenziale equo per tutte le parti, aiutate nell'esposizione delle loro esigenze per favorire la conciliazione, senza interventi impositivi e lenitiva delle asprezze.

⁶⁵ Fonte: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.htm

⁶⁶ Nel prologo del “codice europeo”, infatti, si dice: “*Il presente codice di condotta stabilisce una serie di principi ai quali i singoli mediatori possono spontaneamente aderire sotto la propria responsabilità. Il codice può essere applicato a tutti i tipi di mediazione in materia civile e commerciale. Anche le organizzazioni che forniscono servizi di mediazione possono impegnarsi in tal senso, chiedendo ai mediatori che operano nel loro ambito di attenersi al codice di condotta. Le organizzazioni possono dare informazioni sulle misure (quali formazione, valutazione e monitoraggio) assunte per favorire il rispetto del codice da parte dei singoli mediatori*”. Fonte: *ibid.* (nella versione in lingua italiana).

⁶⁷ Anche attraverso la mimica, l'intonazione vocale, la gestualità, linguaggi corporei facilmente comprensibili e non sempre celabili o mascherabili, sottintendendo sentimenti e sensazioni.

8. Il mediatore civile ex D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

Il D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 è destinato – almeno nelle intenzioni del legislatore – ad **incidere profondamente nel nostro ordinamento e nel sistema giuridico-economico nazionale**; la *nuova* mediazione civile, introdotta come obbligatoria in un grande numero di casi ⁶⁸, presuppone il condiviso cambiamento di *mentalità e di cultura* nell'approccio al contenzioso.

Nelle **cause normali**, l'obiettivo di ciascuna parte è di *farsi riconoscere* da una decisione imperativa di avere *ragione o torto*, mediante l'*iter* rigido e formale di un procedimento giurisdizionale; con la **mediazione**, invece, l'aspetto emotivo litigioso e formale viene sostituito dal tentativo, *facilitato* dal mediatore, di consentire a ciascuna parte di ottenere un *obiettivo positivo, conforme ai suoi interessi e alle sue aspettative*, valutati oggettivamente e con equità sul piano della convenienza e della rapidità, anziché della mera e rigida applicazione della legge.

“La mediazione – si legge in un comunicato del Ministero della Giustizia - mira a indurre la parti al ripristino in funzione dei loro interessi: non punta a trovare il colpevole e l'innocente e non valuta la situazione solo in riferimento al passato, come invece accade nella controversia giudiziaria, ma punta al risolvere il presente con uno sguardo al futuro: a mediare, appunto, tra le parti che possono avere ancora degli interessi in comune” ⁶⁹.

Per questo, nella c.d. *facilitative mediation (mediazione facilitativa)* scelta come *tipus* dalla legge, al mediatore è **interdetto** somministrare alle parti un qualsiasi schema di soluzione che derivi da una sua personale elaborazione: emerso, infatti, con l'assistenza del terzo, **il comune interesse delle parti**, il mediatore deve improntare la discussione **con e tra** le parti medesime al reperimento di piste di ragionamento *aperte e praticabili*, così da accompagnare gli stessi contendenti verso l'individuazione della soluzione soddisfattiva per tutti del loro conflitto.

Privo, dunque, dell'autorità imperativa derivante dal potere di decidere ⁷⁰, il mediatore tanto più avrà successo nella sua opera di agevolazione e promozione di un accordo, quanto più risulterà affidabile, confidente, competente, indipendente e realmente *terzo* per le parti: ne consegue che l'**imparzialità** costituisca il requisito principe per il mediatore, che non solo deve essere imparziale, ma lo deve anche apparire agli occhi dei contendenti, *naturaliter* più sensibili in momenti di tensione emozionale, quali sono le controversie: la psicologia spicciola dell'esperienza comune, invero, insegna a chiunque come anche il solo sospetto di parzialità del *terzo* chiamato a mediare possa avere effetti rovinosi sull'andamento delle trattative, destinate a naufragare nelle secche della mala fede, delle riserve mentali ⁷¹ e della *méfiance*.

