

Consiglio Nazionale del Notariato

Studio n. 3/2024M

Il primo incontro di mediazione e l'obbligo di cooperare in buona fede e lealmente

di Mario Buzio

(Approvato dalla Commissione Mediazione il 15 aprile 2025)

Abstract

Lo studio analizza le peculiarità del primo incontro di mediazione e dell'obbligo di cooperare in buona fede e lealmente, alla luce della recente "riforma Cartabia" (D. Lgs. 10/10/2022 n. 149 e D.M. 24/10/2023 n. 150).

Ripercorre dapprima l'evoluzione normativa e le diverse interpretazioni giurisprudenziali relative al primo incontro, evidenziando come la riforma abbia inteso superare la concezione di un mero "rituale informativo" per affermare la necessità di un'attività di mediazione "effettiva" fin dall'inizio.

Vengono poi esaminati gli aspetti cruciali del primo incontro, tra cui la convocazione, lo svolgimento (con una durata minima di due ore), la partecipazione personale delle parti (limitando la delega a casi giustificati e richiedendo ai rappresentanti piena conoscenza dei fatti e poteri decisionali), e l'obbligo di cooperare in buona fede e lealmente sia per le parti che per i loro avvocati.

Lo studio si sofferma anche sul ruolo delle interazioni ripetute che si svolgono nel procedimento di mediazione e delle tecniche di mediazione nel facilitare il raggiungimento di un accordo e in particolare esamina la mediazione secondo la teoria dei giochi.

In sintesi lo studio sottolinea come la riforma Cartabia miri a valorizzare il primo incontro di mediazione come un momento sostanziale di confronto e possibile risoluzione della controversia, promuovendo una giustizia consensuale e la ricostruzione delle relazioni tra le parti

Sommario: 1. La peculiarità del primo incontro di mediazione. 2. La normativa succedutesi nel tempo e le interpretazioni giurisprudenziali. 3. La "riforma Cartabia": la convocazione del primo incontro. 4. Lo svolgimento del primo incontro. 5. La partecipazione personale. 6. L'obbligo di cooperare in buona fede e lealmente delle parti e degli avvocati. 7. La mediazione e la teoria dei giochi. 8. Le tecniche di mediazione.

1. La peculiarità del primo incontro di mediazione.

Quando i soggetti di un rapporto giuridico abbiano opinioni diverse sulla regola di diritto da applicare al loro rapporto (ad esempio: Tizio ritiene di avere diritto di passo sul fondo di Caio, mentre Caio lo nega) ovvero abbiano opinioni diverse sulle regole di condotta concrete da inserire nel contratto risolutivo della controversia¹ (ad esempio: relativamente a una transazione sul risarcimento danno, Tizio ritiene di aver diritto a una certa somma di danaro, mentre Caio intende liquidare una somma di denaro minore oppure relativamente a una divisione ereditaria, Tizio vuole vedersi assegnati certi beni, mentre Caio intende assegnargliene altri), talvolta risolvono queste divergenze amichevolmente, rinunciando tutti a qualcosa per far posto all'altro e venendosi incontro per amor di pace e mantenere la concordia nella loro relazione; altre volte, invece, cercano di imporre il proprio punto di vista e le proprie pretese a tutti i costi, spesso anche in modi sleali e scorretti, mettendo gli altri davanti al fatto compiuto, ricorrendo a pressioni e ricatti². Così facendo, però, a poco a poco viene meno la fiducia reciproca, gli altri vengono visti come i nemici da distruggere e inizia una vera e propria battaglia, nella quale s'interrompe ogni forma di dialogo e tutti, vedendo la situazione sfuggire dal loro controllo, si trincerano in una posizione estrema da difendere tenacemente. La divergenza di opinioni è ormai degenerata in una lite, anzi in una controversia giuridica, che sembra potersi risolvere soltanto ricorrendo all'Autorità Giudiziaria.

In numerose materie, però, prima di poter adire l'autorità giudiziaria, le parti debbono tentare di raggiungere un accordo che risolva il loro conflitto con l'aiuto di un mediatore, attraverso un procedimento di mediazione amministrato da un organismo di conciliazione, perché questo tentativo è condizione di procedibilità della domanda giudiziale³.

La legge, infatti, promuove la mediazione come pratica di risoluzione delle controversie alternativa, logicamente e cronologicamente precedente al ricorso all'Autorità giudiziaria⁴, per la diffusione nella società civile di modalità collaborative e non avversariali nella soluzione delle liti, modalità che assicurano la coesione sociale⁵, perché oltre che a risolvere la controversia spesso recuperano anche la relazione personale fra le parti, anzi molto spesso risolvono la controversia proprio perché prima sono riuscite a ristabilire fra le parti una relazione personale amichevole di fiducia, che gli consente di dialogare e di collaborare insieme serenamente per trovare la soluzione ai loro problemi.

Nel procedimento di mediazione il mediatore, privo del potere di rendere giudizi e decisioni vincolanti, svolge un'attività facilitativa⁶ ossia non stabilisce e non impone alle parti quella che secondo lui è la giusta soluzione del conflitto, ma si limita ad aiutarle a trovare quell'accordo che non riescono a trovare senza il suo aiuto. In altre parole il mediatore sostiene le parti nelle trattative volte a stabilire il tipo e il contenuto dell'accordo di conciliazione e, per fare questo, le coinvolge in un dialogo che affronta tutti gli aspetti del loro conflitto: i bisogni e gli interessi coinvolti, i risvolti giuridici della controversia e la sostenibilità delle rispettive pretese.

Nella mediazione si svolge, quindi, un'attività di natura precontrattuale che consiste in una serie di continue interazioni fra le parti che, dialogando fra loro con l'aiuto del mediatore, si confrontano per

¹ Cfr. F.P. Luiso, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, in *Diritto Processuale Civile V*, Milano, 2013, pag. 3 e 4, il quale definisce controversia giuridica quella che si verifica quando la diversità di opinioni in ordine ad una determinata regola di diritto riguarda proprio i soggetti destinatari di tale regola e insegna che per risolvere questa controversia occorre un atto che individui in modo vincolante quali siano le regole di condotta concrete che si sostituiscono alle norme generali e astratte in discussione.

² Cfr. A. Schopenhauer, *L'arte di ottenere ragione*, Milano, 1992, pag. 15 e 17, il quale nota che, se fossimo nel nostro fondo leali, in ogni discussione cercheremmo solo di portare alla luce la verità, senza affatto preoccuparci se questa risulta conforme all'opinione presentata in precedenza da noi o a quella dell'altro, mentre per la cattiveria del genere umano spesso chi disputa non lotta per la verità, ma per imporre la propria tesi con mezzi leciti e illeciti.

³ Cfr. F. Valenza, *La mediazione preventiva obbligatoria ex lege*, in *Diritto della mediazione civile e commerciale*, 2024, pag. 39.

⁴ Cfr. F.P. Luiso, *Il sistema dei mezzi negoziali per la risoluzione delle controversie civili*, pag. 1 e 2.

⁵ Cfr. M. Marinaro, *La mediazione nel rinnovato quadro normativo*, in *Diritto della mediazione civile e commerciale*, Milano, 2024 pag. 10. M. Buzio, *Le ragioni della mediazione*, in *Manuale della mediazione civile e commerciale*, Napoli, 2012, pag. 624.

⁶ Cfr. art. 1 lettera b) del D. Lgs. 28 del 4 marzo 2010. Si veda anche F.P. Luiso, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, citato, pag. 26.

trovare la soluzione al loro conflitto e consentire agli avvocati che le assistono, di redigere un contratto di natura transattiva frutto della loro autonomia negoziale⁷.

Molto spesso, per trovare la soluzione, non sarà sufficiente un solo incontro e così il procedimento di mediazione verrà ad articolarsi in una serie di incontri che si succedono nel tempo. Tutto il procedimento e i vari incontri in cui si può articolare, si svolgono senza formalità⁸ e con modalità per lo più rimesse alla volontà delle parti e del mediatore; è un procedimento molto flessibile e del tutto diverso dal processo che si svolge davanti al Giudice Ordinario.

Anche se l'attività di mediazione è sempre la stessa in tutto il procedimento, il primo incontro di mediazione ha da sempre avuto un'importanza speciale rispetto a tutti gli eventuali successivi incontri, in quanto è sufficiente partecipare al solo primo incontro di mediazione senza aver raggiunto un accordo di conciliazione perché si consideri avverata la condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Il rischio è che le parti e i loro avvocati intendano questo primo incontro di mediazione come una sgradita formalità imposta dalla legge, da assolvere contro voglia, il prima possibile per poter accedere alla tutela giurisdizionale. Il primo incontro, quindi, è un momento critico della procedura di mediazione, perché in questo incontro si decide se la mediazione prende avvio oppure fallisce. È, inoltre, un momento difficile e delicato perché molto spesso l'atmosfera è tesa e gelida; perché è la prima volta che le parti si trovano di fronte dopo aver interrotto ogni dialogo fra loro a causa dell'insorta controversia; perché ogni parte e il suo avvocato possono essere diffidenti verso la controparte e scettici verso l'utilità dell'attività del mediatore.

Nel primo incontro di mediazione, allora, il compito del mediatore è quello di coinvolgere subito le parti in un dialogo che si dimostri utile e promettente per la soluzione della lite, in modo che la mediazione possa decollare verso i successivi incontri e l'accordo di conciliazione. Per far questo, deve essere abile nel conquistarsi la fiducia delle parti e dei loro avvocati, creando un'atmosfera calma e serena; deve cercare di riattivare il dialogo che si era spento o inacidito, curando che tutti partecipino a un confronto costruttivo su tutti i punti controversi della questione, facendo vedere come si possa facilmente trovare un accordo se solo si comincia ad ascoltarsi con attenzione e a dialogare in modo leale e in buona fede. Se vi riesce e le parti decidono di andare oltre il primo incontro, la mediazione prende avvio e s'incammina con molta probabilità, come indicano le statistiche, verso la conciliazione della lite.

Nella pratica, al primo incontro, il mediatore dispone le persone intorno al tavolo della mediazione, controlla che siano presenti non soltanto i titolari dei rapporti giuridici controversi, ma anche i reali decisori e può chiedere ai procuratori delle persone assenti di dichiarare i propri poteri di rappresentanza. Quindi, dopo essersi presentato e aver fatto presente di essere neutrale, imparziale e non coinvolto nella controversia, tiene un discorso introduttivo con il quale spiega le modalità di svolgimento della mediazione e i suoi vantaggi anche fiscali, sottolinea l'obbligo della riservatezza e inizia l'attività di mediazione vera e propria, dando la parola prima alla parte che ha presentato la domanda di mediazione e poi alla parte chiamata, in modo che a turno possano spiegare i motivi della lite e le rispettive pretese.

