

interculturalità

---

differenze

---

diritti umani

---

studi di sociologia, antropologia, filosofia e diritto

*La collana ospita studi monografici e collettanei attinenti ai temi dell'inclusione sociale considerata in ogni suo aspetto universale, e al suo contrario, in riferimento ai diritti umani che ne costituiscono, concretamente o astrattamente, il patrimonio di riferimento.*

*Si privilegiano studi sulle differenze sociali, sulle esclusioni da e dei diritti, sui conflitti di ogni specie e genere, in ambito sociale, antropologico, filosofico e giuridico, con un occhio mirato anche alla storia, più lontana e più vicina, della conflittualità umana e alle sue origini, sviluppi e conseguenze.*

*La collana include anche studi sulla cooperazione internazionale allo sviluppo, quale strumento di promozione socio-culturale ed economico a favore di Paesi in via di sviluppo e anche come forma di assistenza alla negazione, al disconoscimento o all'attenuazione delle istanze provenienti dalla società civile, primo fra tutti il diritto alla libertà di pensiero e di espressione.*



SANTO VIOTTI

# Conflitto, controversia, mediazione

Riflessioni su

UNIVERSITÀ

tab edizioni

© 2021 Gruppo editoriale Tab s.r.l.  
viale Manzoni 24/c  
00185 Roma  
[www.tabedizioni.it](http://www.tabedizioni.it)

Prima edizione giugno 2021  
ISBN versione cartacea 978-88-9295-197-6  
ISBN versione digitale 978-88-9295-198-3

È vietata la riproduzione, anche parziale,  
con qualsiasi mezzo effettuata, compresa la  
fotocopia, senza l'autorizzazione dell'editore.  
Tutti i diritti sono riservati.

# Indice

- p. 9 Introduzione
- 13 Capitolo 1  
*I dibattiti sugli ADR*
- 1.1. Delimitazione del problema, 13
  - 1.2. Gli ADR in relazione al processo, 17
  - 1.3. Gli ADR in relazione al diritto, 24
  - 1.4. Riflessioni conclusive, 33
- 37 Capitolo 2  
*La mediazione: profili generali*
- 2.1. La gestione della mediazione civile e commerciale, 37
  - 2.2. Le situazioni giuridiche soggettive e le materie assoggettabili a mediazione civile e commerciale, 42
  - 2.3. La regolamentazione flessibile, 53
  - 2.4. La clausola generale di riservatezza, 60
  - 2.5. L'avvocato nella mediazione, 64
  - 2.6. Il regime delle spese, 74
- 83 Capitolo 3  
*La struttura della mediazione, le attività e i possibili esiti*
- 3.1. Premessa, 83
  - 3.2. La preparazione e l'introduzione, 84
  - 3.3. La negoziazione assistita, 105
  - 3.4. La conclusione e alcuni dei possibili esiti, 125

p. 141	Capitolo 4
	<i>La funzione della mediazione</i>
	4.1. Premessa, 141
	4.2. La funzione sociale e normativa della mediazione civile e commerciale, 144
	4.3. La funzione tradita, 151
163	Bibliografia

## Introduzione

A distanza di oltre dieci anni dalla entrata in vigore della legge sulla mediazione civile e commerciale è sembrato opportuno verificare quale sia stata l'applicazione degli ADR (Alternative Dispute Resolution) ossia degli strumenti alternativi delle controversie, in generale, e della mediazione civile commerciale, in particolare. In ragione della ravvisata esistenza di diverse ed evidenti criticità applicative, è parso opportuno procedere a verificare le ragioni della non piena efficacia della mediazione, con la relativa ricostruzione critica e i possibili scenari per una compiuta attuazione degli strumenti alternativi.

Dal punto di vista socio-giuridico se ne è ricavata, in molteplici casi, una applicazione, pratica e giudiziaria, distorta rispetto alle attese sociali e alla originaria funzione normativa. Con le inevitabili ripercussioni nella proliferazione dei contenziosi, quale espressione estrema dei conflitti, acuita dalla crisi economica e sanitaria degli ultimi tempi.

Le predette verifiche sono state precedute dall'analisi dei dibattiti di metodo riguardanti gli ADR e relativi alla loro utilità giuridica e sociale e al loro rapporto con il processo e il diritto. Inoltre sono state precedute dal riordino della

disciplina della mediazione civile e commerciale, non ancorata al disorganico testo legislativo contenuto nel d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, legge della mediazione civile e commerciale. In ultimo dalla riorganizzazione della procedura in ottica strutturale e funzionale.

La ricostruzione proposta, con un linguaggio che si è tentato di render meno tecnico rispetto al lavoro svolto nel 2013 e quindi maggiormente fruibile a una platea più ampia di lettori, lancia un segnale composito: positivo e negativo al contempo. Per le medesime ragioni sono stati omessi alcuni approfondimenti, strettamente tecnici e procedurali, che erano stati oggetto di attenzione nel precedente lavoro. L'oggettiva natura interdisciplinare del tema ha reso ancor più opportuno questo sforzo.