⁶⁸ L'art. 5, co. 1. del D. Lgs. 28/2010 rende **obbligatorio e condizione di procedibilità** il tentativo di mediazione in ogni controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

⁶⁹ Fonte: http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_6_1.wp - Ministero della Giustizia, Redazione Internet, Antonella Bellino, *Dossier sulla mediazione civile*, 2010.

⁷⁰ Come il Giudice o l'arbitro, ex art. 1., comma 1., lett. b) d. lgs.cit.

⁷¹ Delle **riserve mentali** che inducono una parte a raggiungere una conciliazione ma con la positiva volontà di non darvi attuazione (una **simulazione** totale o parziale), si trova previdente traccia nel disposto dell'**art. 12** del D. Lgs. 28/2010, il cui 2° comma prevede che il verbale di accordo omologato su istanza di parte dal Presidente del Tribunale competente *costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale (ibid.)*: una misura necessaria per non rendere **volatile** la conciliazione, fondata sulla buona fede; una difesa efficace – munita di imperatività – per la parte adempiente nei confronti della parte simulante; un presidio di serietà e di autorità per l'istituto della mediazione civile.

9. L'imparzialità come requisito di garanzia della mediazione.

Si è già riflettuto ⁷² che l'**imparzialità** sia il presupposto essenziale ed ontologico della *mediazione*, attinente alla sua struttura immutabile ed originaria, molto più che un mero requisito di qualità; occorre ora esaminare come questo imprescindibile obiettivo sia considerato dal D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, l'organica disciplina dell'istituto.

Di *imparzialità* trattano, direttamente e/o indirettamente, gli articoli:

- **1., co. 1., lett. a) e b);**
- **3., comma 2.;**
- **8., comma 3.;**
- **9., 10., comma 2. e 14.,**

che conviene esaminare partitamente per trarne la configurazione generale e sistematica voluta dal legislatore.

L'**art. 1., co. 1., lett. a)** definisce la **mediazione** come *l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere 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; la lett. b)* definisce **mediatore** *la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo.*

La mediazione è dunque svolta da un **terzo imparziale**, *senza poteri decisionali vincolanti*, con funzione *ausiliaria* per il raggiungimento di un *accordo amichevole* o di una *proposta* per la risoluzione di una contesa. Il lessico usato dal legislatore è basato su forme espressive *gentili* ed *accattivanti*, quasi informali e per certo non paludate, per esaltare il clima *amichevole* in cui le parti si devono confrontare da **coprotagoniste**, agevolate dall'*assistenza* del terzo, di natura *sussidiaria*, che con la sua competenza professionale, tecnica ed umana favorisce la *ricerca* di un *accordo compositivo*.

In questo ambito, l'**imparzialità** giuoca un ruolo **determinante**: è molto probabile e prevedibile che, almeno nei primi anni di attuazione di questo istituto giuridico, nato nell'ostilità e nella sottovalutazione delle categorie professionali, i singoli utenti equivocchino sul significato e sui compiti del *mediatore* e credano che lo stesso sia una sorta di "giudice privato"- "arbitro", da cui si attendono una decisione secondo gli schemi tradizionali, soprattutto nei casi numerosissimi di obbligatorietà preventiva della mediazione.

Di fronte ad aspettative scorrette e disinformate, quindi, il mediatore **dovrà ritagliarsi un ruolo specifico** di *facilitatore utile*, con l'autorevolezza che gli deriverà dalle capacità dimostrate e, soprattutto, dalla posizione di vera *terzietà*, che rassicura gli utenti e li convince a partecipare in modo propositivo al tentativo di mediazione, comprendendone la validità e la convenienza, in alternativa all'ordinario giudizio contenzioso.

Ai fini della **terzietà-garante del procedimento**, opera l'**art. 3, co. 2** secondo cui *il regolamento* ⁷³ *deve in ogni caso garantire la riservatezza del procedimento ai sensi dell'articolo 9, nonché modalità di nomina del mediatore che ne assicurano l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico.*

⁷² Cfr. *supra*, § 6., ult. cpv.