⁷ Scopo dell'attività di mediazione è, infatti, l'accordo di conciliazione che compone la controversia. Questo contratto, manifestando capacità contributiva, dovrà essere registrato a cura delle parti e, se del caso, autenticato da un notaio per poterlo trascrivere. L'attività di mediazione svolta nel procedimento di mediazione è, invece, documentata dal mediatore che forma i processi verbali dei vari incontri: in corso di mediazione i processi verbali attesteranno i vari rinvii, mentre al termine della mediazione nel caso venga raggiunto l'accordo, il verbale del mediatore servirà per attestare che l'accordo è stato raggiunto in mediazione e avrà diritto alle agevolazioni fiscali previste dalla legge; nel caso che non venga raggiunto l'accordo, il verbale servirà per dar prova al Giudice, nel successivo giudizio, dello svolgimento del tentativo di mediazione e dell'avveramento della condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Per approfondimenti sul verbale e sull'accordo di conciliazione si veda P. Forti, *Il verbale e l'accordo in mediazione*, in *Diritto della mediazione Civile e Commerciale*, cit. pag. 265.

⁸ Cfr. articolo 8 comma 3 del D. Lgs. 28 del 4 marzo 2010. Sulle forme del procedimento di mediazione si veda M. Saraceno, *La disciplina applicabile e la forma degli atti*, in *Diritto della mediazione civile e commerciale*, cit. pag. 125.

2. La normativa succedutesi nel tempo e le diverse interpretazioni giurisprudenziali.

Il primo incontro di mediazione è stato disciplinato in modo diverso dalle diverse leggi che si sono succedute nel tempo.

Il D. Lgs. 28/2010, che introduceva nell'ordinamento giuridico il tentativo di mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, nel suo testo originario non disciplinava il primo incontro di mediazione in modo diverso da quelli successivi. Si limitava a stabilire che il procedimento di mediazione si svolgesse senza formalità, lasciando libere le parti e il mediatore di decidere le modalità con cui svolgere gli incontri; la partecipazione degli avvocati non era obbligatoria; le parti dovevano corrispondere le spese di avvio e l'indennità per la mediazione all'inizio del procedimento; la condizione di procedibilità era soddisfatta, fra l'altro, se le parti non raggiungevano un accordo al primo incontro e decidevano di non proseguire nella mediazione.

La mediazione obbligatoria venne dichiarata incostituzionale, per eccesso di delega, dalla sentenza 6/12/2012 n. 272 della Corte Costituzionale, in quanto la legge delega 18/06/2009 n. 69 non la prevedeva.

Il D.L. 21/06/2013 n. 69, convertito con L. 09/08/2013 n. 98, introdusse nuovamente la mediazione obbligatoria nell'ordinamento giuridico, ma modificandone la normativa per rendere la condizione di procedibilità compatibile con l'art. 24 comma 1 della Costituzione, che garantisce a tutti di poter agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. Così venne stabilito: che nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso fosse dovuto per l'organismo di mediazione e che nel primo incontro il mediatore, dopo aver chiarito alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, le invitasse a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procedesse con lo svolgimento della mediazione.

In questo modo l'attività da compiere per soddisfare la condizione di procedibilità e poter accedere alla tutela giurisdizionale, diventava anche economicamente poco gravosa per le parti, che dovevano pagare soltanto le spese sostenute dall'organismo per dare avvio al procedimento⁹ e potevano decidere di non dare avvio alla mediazione subito dopo il breve discorso informativo iniziale del mediatore. La gratuità del primo incontro, poi, veniva giustificata, perché al mediatore veniva richiesta soltanto una breve attività informativa, mentre avrebbe dovuto effettuare la mediazione vera e propria solo se le parti davano avvio alla mediazione e s'impegnavano a pagare il compenso al mediatore e all'organismo di conciliazione. Il D.L. 21/06/2013 n. 69 stabilì, infine, che in caso di mediazione obbligatoria, al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti dovevano partecipare con l'assistenza dell'avvocato.

Il primo incontro di mediazione veniva, così, ad essere disciplinato in modo diverso da quelli successivi e l'inizio del procedimento di mediazione diventava un poco più macchinoso.

Dopo il D.L. 21/06/2013 n. 69, però, sono sorte, anche in giurisprudenza, interpretazioni contrastanti del dettato legislativo. La giurisprudenza più avvertita, infatti, per poter ritenere verificata la condizione di procedibilità richiedeva, comunque, alle parti di svolgere un primo incontro di mediazione effettiva e non un mero rituale informativo.

Sulla questione si pronunciava la Corte di Cassazione Civile¹⁰, affermando che non si poteva pretendere che le parti s'impegnassero in una discussione alternativa rispetto al giudizio e che, quindi, "la condizione di procedibilità potesse ritenersi realizzata al termine del primo incontro davanti al mediatore, qualora una o entrambe le parti, richieste dal mediatore dopo essere state adeguatamente informate sulla mediazione, comunicino la propria indisponibilità di procedere oltre". Anzi La

⁹ Cfr. sentenza Consiglio di Stato 27 ottobre – 17 novembre 2015 n. 5230, la quale, premesso che una volta superato il vizio di eccesso di delega che aveva indotto l'intervento cassatorio della Corte costituzionale non era dato rinvenire manifesti e significativi profili di violazione dell'art. 24 Costituzione, riteneva che le parti fossero tenute al pagamento delle spese di avvio del procedimento essendo estranee alla nozione di "compenso" intesa quale corrispettivo del servizio prestato.

¹⁰ Cfr. Cassazione Civile 27 marzo 2019 n. 8473; Cassazione Civile 9 maggio 2019 n. 18068; Cassazione Civile 26/04/2022 n. 13029.

Suprema Corte puntualizzava che “se anche il convenuto compare ed è l’attore che dichiara di non intendere impegnarsi nella mediazione, deve ritenersi che la mediazione sia stata esperita”. Secondo la Corte di Cassazione, quindi, la mediazione effettiva, per la quale le parti erano tenute a pagare il compenso all’Organismo di Conciliazione, poteva iniziare soltanto se le parti, dopo le informazioni date dal mediatore sulla funzione e sulle modalità di svolgimento della mediazione, dichiaravano di voler dare avvio alla mediazione.

L’interpretazione offerta dalla Corte di Cassazione si basava soprattutto su argomenti letterali e sistematici: l’art. 8 del modificato D. Lgs. 28/2010 suddivideva il procedimento di mediazione in un primo incontro informativo e in successivi incontri di mediazione effettiva; la condizione di procedibilità, poi, non poteva richiedere un’attività tale da rendere troppo complesso e dilazionato l’accesso alla giurisdizione.

Anche dopo l’intervento della Corte di Cassazione la giurisprudenza di merito ha continuato, però, a pretendere che fosse svolto dalle parti un primo incontro di mediazione effettiva per ritenere assolta la condizione di procedibilità, non essendo sufficiente fermarsi alla sola prima fase informativa¹¹. Alcune Corti, inoltre, ritenevano addirittura che, nel caso di mediazione demandata dal giudice, per ottemperare alla condizione di procedibilità le parti dovessero esperire un procedimento di mediazione effettiva che andasse oltre al primo incontro¹². Le Corti di merito evidenziavano che la legge non poteva aver limitato il tentativo di mediazione necessario per soddisfare la condizione di procedibilità, a una mera comparizione delle parti davanti al mediatore per ricevere di nuovo quell’informazione sulla mediazione che gli era già stata data dal loro avvocato in ottemperanza all’art. 4 del D. Lgs. 28/2010. Il tentativo di mediazione non poteva ridursi a un vuoto e inutile rituale e a supporto di questa tesi invocavano: il tenore letterale dell’art. 5 del D. Lgs. 28/2010, il quale, stabilendo che “la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l’accordo”, richiedeva che il primo incontro andasse oltre la fase informativa e affrontasse la controversia nel merito per approdare a un accordo o a un mancato accordo; il tenore letterale dell’art. 8 del D. Lgs. 28/2010, che stabiliva che il mediatore invitasse “le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione” e non sulla volontà di darle avvio ossia faceva riferimento all’assenza di circostanze oggettive che impedivano la mediazione, quali, ad esempio, diritti indisponibili o mancanza di legittimazione; diversamente la mediazione non sarebbe più stata obbligatoria, ma facoltativa. Pertanto, secondo molte Corti di merito il primo incontro di mediazione si articolava in due momenti, il primo informativo e il secondo di mediazione effettiva e per quest’incontro, se le parti non proseguivano nella mediazione, nessun compenso era dovuto al mediatore e all’organismo di mediazione.

Durante questo dibattito giurisprudenziale, negli organismi di mediazione più sensibili alle esigenze della mediazione non si sono quasi mai svolti dei primi incontri di mediazione meramente informativi. Di fatto i mediatori più convinti dell’utilità sociale della mediazione, sono quasi sempre andati oltre la prefazione informativa, ben sapendo che il solo discorso introduttivo, per quanto ben esposto, difficilmente avrebbe convinto le parti e gli avvocati “a entrare” in mediazione e che era più efficace riattivare comunque un dialogo che affrontasse le questioni controverse, per dar loro modo di verificare in concreto come sia proficuo ascoltare la contro parte e vedersi ascoltati da quella per trovare la soluzione al loro problema. E ciò nella consapevolezza che non sarebbe stato loro corrisposto alcun compenso in caso di mancato accordo al primo incontro.

D’altra parte, anche le parti e gli avvocati meno propensi alla mediazione sono stati spinti da queste pronunce ad affrontare il merito della controversia durante il primo incontro, sapendo il giudice di merito non avrebbe accettato un verbale di mero mancato avvio della mediazione per ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità.

¹¹ Cfr. Tribunale Firenze 17/03/2014; Tribunale di Pavia 26/09/2016; Corte d’Appello di Milano 10/05/2017; Tribunale Firenze 08/05/2019; Tribunale Bologna n. 1833 del 28/07/2021.

¹² Cfr. Tribunale di Roma 26/05/2016; Tribunale di Pavia 20/01/2017; Tribunale Monza 18/04/2018.

Il D. Lgs. 10/10/2022 n. 149 (cosiddetta *riforma Cartabia*) e il successivo D.M. 24/10/2023 n. 150 hanno preso posizione su questo dibattito, revisionando la disciplina della mediazione che adesso prevede, come subito si vedrà, un incontro effettivo tra le persone fin dall'inizio del procedimento e non più un vuoto rituale a cui sottomettersi per poter avere accesso alla tutela giurisdizionale. La condizione di procedibilità è verificata, come prima, se anche al primo incontro le parti non raggiungano l'accordo di conciliazione, ma nel primo incontro deve essere svolta un'attività di mediazione effettiva, un effettivo confronto sulle questioni controverse, al quale le parti e i rispettivi avvocati devono partecipare in buona fede, con lealtà e reciproco rispetto¹³.