Risulta evidente che la gestione costruttiva dei conflitti, nel quale ambito rientra la mediazione, abbraccia questioni e argomenti tipici tra gli altri campi del sapere, ora di quello giuridico, ora della sociologia, ora della psicologia sociale, se non della medicina sociale e dell'antropologia.

È da accogliere con favore la risultanza emersa e secondo la quale la mediazione laddove, effettivamente, partecipata dalle parti personalmente, ha nella maggior parte dei casi esito positivo e conciliativo. Lascia perplessi, invece, la tendenza a "procedimentalizzare" un istituto di derivazione europea che è, e avrebbe voluto e dovuto esser, improntato alla "flessibilità", snellezza ed "intensità personale".

Da questo punto di vista, si tratta di un'occasione non pienamente colta.

Se appare convincente l'affermazione di principio secondo la quale il conflitto è un fenomeno ineliminabile della società che anzi è da esso caratterizzata e rinnovata; non-

dimeno la proliferazione delle controversie a seguito della mediazione inesitata concentra l'attenzione sociale su liti evitabili, con ripercussioni negative sul piano sociale e sull'apparato giudiziario.



## Capitolo 1

# I dibattiti sugli ADR

### 1.1. Delimitazione del problema

Il dibattito sugli strumenti alternativi si è concentrato sulla nozione di ADR, sulle caratteristiche degli strumenti, sugli eventuali connotati comuni e sui tratti distintivi degli uni rispetto agli altri<sup>1</sup>.

Sulla base di questa premessa si è assistito e si assiste da oltre un decennio in Italia allo sviluppo dell'idea di ADR quali strumenti, piuttosto che procedure, volti a deflazionare il contenzioso in un "sistema giustizia" in affanno. Si tratta del dibattito definito "interno" basato sul presupposto e sulla verifica della utilità sociale degli strumenti alternativi.

Gli strumenti alternativi hanno però attirato l'attenzione, in particolare, dei giuristi e dei sociologi anche sotto un diverso profilo, ossia con riguardo al se essi siano alternativi rispetto al processo, ovvero, al diritto nella risoluzione delle controversie. È questo il dibattito c.d. "esterno".

1. R. Calvo Soler, J. Ferrer Beltrain, *Gli ADR nel diritto uno sguardo giusfilosofico*, in V. Varano (a cura di), *L'altra giustizia*, Giuffrè, Milano 2007, p. 107.

Con riguardo a entrambi gli aspetti è evidente che una maggiore ampiezza e valenza degli strumenti ADR deve muovere dal presupporre una maggiore utilità sociale e una valenza complementare e integrativa rispetto alla Giustizia. Al contrario limitarne la valenza, come sta accadendo da quasi un decennio, presuppone una probabile valutazione di minore utilità sociale e una valenza alternativa rispetto alla Giustizia, al processo, e addirittura al diritto.

Si giunge, così, a una facile equazione: gli ADR vanno considerati strumenti eccezionali, potenziabili soltanto in forma eccezionale e residuale in quanto alternativi al sistema giudiziario, se non al diritto.

È, questo, un tema di non poco conto coinvolgendo, preliminarmente, riflessioni sistematiche, riferibili al concetto e al principio di giurisdizione<sup>2</sup>.

Al riguardo, non è affatto convincente, può sin da subito affermarsi, l'impostazione secondo la quale gli ADR sarebbero "alternativi" rispetto agli strumenti giurisdizionali, ossia al processo, così che gli uni escluderebbero gli altri. Se mai dovrebbe discorrersi degli ADR quali strumenti "integrativi" con il dover, poi in effetti, verificare se siano "integrativi" rispetto al processo e, più in generale, agli strumenti giurisdizionali o al diritto.

Una o altra soluzione potrebbe comportare effetti molto diversi tra loro. È evidente che il "qualificare"<sup>3</sup> gli strumenti

2. Si fa qui richiamo alla recente analisi di B.M. Bilotta, *Diritto, Conflitto e Mediazione*, in «Riv. Scienze e Ricerche», 2016, vol. 32, pp. 9 ss.

3. Si è consapevoli che "qualificare" non indica soltanto l'attribuire un significato compiuto a un dato termine; ma costituisce sotto il profilo giuridico procedimento complesso interpretativo e attributivo di una data veste giuridica, necessario e anche sufficiente a consentire la produzione di effetti riconosciuti dall'ordinamento giuridico.

come “alternativi”, può significare dubitare della esclusività della giurisdizione, con la possibile conseguenza che sia individuabile in essi una giustizia parallela o, addirittura, privata e appunto alternativa rispetto a quella granitica, garantita dalla Costituzione (art. 101 ss. Cost.). Il qualificarli “integrativi”, invece, scongiura gli effetti appena individuati che coinciderebbero con l’affermazione dell’esistenza di una giustizia privata. Ciò, tuttavia, comporta il dover verificare in che termini si possano combinare, gli strumenti, con la giurisdizione ordinaria prevista dalla nostra costituzione.

Nella scelta dell’una o dell’altra soluzione, in definitiva, la questione va collocata entro gli ambiti della “natura integrativa”.