⁷³ Si tratta del **regolamento** di cui ogni Organismo di Mediazione si deve obbligatoriamente dotare per potersi iscrivere nel Registro presso il Ministero della Giustizia *ex art. 16* e che le parti, nel momento in cui si rivolgono all'Organismo e lo scelgono, sono impegnate ad accettare (*ibid.*, art. 3., co. 1).

La legge rinvia ai **regolamenti** degli Organismi di mediazione per la disciplina dettagliata riguardante la nomina, l'idoneità e l'imparzialità del mediatore: le soluzioni regolamentari saranno svariate⁷⁴, ma per l'approvazione da parte del Ministero della Giustizia dovranno comunque tenere conto del principio rigoroso di imparzialità stabilito dall'ordinamento nello specifico e nella generalità.

Infatti, l'**art. 8., comma 3.** laddove prescrive che *il mediatore si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia* (in modo *sollecito e corretto*) evidenzia il **rapporto obbligatorio** che si stabilisce tra il mediatore (*rectius*: l'organismo di mediazione, con cui le parti hanno rapporto **diretto**) e gli utenti: **un'obbligazione non di risultato, ma di mezzi**, in cui il *terzo* ha dei doveri che, se non adempiuti, lo espongono a **responsabilità da sanzionare in via risarcitoria**.

Sebbene, come avvertito, è da ritenersi che siano gli Organismi i primi responsabili nei confronti degli utenti per l'imparzialità e l'idoneità dei mediatori⁷⁵, è pure da ritenersi che comportamenti personali errati, incompatibili con la funzione o contrari al rispetto dei limiti dell'ordine pubblico e delle norme imperative⁷⁶ da parte del mediatore implicino anche la sua propria **responsabilità**, per dolo o per colpa grave, unitamente all'Organismo⁷⁷.

L'imparzialità è connessa anche alla sicurezza per gli utenti che ogni loro dichiarazione sia confidenziale e, come tale, non divulgabile (principio di riservatezza); in punto, l'**art. 9 - Doveri di riservatezza** – così si esprime: *“1. chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell'organismo o comunque nell'ambito del procedimento di mediazione è tenuto all'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo. 2. Rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate e salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni, il mediatore è altresì tenuto alla riservatezza nei confronti delle altre parti”*.

La legge, dunque, dispone una tutela rigida e severa della **riservatezza**, che copre ogni aspetto della procedura mediatrice e salvaguarda le parti dalla propalazione di notizie comunicate al mediatore con libertà solo per la confidenza e l'informalità della procedura; tutela ancor più accentuata per le dichiarazioni rese in sede di audizione separata. Il mediatore che utilizzasse quanto saputo allo scopo (anche inconsapevole) di favorire una parte o una certa soluzione da

⁷⁴ Cfr. l'ampia casistica illustrata e commentata *supra* al § 7.

⁷⁵ Si veda, in proposito, l'art. 14 del D.M. 23 luglio 2004, n. 222: *“Responsabilità del servizio di conciliazione – 1. Il conciliatore designato deve eseguire personalmente la sua prestazione; della sua opera risponde anche l'ente o l'organismo di appartenenza”*.

⁷⁶ Cfr. art. 14., comma 2., lett. c) del D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