3. La “riforma Cartabia: la convocazione del primo incontro.

Con il D. Lgs. 10/10/2022 n. 149 (cosiddetta riforma Cartabia) il legislatore ha posto un altro tassello alla coraggiosa rivoluzione culturale che vede la mediazione come uno strumento complementare alla giurisdizione per la composizione delle controversie, anzi come uno strumento privilegiato, perché realizza una giustizia consensuale ossia prodotta dall'autonomia responsabile delle parti “orientata alla coesione e alla ricucitura delle relazioni umane prim'ancora di quelle civili e commerciali”; uno strumento non più ancillare e deflattivo, ma con “una caratura assiologica tale da imporre una sua lettura nel sistema dei valori costituzionalmente protetti” quale diritto della persona.¹⁴

In questo contesto valoriale il D. Lgs. 10/10/2022 n. 149 e il successivo D.M. 24/10/2023 n. 150, senza scardinare il precedente impianto normativo, hanno, come si è sopra detto, chiarito in modo definitivo che il primo incontro di mediazione è un incontro di mediazione effettiva, nel quale le parti presenti personalmente, con l'assistenza dei propri avvocati e l'aiuto del mediatore, collaborano per trovare un accordo che ponga fine alla loro controversia e salvaguardi la loro relazione personale.

La scelta per una mediazione effettiva fin dall'inizio del procedimento trapela un po' da tutte le modifiche introdotte: da quelle relative alle modalità di convocazione e di svolgimento del primo incontro e da quelle relative agli obblighi che le parti e i loro avvocati debbono rispettare per partecipare a quest'incontro e a quelli successivi.

Relativamente alle modifiche che riguardano le modalità di convocazione del primo incontro, l'articolo 8 comma 1 del modificato D. Lgs. 28/2010:

- ha stabilito che il responsabile dell'organismo di mediazione fissi il primo incontro dopo venti giorni e non oltre quaranta giorni dal deposito della domanda¹⁵; in tal modo vengono posti limiti temporali che, senza dilazionare troppo l'incontro, consentono alla parte chiamata di potersi preparare in modo adeguato all'incontro;

- ha affidato all'organismo di mediazione il compito di comunicare l'invito alla mediazione a tutte le parti con ogni mezzo idoneo ad assicurare la ricezione¹⁶;

¹³ Cfr. M. Marinaro, *La mediazione nel rinnovato quadro normativo*, in *Diritto della mediazione Civile e Commerciale*, a cura di M. Marinaro, Milano, 204, pag. 8.

¹⁴ Cfr. M. Marinaro, *La mediazione nel rinnovato quadro normativo*, citato, pagg. 4 e seg. M. Marinaro, *Il nuovo regolamento ministeriale: il primo incontro riformato*, in *Diritto della mediazione Civile e Commerciale*, citato, pag. 16 e seg. Per approfondire come la mediazione attui un rovesciamento del modello sfiduciario di pensare il diritto, si veda T. Greco, *La legge della fiducia*, Bari Roma, 2021; L. Breggia, *Ripensare le fondamenta del diritto a partire dalla fiducia*, in *Questione Giustizia*, 11 marzo 2023; L. Breggia, *Recensione a Tommaso Greco, La legge della fiducia*, in *Giustizia consensuale*, 2, 2022, pag. 676. Per approfondire come la mediazione realizzi una giustizia consensuale, che opera un bilanciamento con la giustizia processuale dei Tribunali, si veda P. Lucarelli, *Mediazione dei conflitti: una spinta generosa verso il cambiamento*, in *Giustizia consensuale*, 1, 2021, pag. 29.

¹⁵ Sulla domanda di mediazione si veda M. Saraceno, *L'accesso alla mediazione*, in *Diritto della mediazione Civile e Commerciale*, cit. pag. 169.

¹⁶ In precedenza l'articolo 8 del D. Lgs. 28/2010 prevedeva che “all'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre quindici giorni dal deposito della domanda. La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante.”

- ha precisato che l'organismo di mediazione deve comunicare la domanda di mediazione, la designazione del mediatore, la sede, la data e l'orario del primo incontro, le modalità di svolgimento della procedura e ogni altra informazione utile.

Il legislatore, quindi, ha posto una normativa precisa e dettagliata, che assicura una corretta fissazione e comunicazione del primo incontro di mediazione in modo che si possa concretamente svolgere.

Inoltre, l'articolo 8 prevede che le parti possono concordemente convenire termini diversi per fissare il primo incontro (ai quali il responsabile dell'organismo di mediazione dovrà attenersi) e il successivo D.M. 24/10/2023 n. 150, all'articolo 22 comma 1, lettere a), b), c) e d), che stabilisce le indicazioni che deve contenere il regolamento di procedura adottato dall'organismo di conciliazione, attribuisce alle parti un'ampia libertà di modellare il procedimento di mediazione secondo le loro esigenze e così le parti potranno: derogare al luogo di svolgimento della mediazione previsto nel regolamento; chiedere che la mediazione sia svolta in modalità telematica o che, comunque, uno o più incontri siano svolti da remoto; scegliere concordemente un mediatore fra quelli inseriti nell'elenco dell'organismo. E favorendo l'autoregolamentazione della procedura di mediazione, il legislatore ha invogliato le parti a prendervi parte in modo effettivo.

4. Lo svolgimento del primo incontro.

Relativamente alle modifiche che riguardano le modalità di svolgimento del primo incontro, l'articolo 8 del modificato D. Lgs. 28/2010 non chiede più al mediatore di invitare le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, quindi, non attribuisce più agli stessi la facoltà di decidere se dare avvio o meno al procedimento di mediazione. L'attività di mediazione inizia, pertanto, subito dopo le informazioni sulla mediazione date dal mediatore nel suo discorso introduttivo, e prosegue poi senza soluzione di continuità. Il comma 6 dell'articolo 8 descrivere quasi plasticamente il succedersi delle fasi del primo incontro: il mediatore espone la funzione e la modalità di svolgimento della mediazione e poi si adopera affinché venga raggiunto un accordo amichevole, mentre le parti e gli avvocati cooperano con lealtà e buona fede: non è più prevista la possibilità di decidere se dare avvio o no alla mediazione, la mediazione prende subito avvio.

E poiché nel primo incontro il mediatore non si limita più a tenere un breve discorso informativo, ma svolge un'attività di mediazione vera e propria per un tempo, come appresso si vedrà, non inferiore a due ore, l'articolo 17 comma 3 del modificato D. Lgs. 28/2010 stabilisce che ciascuna parte corrisponda subito all'organismo di mediazione oltre alle spese documentate, un importo a titolo di indennità, comprendente le spese di avvio e le spese di mediazione per lo svolgimento del primo incontro. Quando la mediazione si conclude con un mancato accordo al primo incontro, le parti non sono tenute a corrispondere importi ulteriori e la condizione di procedibilità deve ritenersi assolta. Se, invece, le parti continuano nell'attività di mediazione, saranno dovute le ulteriori indennità¹⁷ secondo quanto indicato nel regolamento dell'organismo di mediazione. Il primo incontro di mediazione, quindi, non è più gratuito, ma richiede che al momento della presentazione della domanda di mediazione o al momento dell'adesione venga corrisposta una specifica indennità. Questo oltre che a motivare i mediatori nella loro attività, spingerà anche le parti a partecipare con più impegno alla mediazione per profittare della spesa sostenuta.

Il D.M. n. 150 del 24 ottobre 2023, all'articolo 22 comma 1 lettera n) ha previsto, poi, che nei regolamenti degli Organismi di Mediazione venga indicata la disponibilità di tempo non inferiore a due ore per lo svolgimento del primo incontro di mediazione. La norma, quindi, stabilisce da una parte che il primo incontro di mediazione abbia una durata di tempo precisa e dall'altra che questa

¹⁷ Maggiorate in caso di successo della mediazione o ridotte nell'ipotesi in cui la mediazione è obbligatoria o demandata dal giudice, ai sensi dell'articolo 17 commi 3 e 4 del riformato D. Lgs. 28/2010. Sull'indennità di mediazione si veda A. Lomonaco, *L'indennità di mediazione*, in *Diritto della mediazione Civile e Commerciale*, cit. pag. 205.

durata non sia inferiore a due ore; così da una parte assicura che il primo incontro di mediazione abbia una durata minima idonea a consentire al mediatore e alle parti di confrontarsi sulle questioni controverse; dall'altra impedisce modalità scorrette e dilatorie, che mirano a prolungare oltremodo il primo incontro, in maniera tale da raggiungere l'accordo su tutte le questioni controverse, senza però formalizzare l'accordo in mediazione, per non essere costrette a pagare le ulteriori indennità¹⁸.

Pertanto, dopo il primo incontro, di almeno due ore di durata, le parti potranno certamente decidere di continuare nella mediazione o rinviando a un successivo incontro o proseguendo nello stesso giorno secondo le condizioni indicate nel regolamento dell'organismo di mediazione, ma, dando vita a un nuovo incontro e proseguendo nella procedura di mediazione, dovranno essere corrisposte all'organismo di conciliazione le ulteriori indennità.

In pratica, adesso, il mediatore dopo il discorso introduttivo (nel quale garantisce di essere imparziale, espone la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione e ricorda alle parti e agli avvocati l'obbligo di cooperare in buona fede e lealmente introdotto dall'articolo 8 comma 5 del riformato D. Lgs. 28/2010), comincia subito ad adoperarsi affinché le parti raggiungano un accordo di conciliazione attraverso tecniche volte a riattivare il dialogo e l'ascolto dell'altro, in modo che tutti siano in grado non solo di far valere i propri interessi e soddisfare i propri bisogni, ma anche di capire quelli degli altri e di tenerne conto.

Al termine di questo primo incontro che potrà durare, se le parti lo vogliono, almeno due ore:

a) se l'accordo è stato raggiunto, le parti, assistite dai rispettivi avvocati redigono l'accordo di conciliazione che il mediatore allega al proprio verbale per depositarlo presso la segreteria dell'organismo di conciliazione;

b) se l'accordo non è stato ancora raggiunto, le parti potranno:

- manifestare la volontà di continuare nella mediazione rinviando a un successivo incontro o proseguendo nella stessa giornata e il mediatore ne darà atto nel proprio verbale;
- abbandonare la mediazione e proseguire la lite affrontandosi nelle aule dei Tribunali; a tal fine il mediatore redigerà un verbale di mancato accordo da esibire al Giudice per dar prova che è stato esperito tentativo di mediazione e soddisfatta la condizione di procedibilità.

Il mediatore, inoltre, qualora la mediazione sia obbligatoria per legge o demandata dal giudice, dovrà svolgere un'attività di mediazione effettiva con la parte istante anche nel caso di mancata partecipazione della parte invitata¹⁹. Durante questo incontro il mediatore dovrà attivarsi per dialogare ovviamente con la sola parte istante, sul conflitto che l'ha portata in mediazione, ragionando sulle sue pretese, sulla loro fondatezza, sui bisogni e gli interessi che vi stanno dietro, in modo renderla più cosciente e informata; di tutto questo, poi, darà atto nel suo verbale per provare al Giudice che la condizione di procedibilità è stata assolta.