Sotto il profilo normativo e di sistema non pare possa dubitarsi della natura integrativa, essendo ben tracciata la funzione giurisdizionale dall’art. 101 e ss. Cost. D’altra parte sembra si possa, altrettanto, affermare essendosi sopito il dibattito, che gli strumenti non limitano il principio costituzionale di tutela dei diritti (art. 24 Cost.) e con ciò l’accesso alla giustizia. Il superamento della questione di legittimità ha in effetti costituito conferma della condivisibile opinione<sup>4</sup> di chi ha affermato, ancor prima della introduzione

4. In punto G.P. Califano, *Procedura della mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, Cedam, Padova 2010, pp. 1 ss. il quale ritenendo superabile il profilo dell’eccesso di delega vista l’ampia formula dell’art. 60 della l. 18 giugno 2009, n. 69, afferma non siano ravvisabili dubbi di legittimità costituzionale, con riguardo all’art. 24 Cost. relativo come noto al diritto di accesso alla giustizia e all’art. 111 Cost. sulla garanzia di ragionevole durata del processo, non essendovi un sistema che costringe le parti a rinunciare al proprio diritto di agire in giudizio dinanzi a un organo giurisdizionale e di certo non incidendo sulla durata la previsione di una fase, pur necessaria, preliminare all’eventuale processo. E anzi, lo stesso autore non omette di considerare come per le caratteristiche proprie del nuovo istituto si può formulare una

nell'ordinamento della procedura di mediazione, che l'arbitrato – quale strumento alternativo – anche laddove rituale (art. 806 c.p.c.) non possa sostituire la funzione giurisdizionale integrandosi, invece, con essa. E ciò, in considerazione della citata previsione processuale e del meccanismo di convogliamento del giudizio arbitrale in quello ordinario, mediante l'istituto della conversione del lodo in sentenza, non diversamente comprensibile per il caso di sostituzione dell'istituto alla giurisdizione<sup>5</sup>.

Se, dunque, dal punto di vista quanto meno sistematico, ossia con riguardo alla relazione della disciplina degli strumenti alternativi con l'impianto costituzionale e processuale, la questione può relegarsi entro ambiti integrativi, occorre, tuttavia, procedere alla verifica delle caratteristiche strutturali e funzionali al contempo<sup>6</sup> delle entità poste in raffronto: strumenti ADR, da una parte, e strumenti giurisdizionali dall'altra. Basti considerare, sotto il profilo della diversità strutturale, che l'esito degli strumenti è costituito (se concluso positivamente) da un accordo tra le parti.

prognosi favorevole sul presupposto che proprio questi due principi (ex artt. 24 e 111 Cost.) la nuova disciplina vuol rendere effettivi, facilitando l'accesso a chi non ne possa fare a meno, con il conseguente miglioramento del servizio di giustizia. Non può peraltro omettersi di rilevare come, in effetti, la Corte costituzionale in più occasioni abbia affermato la legittimità degli strumenti. Viotti S., *La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, quale misura normativa a valenza strategica*, in «Giur. Merito», 2010, 1242, nt. 70.

5. P. Barile, *L'arbitrato rituale e la Costituzione*, in «Giur. Cost.», I, 1963, pp. 23 ss.

6. Senza aver l'ambizione di volerne esaminare i tratti distintivi, si è dell'idea che la verifica struttural-funzionale sia da preferire alla verifica strutturale, che comporterebbe un'analisi statica e di forma a scapito della funzione; così come sia da preferire alla verifica esclusivamente funzionale che pur essendo dinamica, non terrebbe in debito conto i connotati descrittivi.

Laddove gli strumenti giurisdizionali esitano, come noto, con un atto autoritativo “imposto”, costituito dalla sentenza, avente appunto forza impositiva, vincolante ed esecutiva nei riguardi delle parti<sup>7</sup>.

La sentenza, in altri termini, costituisce un provvedimento dotato di efficacia giuridica idonea a vincolare le parti che da essa non possono sottrarsi.

Ma integrativi, a scapito di alternativi, vuol significare che la relazione tra gli ADR e gli strumenti di giurisdizione può sostenersi essere di natura complementare. Affermazione, che va a questo punto verificata anche sotto il profilo socio-giuridico.

Dall'angolo di visuale appena prospettato la questione coinvolge riflessioni ontologiche, rivolte cioè alla essenza stessa del processo e del diritto e, appunto, socio-giuridiche in ragione degli effetti che essa riverbera sulla società.

## 1.2. Gli ADR in relazione al processo

Se occorre preferirne una, l'affermazione che gli strumenti ADR siano integrativi al “diritto” piuttosto che al “processo” appare più convincente se pur nella consapevolezza che l'adeguatezza del diritto alla risoluzione delle controversie va, altrettanto, verificata.

7. B.M. Bilotta, *Forme di giustizia tra mutamento e conflitto sociale*, Giuffrè, Milano 2008, p. 174 che nasce dall'interrogativo: «può la decisione giudiziaria, che ripropone al suo interno, necessariamente, un contenuto normativo che è l'espressione diretta, spesso visibile, della diversità del peso socio-economico-politico con cui le diversi componenti del popolo italiano hanno contribuito a produrla [...] effettivamente dirsi pronunciata in nome del popolo italiano?».