⁷⁷ Salvo diversi orientamenti futuri, si dovrebbe considerare applicabile anche alla figura del mediatore e dell'Organismo di mediazione il principio da tempo sottolineato dalla Corte di Cassazione in materia di attività professionale: *“le obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale sono, di regola, obbligazioni di mezzo e non di risultato, in quanto il professionista assumendo l'incarico si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato desiderato, ma non a conseguirlo”* (Cass. Civile, sez. II, 08.08.2000, n. 10431). L'inadempimento potrà quindi essere valutato in relazione ai doveri inerenti lo svolgimento dell'attività professionale e al dovere di diligenza applicato non con il criterio generale della diligenza del *buon padre di famiglia*, ma della **diligenza professionale** di cui all'art. 1176 secondo comma c.c., parametrato alla natura dell'attività esercitata, commisurata alla diligenza di un professionista di preparazione professionale e di attenzione medie. Nel caso, invece, che l'attività concreta comporti la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, la responsabilità del professionista è attenuata e si concreta solo per dolo o colpa grave *ex art. 2236 c.c.*, espressa eccezione derogatrice. D'altra parte, già il D.M. 23 luglio 2004, n. 222 prevedeva, all'art. 4., comma 3., lett. b) che, per l'iscrizione nel Registro degli Organismi di Conciliazione, fosse necessario *“produrre in ogni caso polizza assicurativa dell'importo non inferiore a 500.000,00 euro per le conseguenze patrimoniali comunque derivanti dallo svolgimento del servizio di conciliazione”*: norma peraltro tuttora vigente, in attesa dell'emanazione dei Decreti ministeriali attuativi del D. Lgs. 28/2010, in cui sicuramente un'identica prescrizione non mancherà.

lui già intravista ed elaborata **violerebbe gravemente** il principio dell'imparzialità e la sua terzietà ne risulterebbe del tutto demolita.

Un'ulteriore tutela del riserbo, che incide sull'imparzialità in quanto ovviamente *bilaterale*, è data dalla garanzia dell'**esenzione dal dovere di testimoniare** connessa al mediatore che *“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”*, come precisa l'**art. 10, comma 2**.

Nell'**art. 14.**, infine, si ha il compendio dedicato degli **obblighi del mediatore**:

“1. Al mediatore e ai suoi ausiliari è fatto divieto di assumere diritti o obblighi connessi, direttamente o indirettamente, con gli affari trattati, fatta eccezione per quelli strettamente inerenti alla prestazione dell'opera o del servizio; è fatto loro divieto di percepire compensi direttamente dalle parti”; la norma si rivela *ab origine* il primo presidio dell'imparzialità: il mediatore, per essere indipendente, dev'essere neutrale ed indifferente, non essere legato, cioè, ad alcuna delle parti da diritti od obblighi, che minerebbero *ab intrinseco* la posizione di astrazione oggettiva e soggettiva di cui le parti hanno la legittima aspettativa; anche la previsione che i costi del procedimento siano determinati preventivamente con tabella e pagati **direttamente all'Organismo** (cfr. **art. 16., comma 3** e regolamenti emanandi) concorre all'affermazione dell'imparzialità del mediatore, che è dispensato da qualsiasi rapporto con il denaro in quanto il suo giusto compenso è a carico dell'Organismo; pertanto, a maggior ragione, non può percepire compensi direttamente dalle parti, che nel maneggio di somme potrebbero intravedere inammissibili modalità di *furbesca influenza* o peggio.

Prosegue il **comma 2.**: *“al mediatore è fatto, altresì, obbligo di:*

a) sottoscrivere, per ciascun affare per il quale è designato, una dichiarazione di imparzialità secondo le formule previste dal regolamento di procedura applicabile, nonché gli ulteriori impegni eventualmente previsti dal medesimo regolamento”; si tratta di una formalità (una delle pochissime richieste per la procedura, che è semplificata al massimo ⁷⁸) che riveste grande significato di **impegno giuridico e morale** per il mediatore, come l'impegno di cui all'art. 251, 2° co. cod. proc. civ. per i testimoni; inoltre, la mancanza della dichiarazione di imparzialità costituisce, secondo molti regolamenti di Organismi, motivo di impossibilità a dar corso al procedimento;

b) “informare immediatamente l'organismo e le parti delle ragioni di possibile pregiudizio all'imparzialità nello svolgimento della mediazione”; è un dovere correlato al principio dell'imparzialità, che deve sussistere **durante tutto lo svolgimento** del procedimento, di tal che l'insorgenza *medio tempore* di cause ostative inficia l'intero *iter* e fa nascere responsabilità contestabili, qualora il mediatore non ne dia avviso sia all'Organismo, sia alle parti (le quali, tuttavia, in alcuni regolamenti di Organismi, potrebbero anche decidere espressamente e di concerto tra di loro di continuare la procedura, con valutazione discrezionale di irrilevanza degli elementi di possibile riduzione dell'imparzialità di cui siano state informate dal mediatore, all'interno dell'autonomia loro riconosciuta);

c) “formulare le proposte di conciliazione nel rispetto del limite dell'ordine pubblico e delle norme imperative”; in tal caso, l'obbligo discende dalla necessità di **competenza** e di **professionalità** nel mediatore, la cui violazione potrebbe tramutarsi surrettiziamente in una forma di