5. La partecipazione personale.

Relativamente alle modifiche che riguardano gli obblighi che le parti e i loro avvocati debbono rispettare fino dal primo incontro di mediazione, il riformato articolo 8 ai commi 4 e 6 stabilisce:

- che le parti partecipano personalmente alla procedura di mediazione;

¹⁸ Cfr. S. Dalla Bontà, Il primo incontro di mediazione, in D. Dalfino, La nuova giustizia complementare, Lavis, 2004, pag. 242.

¹⁹ Cfr. D.M. n. 150/2023 articolo 22 comma 1 lettera q). La norma richiama la circolare del Ministero della Giustizia del 4 aprile 2011 e la lettera d) dell'articolo 7 del Decreto 18 ottobre 2010 n. 180, per i quali, in caso di mancata partecipazione della parte invitata, per provare al Giudice di aver soddisfatto la condizione di procedibilità, non bastava la dichiarazione della segreteria dell'organismo di mediazione attestante che il procedimento di mediazione era concluso, ma occorreva che il mediatore svolgesse un incontro con la parte istante per "ragionare sul ridimensionamento o sulla variazione della sua pretesa".

- che la delega a un rappresentante è possibile solo in presenza di giustificati motivi;
- che i rappresentanti volontari e i rappresentanti di soggetti diversi dalle persone fisiche, devono essere a conoscenza dei fatti e muniti dei poteri necessari alla composizione della controversia;
- che, ove necessario, il mediatore chiede alle parti di dichiarare i poteri di rappresentanza e ne dà atto a verbale;
- che le parti e gli avvocati che le assistono cooperano in buona fede e lealmente al fine di realizzare un effettivo confronto sulle questioni controverse.

Il questo modo il D. Lgs. 10/10/2022 n. 149 chiarisce “definitivamente che la mediazione costituisce un modello collaborativo” “incentrato sull’incontro tra le parti personalmente presenti”²⁰ e fa intendere in modo evidente che il primo incontro è un incontro di mediazione effettiva, dove deve realizzarsi un effettivo confronto sulle questioni controverse.

Riguardo alla partecipazione personale alla mediazione e alla possibilità di delegare un rappresentante, occorre preliminarmente osservare:

- che erano sorti problemi soltanto in relazione alla rappresentanza volontaria, essendo stato sempre ovviamente chiaro che i minori di età, le persone totalmente o parzialmente incapaci e gli enti potevano partecipare alla mediazione soltanto mediante la presenza personale di coloro che ne esercitavano la rappresentanza legale o la rappresentanza organica e il problema poteva nascere soltanto se questi soggetti delegavano un terzo per partecipare alla mediazione;
- che i problemi erano nati non in relazione all’eventuale accordo di conciliazione, contratto per il quale la rappresentanza era ed è sicuramente ammissibile secondo le regole generali previste dall’articolo 1387 e seguenti del Codice Civile, ma in relazione all’attività precedente, che si svolgeva durante il procedimento di mediazione e che sembrava incompatibile con l’istituto della rappresentanza volontaria.

Nulla disponendo il testo originario del D. Lgs. 28/2010²¹, le numerose pronunce della giurisprudenza erano state contrastanti²²: alcune ritenevano indispensabile la presenza personale delle parti, perché la mediazione mirava a ristabilire il dialogo fra le parti e soltanto il contatto diretto consentiva al mediatore di percepire le loro emozioni, i loro bisogni e i loro interessi²³; altre consentivano la delega, secondo i principi generali, vertendo la mediazione su diritti disponibili e situazioni di natura patrimoniale²⁴. La questione si complicava poi perché s’intrecciava con quelle relative alla possibilità di farsi sostituire dal proprio avvocato e al tipo di procura necessario. Alcune pronunce escludevano la possibilità di delegare il proprio avvocato, perché il D. Lgs. 28/2010 prevedeva la necessaria presenza di due categorie di soggetti, le parti e gli avvocati che le assistono, e perché le informazioni sulla mediazione date dal mediatore presupponevano la presenza della parte, essendo del tutto inutili se date all’avvocato. Altre consentivano la delega al proprio avvocato, applicando analogicamente l’articolo 83 c.p.c., che consente alla parte di stare in giudizio facendosi rappresentare da un difensore. In tal caso, si discuteva se la delega richiedesse una procura sostanziale a transigere o fosse sufficiente la procura alle liti.

²⁰ Cfr. M. Marinaro, *Il nuovo regolamento ministeriale: il primo incontro riformato*, cit., pag. 18.

²¹ Soltanto l’articolo 7 comma 2 lettera a) di D.M. 180/2010 attribuiva all’organismo di mediazione la facoltà di prevedere nel proprio regolamento che il mediatore dovesse in ogni caso convocare personalmente le parti, rimettendo così la decisione di pretendere la comparizione personale delle parti all’organismo di mediazione.

²² Per un’attenta e approfondita disamina sugli orientamenti giurisprudenziali prima della riforma Cartabia si veda: M. Leo, *La rappresentanza delle parti in mediazione*, in *Diritto civile e commerciale della mediazione*, Milano, 2024, pag. 212 e seg.; P. Forti, *La rappresentanza in mediazione*, in CNN 2025.

²³ Cfr. Tribunale Firenze ordinanza 26/11/2014; Tribunale Roma ordinanza 14/12/2015; Tribunale Roma sentenza 17/12/2015; Tribunale Ferrara sentenza 28/07/2016; Tribunale Reggio Emilia sentenza 26/06/2017.

²⁴ Cfr. Tribunale di Verona 28/09/2016; Tribunale Verona 11/05/2017; Tribunale Treviso 28/05/2017; Tribunale Velletri 22/05/2018.

La Corte di Cassazione civile interveniva sulle varie questioni con la sentenza 17/03/2019 n. 8473, stabilendo che nella mediazione la parte potesse farsi sostituire da un rappresentante, eventualmente nella persona dello stesso difensore che l'assiste, purché munito di procura sostanziale.

Le difficoltà nascevano e nascono dalla natura complessa della mediazione, quale attività finalizzata alla ricerca di un accordo “amichevole” per la composizione di una controversia civile o commerciale vertente su “diritti disponibili”²⁵: la mediazione, cioè, da una parte ha come obiettivo un contratto di natura transattiva che ha come oggetto diritti disponibili, di natura patrimoniale, per i quali le regole generali del diritto civile consentono e non potrebbero non consentire l'istituto della rappresentanza; dall'altra mira a risanare la relazione personale fra le parti ossia coinvolge aspetti relativi alla libertà, alla dignità, alla fiducia, alle emozioni e agli affetti delle persone coinvolte nella lite, che hanno natura sicuramente indisponibile e per i quali la rappresentanza non ha senso e non può ritenersi ammessa.

La presenza personale non è, quindi, necessaria soltanto per consentire al mediatore di avere quel contatto personale con le parti che gli consente di percepire i risvolti emotivi della questione e adoperarsi meglio per la soluzione della lite. La presenza personale delle parti è indispensabile perché possa essere ristabilita piano, piano fra loro quella relazione personale di fiducia e di amicizia che gli consente prima di dialogare e di collaborare per raggiungere l'accordo sulle questioni di carattere economico che le allontanano e poi di continuare ad avere una relazione amichevole al termine della mediazione.

E la dottrina, fin dall'inizio, ha sempre sottolineato quanto la mediazione sia importante perché mira a recuperare la relazione personale delle parti, specie quando il loro rapporto è destinato a perdurare anche dopo la procedura di mediazione: il rapporto di parentela resta anche una volta conclusa la lite sull'eredità; il rapporto di vicinato resta anche dopo la lite fra condomini di uno stesso fabbricato o fra i proprietari di due immobili confinanti; il rapporto associativo può continuare anche dopo la lite; il rapporto di locazione o di affitto di azienda può proseguire anche dopo la transazione che non abbia come oggetto la risoluzione dei contratti²⁶.

E il recupero di una relazione personale amichevole fra le parti è la via che consente di giungere a quella coesione e pacificazione sociale che è l'obiettivo del legislatore e della “Riforma Cartabia”²⁷.

Analoga ambivalenza la si ritrova poi nel concetto di “parte”, perché dal punto di vista giuridico “parti” sono i titolari dei diritti disponibili oggetto della controversia, mentre dal punto di vista della relazione amichevole necessaria per raggiungere l'accordo che assicura la pace, “parti” sono i reali decisori ossia quei soggetti comunque coinvolti nella lite, il cui consenso è indispensabile affinché le parti in senso giuridico sottoscrivano l'accordo di conciliazione. Ad esempio, in una lite familiare, occorre spesso coinvolgere nel dialogo anche il coniuge del titolare del diritto; in una lite in cui il titolare del diritto controverso sia un anziano, occorre spesso coinvolgere anche il figlio, che abitualmente gli gestisce tutti i rapporti economici. In pratica, se per stipulare un accordo di conciliazione valido ed efficace occorre la sottoscrizione dei titolari dei diritti in gioco, per raggiungere un tale accordo e ristabilire la relazione personale di tutte le persone coinvolte nella lite è indispensabile far partecipare personalmente al procedimento di mediazione anche i reali decisori.

Connessa alla questione sulla partecipazione personale delle parti è la questione della partecipazione in presenza o con collegamenti audiovisivi da remoto²⁸. È evidente che, nella misura in cui è essenziale la partecipazione personale per poter ristabilire quel rapporto di fiducia che consente prima di trovare l'accordo e poi di restare in amicizia anche dopo la lite, nella stessa misura la presenza

²⁵ Così testualmente l'articolo 1 lettera a) e l'articolo 2 comma 1 del D. Lgs. 28/2010.

²⁶ Cfr. A. Proto Pisani, *Appunti su mediazione e conciliazione*, in *Il Foro Italiano*, 5/05/2010, pag. 143; M. Buzio, *Le ragioni della mediazione*, in *Manuale della mediazione civile e commerciale*, pag. 624.

²⁷ Cfr. P. Lucarelli, *Mediazione dei conflitti: una spinta generosa verso il cambiamento*, in *Giustizia consensuale*, 1, 2021, pag. 29; M. Marinaro, *La mediazione nel rinnovato quadro normativo*, cit., pag. 5.

²⁸ Sulla mediazione telematica si veda M. Leo e M. Fiorini, *La mediazione in modalità telematica*, in *Diritto della mediazione Civile e Commerciale*, cit. pag. 377.

fisica delle parti allo stesso tavolo di mediazione è preferibile a una presenza da remoto mediante collegamenti virtuali. Tuttavia al fine di consentire comunque una partecipazione effettiva agli incontri di mediazione anche a coloro che si trovino impossibilitati a farlo in presenza, l'articolo 22 comma 1 lettera c) del D.M. 24/10/2023 n. 150, stabilisce che il regolamento dell'organismo di conciliazione debba consentire alle parti di manifestare la volontà di svolgere uno o più incontri da remoto e l'art 8 ter del D.M 28/2010 inserito dal D. Lgs. 27 dicembre 2024 n. 216 stabilisce che ciascuna parte può sempre chiedere al responsabile dell'organismo di mediazione di partecipare agli incontri con collegamento audiovisivo da remoto, anche senza il consenso dell'altra parte²⁹.