⁷⁸ La **libertà di forme**, salvo alcune regole indispensabili per l'ordine, rende pressoché impossibile che la conciliazione, intervenuta con successo e consacrata nell'apposito verbale, venga impugnata per vizi di natura processuale, *errores in procedendo*; diverso è il controllo di natura anche formale, ma principalmente appuntato alla verifica della conformità all'ordine pubblico ed alle norme imperative, previsto dall'art. 12. per l'omologazione del verbale di accordo da parte del Presidente del Tribunale (la cui forma, il decreto, suppone una concisa motivazione rispetto ad altre forme di provvedimento, l'ordinanza e la sentenza).

parzialità o discriminazione a danno di una delle parti, che abbia confidato nella regolarità della procedura e della proposta di conciliazione;

Il **comma 3.** contempla l'eventualità **patologica** della carenza nel mediatore dei requisiti di imparzialità e terzietà (ma anche di competenza tecnica): *“su istanza di parte, il responsabile dell'organismo provvede alla eventuale sostituzione del mediatore”*. I regolamenti degli organismi, in questa circostanza, devono esporre dettagliatamente sia le cause ostative e/o di incompatibilità, sia le modalità di sostituzione del mediatore, che siano il più possibile oggettive e sottratte alla mera discrezionalità del Responsabile. La delicatezza della materia e l'esigenza di trasparenza spingano il dettato della seconda parte del cit. co. 3 dell'art. in disamina: *“il regolamento individua la diversa competenza a decidere sull'istanza, quando la mediazione è svolta dal responsabile dell'organismo”*: è di tutta evidenza, infatti, che il mediatore designato che sia contemporaneamente responsabile dell'Organismo non possa far coesistere in sé le funzioni di controllore e di controllato, sicché è ragionevole l'imposizione ai regolamenti di introdurre un meccanismo atto ad assicurare imparzialità e terzietà anche in questa non remota ipotesi.

10. L'imparzialità come presupposto di successo della mediazione.

Da quanto sinora esposto, emerge che il *mediatore civile* si appresta a divenire una figura altamente specializzata, previa seria formazione continua, capace di gestire efficacemente il contenzioso attraverso le più moderne **tecniche di negoziazione** e di facilitare **giuridicamente e psicologicamente** l'accordo tra le parti accompagnandole alla soluzione più utile e soddisfacente, in una necessaria posizione di **imparzialità e neutralità**, quale **prerequisito essenziale**.

L'**equidistanza** del mediatore dai contendenti è ancor più delicata, poiché il legislatore – pressato da notorie esigenze contenitive del contenzioso - ha scelto l'**obbligatorietà** della mediazione per la gran parte della possibile e più frequente *res litigiosa*.

Il mediatore, peraltro, è investito di una **funzione più lata** di quella del Giudice, poiché il procedimento mediatorio è contrassegnato dal principio della libertà delle forme e della disponibilità senza limiti delle parti; il terzo *“non è a differenza del giudice, vincolato strettamente al principio della domanda e può trovare soluzioni della controversia che guardano al complessivo rapporto tra le parti. Il mediatore non si limita a regolare questioni passate, guardando, piuttosto, a una ridefinizione della relazione intersoggettiva in prospettiva futura”*⁷⁹.