Il modo ordinario per svolgere la mediazione, dunque, è quello con tutte le parti presenti personalmente al tavolo della mediazione, mentre l'eccezione consentita è lo svolgimento con modalità da remoto.

In modo analogo, poi, il D. Lgs. 10/10/2022 n. 149 tenta di bilanciare le due esigenze della mediazione, stabilendo la presenza personale delle parti in mediazione come principio generale e la possibilità di delegare un terzo come eccezione, con precise limitazioni, quando non è possibile fare altrimenti.

Così, in presenza di giustificati motivi, la parte dovrà prima chiedere un rinvio dell'incontro o chiedere di partecipare all'incontro da remoto e poi, se non è possibile spostare la data dell'incontro o non è in grado di collegarsi da remoto, potrà delegare un terzo.

La legge non individua questi motivi, la passata giurisprudenza richiedeva che fossero oggettivi (materiale impossibilità), assoluti (non superabili con l'ordinaria diligenza) e non temporanei³⁰.

È opportuno che i motivi che giustificano la sua assenza risultino già indicati nella procura che la parte rilascia al terzo, in quanto è suo onere di fornire al giudice le ragioni che scusano la sua assenza; in mancanza di indicazioni nella procura, è opportuno che l'avvocato faccia risultare i giustificati motivi dal verbale che il mediatore redige al termine dell'incontro. La giurisprudenza, infatti, equipara alla mancata partecipazione una partecipazione che non presenti i requisiti previsti dalla legge e tale è la partecipazione di un procuratore non corroborata da valide giustificazioni³¹. Il giudice sanzionerebbe poi la mancata partecipazione della parte che ha attivato la mediazione, dichiarando non soddisfatta la condizione di procedibilità e la mancata partecipazione della parte chiamata con le sanzioni previste dall'art. 12 bis commi 1, 2 e 3 del D. Lgs. 28/2010³².

Inoltre se i motivi sono occasionali e giustificano l'assenza della parte a un solo preciso incontro di mediazione, la procura legittimerà il delegato a rappresentare la parte soltanto a quell'incontro, ma non anche a quelli successivi. Pertanto, la parte sarà tenuta a partecipare personalmente agli incontri successivi e se per giustificati nuovi motivi non potesse farlo, dovrà rilasciare una nuova procura al terzo con l'indicazione del nuovo occasionale motivo che giustifichi la sua assenza.

²⁹ Sulla mediazione telematica e la partecipazione da remoto si vede più approfonditamente M. Marinaro, *Il nuovo regolamento ministeriale: il primo incontro riformato*, cit. pag. 20; M. Leo e M. Fiorini, *La mediazione in modalità telematica*, in *Diritto della mediazione civile e commerciale*, citato, pag. 377 e seg.; M. Marinaro, *Mediazione civile Telematica*, In Guida al diritto Il Sole 24 ore, pag. 25.

³⁰ Cfr. Tribunale Vasto 17/12/2018. Non sono stati ritenuti giustificati motivi dalla giurisprudenza: la situazione di litigiosità fra le parti, che invece è proprio il motivo per cui si ricorre alla mediazione, cfr. Tribunale di Termini Imerese 09/05/20012; l'età avanzata asserita da soggetti non così in là con gli anni da non poter partecipare alla mediazione, cfr. Tribunale Palermo 20/07/2012. Sui motivi della mancata partecipazione si veda: M. Leo, *La rappresentanza delle parti in mediazione*, cit. pag. 216 e seg.; F. Valenza, *Le conseguenze della mancata partecipazione*, in *Diritto della mediazione civile e commerciale*, citato, pag. 87 e seg.

³¹ Cfr. Tribunale di Firenze, sentenza R.G. n. 5100/2023, il quale ha ritenuto insussistenti i motivi che giustificano l'assenza di una parte alla mediazione, qualora la parte, alla quale spetta l'onere di darne prova, non provveda a farli risultare dagli atti e conseguentemente ha ritenuto fondata l'eccezione di improcedibilità della domanda giudiziale per mancata comparizione personale della parte alla procedura di mediazione.

³² Cfr. F. Valenza, *Le conseguenze della mancata partecipazione*, in *Diritto della mediazione civile e commerciale*, cit. pag.83.

Non pare, quindi, conforme alla legge una procura generale che deleghi a un terzo la partecipazione generica a procedure di mediazione, perché il terzo delegato dev'essere a conoscenza dei fatti, il che presuppone il riferimento a una ben precisa procedura di mediazione già avviata³³.

Sarà, invece, lecita una procura che deleghi al terzo la partecipazione a più incontri di una specifica procedura di mediazione, purché indichi validi e non temporanei motivi che giustifichino la sua impossibilità a partecipare di persona a quegli incontri.

L'art. 8 comma 4 del riformato D. Lgs. 28/2010 pone, poi, come sopra si è visto, due limitazioni al rilascio della procura a un terzo: il rappresentante deve essere a conoscenza dei fatti; la procura deve munirlo dei poteri necessari per la composizione della controversia. Se il delegato non fosse a conoscenza dei fatti, non sarebbe capace di collaborare a quel dialogo sulle questioni controverse a cui la legge chiama. Se il delegato non fosse munito dei poteri necessari a transigere non potrebbe fare quelle reciproche concessioni necessarie per raggiungere l'accordo di conciliazione; ogni decisione sarebbe concordata solo apparentemente, dovendo poi il delegato sottoporla all'approvazione del delegante. Solamente la parte intervenuta personalmente rimarrebbe impegnata nella decisione presa, mentre il delegante potrebbe poi avanzare ulteriori pretese.

Va, però, precisato da una parte che la conoscenza dei fatti e l'effettiva e non solo formale attribuzione dei poteri al delegato sono elementi difficilmente verificabili, dall'altra che non è compito del mediatore di effettuare una tale indagine. La verifica dei poteri rappresentativi è, infatti, un onere della parte che stipula un contratto col rappresentante, come si ricava dall'articolo 1393 del Codice Civile; secondo tale articolo, infatti, il terzo che contragga col rappresentante può sempre esigere che questi giustifichi i suoi poteri e, se la rappresentanza risulta da un atto scritto, che gliene dia una copia da lui firmata.

La valutazione della procura e dei poteri di rappresentanza del delegato esula dai poteri del mediatore che, come si è visto, è privo del potere di prendere decisioni vincolanti per i destinatari del servizio di mediazione e sarebbe, comunque, contro produttore per il buon esito della mediazione: se il mediatore giudicasse sulla validità della procura o sull'esistenza o meno dei poteri di rappresentanza, darebbe ragione a una parte e torto all'altra, perdendo la fiducia di quest'ultima, che lo percepirebbe come non neutrale, ma ormai schierato al fianco della contro parte³⁴.

Compito del mediatore è solo quello di mettere a verbale le dichiarazioni delle parti relative ai vizi della procura o alla mancanza di poteri del delegato, purché non riguardino anche i fatti e il merito della controversia coperti dall'obbligo di riservatezza, in modo da consentire poi al giudice di decidere nell'eventuale successivo giudizio³⁵.

A tal fine, il riformato articolo 8 attribuisce al mediatore, qualora lo ritenga necessario, il potere di chiedere alle parti di dichiarare i poteri di rappresentanza e di darne atto a verbale.

Riguardo alla forma della procura, l'art. 4-bis inserito dal D. Lgs. 27 dicembre 2024 n. 216 ha stabilito:

- che la delega per la partecipazione all'incontro è conferita con atto sottoscritto con firma non autenticata e deve contenere gli estremi del documento di identità del delegante;
- che il delegante deve conferire la delega con firma autenticata da un pubblico ufficiale, qualora

³³ Così M. Leo, *La rappresentanza delle parti in mediazione*, citato, pag. 218.

³⁴ Si veda anche M. Leo, *La rappresentanza delle parti in mediazione*, citato, pag. 212 e 222.

³⁵ L'obbligo di riservatezza, infatti, riguarda soltanto il merito della lite e non impedisce al mediatore di mettere a verbale dichiarazioni relative alle modalità di partecipazione delle parti al procedimento, in modo da consentire poi al giudice di valutare la loro condotta. In questo senso si veda anche F. Valenza, *Le conseguenze della mancata partecipazione*, citato, pag. 89; M. Buzio, *Il primo incontro di mediazione*, cit. pag. 200 e seg.

con l'accordo le parti concludono uno degli atti previsti dall'articolo 2643 del codice civile ossia quando la sottoscrizione dell'accordo di conciliazione debba essere autenticata da un pubblico ufficiale per potersi procedere alla sua trascrizione³⁶.

L'art. 4-bis ha, poi, precisato che Il nominato procuratore deve aver cura di consegnare al mediatore la delega unitamente a una copia non autenticata del proprio documento di identità, per la loro acquisizione agli atti della procedura³⁷.

6. L'obbligo di cooperare in buona fede e lealmente delle parti e degli avvocati.

L'articolo 8 comma 6 del riformato D. Lgs. 28/2010 pone, infine, a carico della parte, tenuta a intervenire personalmente in mediazione, e a carico dell'avvocato che l'assiste, l'obbligo di cooperare in buona fede e lealmente per realizzare un effettivo confronto sulle questioni controverse.

La norma se chiarisce bene che nel primo incontro di mediazione si deve svolgere una mediazione effettiva e una mediazione che consiste in un'attività collaborativa fra le parti e i rispettivi avvocati, richiede, però, all'interprete di indicare i comportamenti concretamente richiesti dalla legge per adempiere a quest'obbligo di cooperazione.

La norma va interpretata alla luce dell'art. 2 della Costituzione, che da una parte riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo e dall'altra richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale³⁸ e, nel diritto privato, dà fondamento costituzionale a quei principi di buona fede e di correttezza che permeano l'intero svolgimento del rapporto contrattuale, dalla fase delle trattative, a quella esecutiva e post-contrattuale. La buona fede oggettiva funziona da criterio interpretativo del contratto (art. 1366 c.c.) e valutativo del comportamento di contraenti (artt. 1337 e 1375 c.c.) anche nella pendenza della condizione (art. 1358 c.c.) ed è fonte di obblighi di cooperazione (art. 1175 c.c.) e di integrazione del contratto, come criterio correttivo del suo equilibrio.

La lealtà e probità sono, poi, richieste alle parti e ai loro difensori come modo di comportarsi in giudizio (art. 88 c.p.c.) nonché come modi della cooperazione oggetto della convenzione di negoziazione assistita per risolvere in via amichevole una controversia (articolo 2, comma 1 D.L. 12/09/2014 n. 132, convertito in Legge 10/11/2014 n. 162); infine, lealtà, correttezza, probità, dignità, decoro e diligenza sono richieste all'avvocato quando esercita la sua attività professionale (articolo 9 Codice deontologico forense).

Secondo la Relazione ministeriale al Codice Civile, la buona fede oggettiva richiede al creditore di considerare l'interesse del debitore e al debitore di dare il giusto riguardo all'interesse del creditore e, quindi, impone a ciascuna parte di un rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge.

La Corte di Cassazione ha stabilito a più riprese che la buona fede si atteggia come un obbligo di solidarietà, che impone ai contraenti di modellare i propri comportamenti in modo da salvaguardare

³⁶ Cfr. M. Marinaro, *Mediazione civile Telematica*, cit. pag. 29.

³⁷ Sulla partecipazione personale e sulla rappresentanza in mediazione si veda più approfonditamente P. Forti, *La rappresentanza in mediazione*, studi CNN.

³⁸ La solidarietà, dalla sua funzione originaria volta ad assicurare l'adempimento dell'obbligazione assunta da una pluralità di soggetti, si è nel tempo arricchita di contenuti volti a descrivere il mutuo sostegno e la cooperazione, diventando principio costituzionale, che ha dato fondamento ai principi di buona fede, affidamento, *neminem laedere* e abuso del diritto. In questo senso: G. Alpa, *Solidarietà. Un principio normativo*, 2022; U. Mattei, A. Quarta, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, in *giustiziavivile.com*, speciale 3; G. Lattanzi, *Recensione a Guido Alpa. Solidarietà. Un principio normativo*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, fascicolo 2, dicembre 2023; Michele Marchesiello, *La solidarietà come principio normativo. In margine a un libro di Guido Alpa*, in *Politica del diritto*, fascicolo 2, giugno 2023; A. Morelli, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, 2015.

sia l'interesse dell'altro sia le finalità perseguite dall'ordinamento, fino a che ciò non comporti un apprezzabile sacrificio del proprio interesse³⁹.

L'autonomia privata non è vista come un valore in sé, ma come uno strumento per realizzare anche interessi conformi ai valori fondamentali dell'ordinamento giuridico, che nel caso della mediazione sono la promozione di modalità non avversariali, ma cooperative per la risoluzione dei conflitti mediante soluzioni concordate dalle stesse parti e non imposte da un terzo, modalità che favoriscono la coesione sociale.

L'aspetto che più rileva per la mediazione è che la buona fede oggettiva, quale gemmazione del principio costituzionale di solidarietà sociale, trasforma il contratto, considerato da sempre nei suoi aspetti oppositivi di conflitto tra due parti, in strumento di collaborazione e occasione di solidarietà tra parti originariamente contrapposte, rendendolo strumento di pacifica convivenza.

Riguardo alle trattative e alla formazione del contratto, la giurisprudenza e la dottrina hanno precisato che l'obbligo di buona fede e lealtà consiste in concreto nel dovere d'informare con verità e chiarezza la controparte sugli elementi che possono causare l'invalidità, l'inefficacia, l'inadempimento o l'inutilità del contratto da stipulare e nel dovere di non rompere ingiustificatamente le trattative, quando si è ormai raggiunto un accordo di massima su quasi tutto il contenuto del contratto. Queste indicazioni, però, se applicate al confronto a cui sono chiamate le parti in mediazione, si rivelano di scarsa utilità, perché al primo incontro di mediazione non è per nulla chiaro quale sarà l'accordo di conciliazione che consentirà di porre fine alla controversia; all'inizio della mediazione non si cerca solo di stabilire le pattuizioni di un tipo di contratto già determinato, ma si va proprio a cercare quale sia il tipo di accordo in grado di soddisfare i bisogni e gli interessi delle parti. Ad esempio, una lite per sciogliere una comunione ereditaria potrebbe essere risolta sia con l'assegnazione dei beni alle parti con o senza conguagli sia con l'acquisto di una parte di tutte le quote di proprietà delle altre sia con l'accordo di vendere tutti i beni comuni tramite un agente immobiliare; una lite sull'accesso a un fondo intercluso, potrebbe essere risolta con la costituzione di una servitù di passo, ma anche con l'acquisto della striscia di terreno necessaria per accedere al fondo intercluso o addirittura con la vendita dell'intero fondo intercluso o con una permuta dei terreni delle due parti.

A differenza del giudice e dell'arbitro, che giudicano la fondatezza delle pretese dell'attore e del convenuto, potendo decidere soltanto nei limiti del *petitum*, essendo terzi rispetto ai rapporti contenziosi, in mediazione le parti, esercitando tutta la loro autonomia negoziale per raggiungere l'accordo di conciliazione, possono costituire, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quelli oggetto della lite.

In mediazione, pertanto, la cooperazione è richiesta per realizzare un confronto sugli interessi e sui bisogni coinvolti nella lite piuttosto che un confronto sugli elementi che incidono sull'invalidità, l'inefficacia, l'inadempimento o l'inutilità dell'accordo di conciliazione.

Va, però, subito chiarito:

a) che l'obbligo di cooperare per realizzare un confronto sulle questioni controverse non obbliga le parti a stipulare necessariamente un accordo di conciliazione. Un accordo imposto alle parti è contrario allo spirito della mediazione, che mira ad accordi voluti e condivisi, perché solo tali accordi sono in grado di risanare la relazione personale e durare nel tempo. Pertanto le parti sono sempre libere di chiudere in ogni momento la mediazione con un verbale di mancato accordo, a meno che le trattative siano ormai giunte a un accordo di massima su quasi tutto il contenuto del contratto⁴⁰.

³⁹ Cfr., tra le altre, Cassazione n. 3775 del 20 aprile 1994; Cassazione n. 11051 del 24 ottobre 1995; Cassazione n. 12310 del 5 novembre 1999; Cassazione n. 4110 del 22 marzo 2001; Cassazione n. 12093 del 27 settembre 2001; Cassazione n. 14726 del 16 ottobre 2002.

⁴⁰ Cfr. Tribunale Siracusa, sentenza n. 1215 del 22/06/2023: dopo aver qualificato le trattative che precedono l'accordo di conciliazione come vere e proprie trattative contrattuali, stabilisce che nel corso delle stesse le parti debbano rispettare l'obbligo di buona fede dell'art. 1337 c.c. ed astenersi dall'interrompere ingiustificatamente le trattative. Il Tribunale, dopo aver rilevato che le trattative si erano protratte da lungo tempo, che era stata eseguita anche una consulenza tecnica, che avevano raggiunto uno stadio idoneo ad

L'ingiustificata rottura delle trattative, tuttavia, difficilmente potrà essere fatta valere nel successivo giudizio, in quanto le questioni di merito della lite sono coperte dall'obbligo di riservatezza⁴¹.

b) che l'obbligo di cooperare previsto dal riformato articolo 8, poiché consiste nel realizzare un confronto sulle questioni controverse, non obbliga a una prestazione patrimoniale ossia non obbliga a fare una di quelle reciproche concessioni di natura patrimoniale in cui si articola il contratto di transazione e, in genere, ogni amichevole accordo di conciliazione⁴². Se, infatti, la legge imponesse alle parti in mediazione di fare concessioni patrimoniali all'altra parte, favorirebbe l'inadempimento e fomenterebbe le parti di un contratto a non rispettare gli impegni presi e le promesse fatte, in quanto in mediazione poi potrebbero pretendere una riduzione di quanto inizialmente pattuito. L'obbligo di cooperare, dunque, non impone alle parti di fare con spirito arrendevole concessioni ritenute inaccettabili o contrarie ai propri bisogni e ai propri interessi. La mediazione non consiste in un malvoluta compromesso in cui inevitabilmente si ottiene di meno di quello a cui si ha diritto, ma in un dialogo che, contemperando gli interessi di tutti, porta a una soluzione ritenuta da tutti non solo conveniente, ma anche giusta.

Il confronto, nel suo significato corrente, consiste nel paragonare due diverse opinioni, per metterne in luce i punti di contatto e le differenze e, pertanto, nel confronto richiesto dalla legge sarà consentito alle parti sia di affermare i propri diritti e far valere le proprie ragioni sia di dissentire dai punti di vista dell'altra parte.

Tuttavia, far valere le proprie ragioni e perseguire i propri interessi economici, non impedisce di ascoltare gli interessi, i bisogni e le ragioni dell'altra parte ne impedisce di tenerne conto nella redazione dell'accordo di conciliazione. Quello che la legge richiede è che il confronto, nel quale si fanno valere i propri interessi, avvenga nel rispetto del dovere di solidarietà, previsto dalla Costituzione, che richiede di prendersi cura anche degli altri.

In conclusione l'obbligo di cooperare in buona fede e lealmente per realizzare un effettivo confronto sulle questioni controverse consiste nel dialogare con l'altra parte in modo autentico attraverso una serie di continue interazioni che affrontino via, via tutti gli aspetti della controversia: i motivi della lite e gli effetti che la lite potrebbe causare, i bisogni, gli interessi e le ragioni di tutte le parti coinvolte, la fondatezza giuridica delle rispettive pretese e l'esito dell'eventuale successivo giudizio.

La legge non specifica, ne potrebbe farlo, il modo con cui le parti sono tenute a partecipare al dialogo che si sviluppa in mediazione: alcuni avranno atteggiamenti chiusi e diffidenti, altri si apriranno con maggior fiducia; alcuni alzeranno il tono di voce, altri manterranno toni gentili e pacati.

Sarà, pertanto, compito del mediatore, con le sue tecniche, quello di sostenere chi fatica a farsi valere o di arginare chi non fa parlare gli altri e di riportare la calma se i toni si alzano o di vivacizzare un dialogo assopito.

Sarà, invece, compito (*rectius* effetto) del procedimento di mediazione, fatto di interazioni dialogiche ripetute, quello di indurre le parti a farsi volontariamente quelle reciproche concessioni di natura patrimoniale necessarie per raggiungere l'accordo di conciliazione. Infatti, se parti le si confrontano in modo effettivo sulle questioni controverse, saranno portate, grazie alle interazioni ripetute del dialogo, a coinvolgersi piano, piano in quell'attività precontrattuale, fatta di trattative, di richieste, di rifiuti, di offerte e controfferte, necessaria per definire il contenuto dell'accordo amichevole di conciliazione.

ingenerare il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto ed erano state interrotte con motivazioni ritenute non giustificate, condannava la parte che le aveva interrotte al risarcimento del danno parametrato al c.d. "interesse negativo".

⁴¹ Sulla riservatezza in mediazione si veda M. Saraceno, *Riservatezza, inutilizzabilità e segreto professionale*, in *Diritto della mediazione Civile e Commerciale*, cit. pag. 241.

⁴² I doveri di solidarietà, per potere vincolare i singoli, richiedono un'espressa previsione legislativa, soprattutto quando il dovere incida su diritti di libertà, e ciò a seguito dell'art. 23 della Costituzione, secondo il quale nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge, cfr. G. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, pag. 92 ss.; A. Barbera, Art. 2, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, pag.99.