Perciò, *“il tentativo di conciliazione può avere successo solo se è sostenuto da una reale volontà conciliativa e non se è svolto per ottemperare ad un obbligo. In questo caso si trasforma in un mero adempimento formale, che ingolfa gli uffici preposti, ritardando la definizione della controversia e sottraendo energie allo svolgimento dei tentativi di conciliazione seriamente intenzionati”*⁸⁰: ne scaturisce la necessità di metabolizzazione parte degli utenti e degli operatori della peculiare natura extragiudiziale della mediazione, che non costituisce *“un'ipotesi di soluzione della lite attraverso l'applicazione delle norme; il mediatore, per*

⁷⁹ Dal *dossier* di documentazione della Camera dei Deputati, XVI legislatura, L.N. 69 del 18 giugno 2009, schema legislativo 150.

⁸⁰ Parere del Consiglio Superiore della Magistratura del 4 febbraio 2010 sullo schema di D. Lsg. 28/2010.; il C.S.M. si riferisce evidentemente al tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di controversie di lavoro, introdotto dal D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, modificante l'art. 410 cod. proc. civ., che ha notoriamente dato pessima prova di sé.

quanto doverosamente terzo ed imparziale, non si sostituisce mai al giudice, anticipandone la giurisdizione, ma ricerca, d'accordo con le parti che ad esso si sono rivolte, una composizione amichevole della vicenda, la quale tenga conto degli interessi perseguiti dalle stesse. Nella mediazione non c'è (e non ci può essere, per ovvi motivi desumibili pure dal nomen iuris) un vincitore o un soccombente; se essa ha effetto e si raggiunge la conciliazione stragiudiziale della querelle, questa non avviene alla stregua del paradigma normativo, bensì alla luce della regola elaborata hic et nunc per quel caso di specie e solo per quello”⁸¹.

Stante, dunque, l'innovazione dell'imposizione normativa della mediazione, è auspicabile che in tempi brevi, dopo l'opportuna fase iniziale di carattere comprensibilmente sperimentale ed organizzativo, il nuovo istituto dia risposta adeguata alle aspettative di giustizia, grazie al consolidarsi del prestigio e dell'autorevolezza che i **mediatori** dovranno costruirsi giorno per giorno, senza il riparo istituzionale della giurisdizione, ma con la dimostrazione di essere in grado di indirizzare i contendenti a soluzioni bonarie delle controversie, in cui il saggio contemperamento degli interessi contrapposti, la terzietà neutrale del *facilitatore* percepita dalle parti come garanzia di serietà e di concretezza, l'assenza di rigidi formalismi e di trappole procedurali permettano il superamento del noto (ed amaro) principio secondo cui *summum ius* equivale a *summa iniuria*, per una giustizia più **sostanziale, pratica, rapida, soddisfattiva, vantaggiosa e recuperativa** dei rapporti sociali e di affari.

L'**imparzialità riconosciuta e condivisa** dei mediatori, unita alla rigorosa preparazione tecnica ed umana, sarà quindi il viatico indispensabile per il **successo** della risoluzione alternativa del contenzioso, dell'intento deflattivo e della diminuzione della congenita litigiosità.

Curriculum vitae dell'Autore

Laureato *con lode* in Giurisprudenza all'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano con la tesi in Diritto Ecclesiastico “*Libertà religiosa in età precostantiniana*”, ha perfezionato gli studi in Diritto Canonico presso la Pontificia Università Lateranense di Roma ed ha funto per anni da assistente cultore per gli insegnamenti di Diritto Ecclesiastico, Diritto Canonico e Storia dei rapporti fra Stato e Chiesa nell'età moderna presso l'Università Cattolica del S. Cuore di Milano. *Avvocato* abilitato al patrocinio davanti alla Corte di Cassazione, con specializzazione civilistica e privatistica, *Professore incaricato di Diritto Ecclesiastico* nell'Università degli Studi *E/Campus*, *mediatore civile abilitato*, è stato per otto anni *Magistrato Onorario* ed ha ricoperto incarichi amministrativi in fondazioni ecclesiastiche, enti e società private e pubbliche, tra cui quello elettivo di Sindaco della città di Saronno per due quinquenni.

⁸¹ Gianluca Ludovici, “*Una chimera chiamata mediazione: miraggi ed illusioni sulla via della riduzione del contenzioso civile*”, 2010, in www.LaPrevidenza.it