In altre parole, la relazione fra le parti riesce a trasformarsi da competitiva a collaborativa grazie al continuo susseguirsi di scambi comunicativi e alle tecniche usate dal mediatore. Sono proprio queste ripetute interazioni e le tecniche di mediazione che spingono le parti ad ascoltarsi e, così, a comprendere gli interessi e i bisogni di tutti e a ritrovare la fiducia che gli permette di fare volontariamente quelle reciproche rinunce e quelle reciproche concessioni di natura patrimoniale necessarie per concludere l'accordo amichevole di conciliazione che pone fine alla lite e conserva la loro relazione personale.

Nei successivi paragrafi verranno esaminati nel dettaglio prima come il dialogo, fatto di ripetute interazioni, induca le parti a collaborare e poi le tecniche usate dai mediatori.

7. La mediazione e la teoria dei giochi.

Le riflessioni della cosiddetta "Teoria dei Giochi" sulle decisioni strategiche in situazioni conflittuali o competitive, saranno d'aiuto per capire come la disponibilità a fare concessioni di natura patrimoniale all'altra parte possa svilupparsi, a prescindere da obblighi di legge, fra parti che diano avvio al procedimento di mediazione partendo da posizioni anche aspramente contrapposte.

La "teoria dei giochi" studia le strategie da seguire in situazioni conflittuali per individuare quali siano le scelte vincenti in relazione alle possibili mosse degli avversari⁴³. Il postulato di queste teorie è che tutti i soggetti agenti si comportino in base alla razionalità economica ossia cercando di raggiungere il miglior risultato per sé; presuppongono, cioè, che tutti i soggetti agenti siano autointeressati, individui che ricercano solo il proprio interesse e mirano a massimizzare solo la propria utilità⁴⁴. Il che collima bene con le intenzioni che animano le parti e i loro avvocati quando si siedono per la prima volta al tavolo della mediazione.

La teoria dei giochi analizza queste strategie nei vari tipi di gioco ossia nelle varie relazioni competitive: giochi a somma zero (in cui la misura della vincita di un agente è uguale alla perdita dell'altro; in mediazione si ha, ad esempio, quando occorre stabilire la misura del risarcimento di un danno o il prezzo da pagare per avere un bene); giochi a somma variabile (in cui sono presenti sia interessi in conflitto sia interessi comuni; in mediazione si ha, ad esempio, quando viene deciso di

⁴³ Cfr. E. Arielli e G. Scoto, *Conflitti e mediazione. Introduzione a una teoria generale*, Milano, 2003, pag. 35 e seg. per un'esauriente esposizione della teoria dei giochi, che per la prima volta venne enunciata durante la seconda guerra mondiale da J. Von Neumann e O. Morgenstern, *Theory of games and economic behavior*, Princeton University.

⁴⁴ Il postulato dell'economia neo classica o marginalista viene fatto risalire ad Adam Smith, che tesseva le lodi dell'economia di mercato, perché consentiva alle persone di soddisfare i loro bisogni nonostante che gli operatori economici agissero ricercando il loro tornaconto, mentre nell'"*ancien régime*", caratterizzato da rapporti padrone-servo, i poveri dipendevano dalla benevolenza dei potenti. Ma la ricerca del proprio esclusivo interesse non è elemento essenziale per il funzionamento del mercato e, infatti, già il contemporaneo Antonio Genovesi, filosofo ed economista napoletano, allievo di Giambattista Vico, elaborava un modello di economia civile, in cui nel mercato gli scambi venivano effettuati ricercando non solo il proprio guadagno, ma anche il benessere altrui; il mercato era un luogo dove venivano esercitate le virtù civili e le relazioni economiche davano vita anche a rapporti di mutua assistenza. Cfr. L. Bruni, *La ferita dell'altro*, Trento, 2007, pag. 39 e seg.

Oggi il postulato basato sull'individuo motivato soltanto dal proprio interesse personale, è stato criticato per la sua astrattezza e l'eccessiva semplificazione e sottoposto a revisione dalle teorie economiche comportamentali e sperimentali moderne, che per l'analisi e la corretta comprensione dei fenomeni economici prendono in considerazione anche motivazioni diverse dall'interesse personale, quali la solidarietà, l'amicizia, il rispetto delle leggi, la riconoscenza, il senso di appartenenza. Cfr. S. Zamagni, *L'economia del bene comune*, Roma, 2007, pag. 25 e segg.

Nella stessa teoria dei giochi è stato dimostrato sperimentalmente che le persone non perseguono soltanto il loro interesse economico, ma sono capaci anche di effettuare delle rinunce per penalizzare chi sé comportato in modo ritenuto scorretto nei loro confronti o per ricompensare chi si è dimostrato generoso verso di loro. Ad esempio: nel giuoco noto come "*ultimatum game*" (un soggetto potrà conservare una somma di danaro che gli viene data, soltanto se ne offre una parte, da lui determinata, ad un altro soggetto e quest'ultimo l'accetta), mentre la razionalità economica suggerisce al primo di offrire poco e al secondo di accettare anche poco, gli esperimenti dimostrano che spesso le persone non accettano offerte molto inferiori alla metà; nel giuoco noto come "*trust game*" (il soggetto a cui viene data una somma di danaro, potrà tenerla per sé o donarla tutta ad un altro soggetto, in questo caso il secondo riceverà una somma triplicata e potrà a sua volta decidere se tenerla tutta per sé o ridonarne la parte da lui decisa al primo), mentre la razionalità economica suggerisce a tutti di tenere la somma per sé, gli esperimenti dimostrano che la maggioranza delle volte i primi donano la somma ai secondi e questi ricambiano. Cfr. L. Bruni, *Reciprocità. Dinamiche di cooperazione, economia e società civile*, 2006, pag. 25 e 26; L. Bruni, *La ferita dell'altro*, cit., pag. 49 e seg.

sciogliere una comunione vendendo tutti i beni: è interesse di tutti spuntare il prezzo migliore, ma si è in disaccordo sui tempi e sui modi delle vendite); giochi a mosse sequenziali (come la dama e gli scacchi e anche la mediazione, che consiste in una serie ripetuta di interazioni fra le parti: il mediatore invita la parte attivante a esporre le sue pretese e poi dà la parola alla parte invitata perché possa rispondere e così via) e giochi a mossa simultanea (come il pari o dispari, la mediazione non lo è perché non si esaurisce in un solo colpo). Per ciascun gioco viene individuata la scelta conveniente in relazione alle possibili scelte degli altri competitori/avversari.

Nei giochi a somma zero e a mossa unica e simultanea (nei quali, come sopra visto, non rientra la mediazione) la collaborazione non riesce ad emergere, pur producendo il miglior risultato per tutti, perché la scelta di defezionare ossia di ricercare soltanto il proprio torna conto è quella più conveniente per tutti. L'analisi venne effettuata nel giuoco noto come "*Il dilemma del prigioniero*", ma qui verrà esposta una variante più semplice che esamina lo scambio fra diamanti e danaro che il trafficante e l'acquirente decidono di effettuare, per sicurezza, stando ben distanti l'uno dall'altro⁴⁵: se entrambi cooperano ossia se il trafficante lascia i diamanti nel posto convenuto e l'acquirente lascia il danaro nell'altro posto convenuto, tutti raggiungono il risultato desiderato; se, però, uno solo dei due coopera ossia se l'acquirente lascia il danaro, mentre il trafficante lascia dei sassi o viceversa se il trafficante lascia i diamanti, mentre l'acquirente lascia pezzetti di carta, guadagna soltanto chi non coopera, perché avrà i diamanti o il danaro senza aver dato niente, anzi guadagnerà ancora di più che se si fosse realizzato lo scambio. Ma chi non coopera non avrà nulla da perdere nel caso che anche l'altro, come lui, defezioni e sarà del tutto ragionevole immaginarsi che anche l'altro defezionerà proprio come ha fatto lui. In conclusione, a prescindere dalle decisioni degli altri, la decisione più vantaggiosa per ogni soggetto agente ossia quella dominante per tutti è quella che consiglia di defezionare, anche se, così facendo, non si attua quello scambio di beni a cui tutti miravano⁴⁶.

Paradossalmente in questi giuochi risulta "razionale" la scelta individualistica e auto interessata, anche se il suo risultato è il fallimento dello scambio desiderato, mentre risulta "irrazionale" la scelta cooperativa, che porta a soddisfare i propri interessi insieme a quelli degli altri. La scelta cooperativa non riesce ad affermarsi, sebbene conduca al risultato sperato da tutti, per la mancanza di fiducia negli altri: non fa assumere il rischio che non collaborino o che non corrispondano appieno a quanto dato da noi.

La fiducia o la sua mancanza si rivelano, quindi, fondamentali nell'orientare la scelta strategica e ci aiutano a capire come la scelta cooperativa riesca ad affermarsi:

a) nell'ambito dei contratti, poiché il mancato adempimento alle promesse fatte o agli obblighi assunti è sanzionato dall'ordinamento giuridico e le sanzioni rendono sconveniente non adempiere. La sanzione è il rimedio escogitato dall'ordinamento giuridico, che appunto non nutre fiducia nell'adempimento del debitore⁴⁷;

b) fuori dall'ambito dei contratti ossia in assenza di sanzioni per l'inadempimento, quando, però, il rapporto fra le parti consista in interazioni che si ripetano nel tempo. La scelta cooperativa riesce ad emergere spontaneamente, infatti, qualora l'interazione sia duratura, perché la relazione ripetuta consente di acquisire una conoscenza dell'altro profonda e personale, facendo tesoro dell'esperienza fatta nelle relazioni passate. In altre parole, la cooperazione si forma e cresce man, mano che tra gli agenti si viene a creare un rapporto personale di fiducia reciproca.

⁴⁵ L'esempio è tratto da E. Arielli e G. Scoto, *Conflitti e mediazione. Introduzione a una teoria generale*, cit., pag. 40, ed è stato scelto perché evidenzia bene come l'analisi riguardi un giuoco che avviene fuori dall'ordinamento giuridico. La teoria dei giuochi suole rappresentare questi giuochi attraverso una matrice o una tabella, che raffigura visivamente in modo schematico i possibili risultati, la loro interdipendenza e il loro equilibrio.

⁴⁶ Questi giuochi si prestano anche a spiegare la "*tragedia dei beni comuni*": la spinta a utilizzare i trasporti pubblici senza pagare il biglietto e, in generale, la spinta a beneficiare dei beni pubblici senza pagare le tasse. Un esempio storico è dato dai "*commons*" scozzesi ossia da terreni di proprietà collettiva destinati al pascolo, che i pastori sfruttavano in maniera intensiva a preferenza delle terre di loro proprietà esclusiva, fino a farli diventare completamente aridi.

⁴⁷ Il modello sfiduciario di pensare il diritto è stato analizzato e sottoposto a critica in T. Greco, *La legge della fiducia*, citato.

Per fare un esempio di vita quotidiana, se andate a fare la spesa sempre nello stesso negozio, vi daranno la merce anche la volta che non siete in grado di pagare, perché vi siete dimenticati i soldi a casa, perché vi conoscono bene e hanno fiducia che pagherete il giorno dopo.

Ebbene l'attività svolta nel procedimento di mediazione è sia un'attività pre contrattuale, consistendo in una serie di trattative, sia un'attività fatta di continue e ripetute interazioni fra le parti. E' un'attività precontrattuale, perché precede l'eventuale accordo di conciliazione; è un'attività fatta di ripetute interazioni fra le parti non tanto perché il procedimento di mediazione si articola, per lo più, in numerosi incontri, quanto perché in ogni incontro le parti e gli avvocati dialogano fra loro sulle questioni controverse, proponendo ciascuno le sue soluzioni, facendosi continue offerte e controfferte, continue richieste e rifiuti ossia danno vita a una serie ripetuta di giuochi e non un solo giuoco (a mossa unica e simultanea) come nel "*Dilemma del prigioniero*", sopra esaminato.

La teoria dei giuochi ha analizzato in modo analitico e sperimentale come la collaborazione emerga in modo spontaneo nella maggioranza dei casi quando le interazioni sono ripetute. Applicando queste riflessioni alla mediazione, si può osservare che le parti si possono presentare al primo incontro di mediazione con l'intenzione di seguire:

- a)** una strategia negoziale negativa e così con un atteggiamento chiuso e con l'intenzione di non fare concessioni, ma di approfittarsi delle concessioni e delle aperture imprudentemente fatte dall'altra parte o delle informazioni che riesce a carpire;
- b)** una strategia negoziale prudente e così con un atteggiamento cauto e con l'intenzione di non fare mai concessioni per primi, ma di cominciare a farle se e dopo che l'altra parte abbia cominciato a farle;
- c)** una strategia negoziale coraggiosa e disponibile e così con un atteggiamento amichevole e con l'intenzione di fare concessioni anche per primi, ma di smettere di farle se l'altra parte non fa concessioni a sua volta e con l'intenzione di ricominciare a fare concessioni, se anche l'altra parte riprenda a farle⁴⁸.

Nell'ambito della teoria dei giochi, le tre strategie sopra descritte, codificate in appositi software, sono state fatte giocare molte volte fra loro, in modo virtuale, in un computer per stabilire quale fosse quella che procurava il maggior guadagno e l'esperimento ha dimostrato la strategia vincente era proprio quella amichevole, descritta alla lettera c), perché era quella che, pur comportando il rischio di essere sfruttati, ma solo al primo round, innescava la spirale positiva della cooperazione nella maggior parte dei casi e faceva così guadagnare di più⁴⁹.

Nelle interazioni ripetute, quindi, la scelta razionale dal punto di vista economico, quella che corrisponde al proprio interesse individuale, è quella di collaborare sempre la prima volta e poi di replicare come ha fatto l'altra parte.

Quindi, anche nella mediazione, che si articola in una serie continua di scambi dialogici fra le parti, la strategia negoziale amichevole sarà quella adottata maggiormente, perché si dimostra quella vincente in base alla razionalità economica. E, quindi, nella maggioranza dei casi sarà presente una parte pronta a fare una concessione per prima, coinvolgendo nella spirale della cooperazione anche quelle parti che avevano adottato strategie più caute.

Nella pratica, poi, a differenza delle simulazioni della teoria dei giochi, le parti non mantengono la strategia che si erano proposti per tutto il procedimento, ma la adattano e la modificano in base alle situazioni che si verificano e al modo con cui comportano le persone che hanno di fronte. Pertanto, è plausibile che comincino ad aprirsi e a fare piccole concessioni anche coloro che si erano presentati

⁴⁸ Cfr. L. Bruni, *Reciprocità. Dinamiche di cooperazione, economia e società civile*, cit., pag. 114 e ss.

⁴⁹ Il torneo virtuale venne progettato nel 1981 da R. Axelrod e viene descritto meglio in E. Arielli e G. Scoto, *Conflitti e mediazione. Introduzione a una teoria generale*, cit., pag. 56 e L. Bruni, *Reciprocità. Dinamiche di cooperazione, economia e società civile*, cit., pag. 135.

al primo incontro di mediazione con atteggiamenti chiusi e molto diffidenti. Nella pratica, inoltre, può accadere che la collaborazione si arresti e che poi riprenda, perché chi aveva smesso di fare aperture, riprenda a farle e l'altra parte, che si era chiusa per ritorsione, si apra di nuovo.

La strategia aperta e disponibile a venirsi incontro, inoltre, nella misura in cui viene percepita come vincente e vantaggiosa, trasforma l'ambiente in cui opera e verrà adottata da un numero sempre maggiore di parti e di avvocati; saranno, pertanto, sempre maggiori le parti e gli avvocati che si presenteranno in mediazione con atteggiamenti fiduciosi e disponibili a fare concessioni, dando avvio alla cooperazione anche in presenza di persone più restie.

Ma il mediatore può riuscire a dare avvio alla collaborazione anche quando sono presenti in mediazione solo persone molto restie a cooperare o a cooperare per primi ossia quando tutte le parti e i loro avvocati impiegano strategie chiuse e diffidenti e la teoria dei giochi, come ora si vedrà, ne indica la via.

Nella teoria dei giochi è stato osservato che, in effetti, le strategie che le parti possono adottare, non sono soltanto le tre sopra descritte, ma ce n'è anche una quarta: quella di collaborare anche se l'altro non lo fa e così di fare concessioni e aperture per primo e di continuare a farlo senza farsi condizionare da quello che fa l'altra parte, senza prestare attenzione al corrispettivo e aspettare un ritorno dell'equivalente.

È una strategia che potremmo dire incondizionata e gratuita, che in mediazione, talvolta, viene messa in pratica da coloro che, pur di porre fine alla lite, sono disposti a fare concessioni che vanno oltre il dovuto e fanno questo per riconoscenza o per quieto vivere e amor di pace o perché vogliono mantenere in tutti i modi la relazione con l'altra parte per ragioni di amicizia o di lavoro o per vincoli di parentela.

Le persone, infatti, non si comportano sempre in funzione solo del proprio tornaconto, ma anche in base a considerazione non economiche legate alla loro dimensione sociale, quali affetti familiari, amicizie, legami d'appartenenza ecc.

Oltrepassata la soglia della povertà, il benessere delle persone non dipende più tanto dal reddito, quanto dalle relazioni che hanno e questo fa capire quanto siano importanti i "*beni relazionali*", dove il bene è la relazione personale in sé. La relazione è un bene pregiato, ma delicato; non è sensibile all'equivalente, ma tiene conto della reciprocità e per durare ha bisogno che venga lasciato un po' di spazio alla gratuità. Il bene relazionale, poi, può essere goduto anche all'interno di una transazione economica⁵⁰. Per fare un esempio di vita quotidiana, se vi servite sempre nello stesso negozio, perché hanno merce di buona qualità e prezzi onesti, potrebbe svilupparsi una relazione di simpatia col commesso, perché guarda le vostre stesse serie televisive o va in bicicletta come voi.

Nella teoria dei giochi è stato osservato che questa strategia di cooperazione incondizionata, che in base alla razionalità economica risulta sciocca e sconsiderata, perché chi l'adotta finisce per essere sfruttato da coloro che adottano strategie più chiuse, risulta, invece, determinante per dar vita alla cooperazione, quando si confrontano fra loro non due, ma tre o più strategie ossia quando al giuoco partecipano tre o più attori. In un gruppo eterogeneo di persone, nel quale alcuni sono restii a collaborare, altri cauti e altri più coraggiosi, la presenza di un numero anche molto piccolo di persone pronte a collaborare in modo incondizionato, riesce molto spesso a coinvolgere tutti gli altri nella collaborazione, aiutandoli a vincere ogni paura e diffidenza⁵¹.

Queste considerazioni si possono applicare alla mediazione, alla quale normalmente non partecipano solo due soggetti, ma un gruppo eterogeneo di persone: vi sono sempre la parte che ha presentato la domanda di mediazione e la parte chiamata, ciascuna con il proprio avvocato ed è probabile che la parte valuti le questioni controverse e le soluzioni che vengono proposte, in maniera diversa dal

⁵⁰ L. Bruni, *La ferita dell'altro*, cit., pag. 154 e seg.; L. Bruni, *Il prezzo della gratuità*, 2006, pag. 80 e 98 e seg.; S. Zamagni, *L'economia del bene comune*, cit., pag. 66 e seg.

⁵¹ Cfr. L. Bruni, *Reciprocità. Dinamiche di cooperazione, economia e società civile*, cit., pag. 157 e 173.

proprio avvocato; ma spesso sono chiamate in mediazioni più parti, ciascuna con il proprio avvocato (ad esempio in una lite relativa a un immobile difforme, ma garantito conforme alla normativa urbanistica, parteciperanno alla mediazione oltre all'acquirente, il venditore, il tecnico che ha fatto la relazione di conformità e la sua assicurazione); inoltre ogni parte che partecipa alla mediazione può essere composta da più persone e ciascuna potrebbe essere assistita da un proprio avvocato; ogni persona, infine, potrebbe essere accompagnata da un reale decisore.

Ebbene, anche se alla mediazione non partecipassero parti e avvocati intenzionati a seguire strategie negoziali aperte o addirittura gratuite, ma soltanto parti e avvocati molto chiusi e riluttanti a cooperare, il mediatore può innescare comunque la cooperazione, se:

a) utilizza uno stile di mediazione gratuito e incondizionato ossia inizia a mediare e ad adoperarsi, con le tecniche di mediazione che verranno esaminate nel paragrafo successivo, affinché le parti raggiungano l'accordo amichevole di conciliazione, senza farsi condizionare dagli atteggiamenti anche glaciali dei presenti; continua a mediare senza aspettarsi un ritorno di collaborazione; mostra una convinta fiducia nella bontà della mediazione e offre fiducia alle parti e ai loro avvocati, anche se questi sono diffidenti e indisponenti; non mette fretta, ma mette tutti a proprio agio, concedendo pacatamente tutto il tempo di cui hanno bisogno; ascolta ognuno con attenzione, anche quando sragiona o alza i toni, senza giudicare o prender posizione; dona questa disponibilità, che va oltre la prestazione dovuta, gratuitamente, in modo da dare l'esempio concreto del comportamento da tenere per risolvere amichevolmente la lite;

b) presta attenzione che si ripetino continuamente le interazioni fra le parti ossia cura che non si spenga mai il dialogo fra loro e così gli dà avvio con domande che richiedono risposte aperte, sollecita tutti a esprimere le proprie opinioni e fa in modo che tutti possano farlo e si sentano ascoltati; sollecita continui scambi di opinioni sulle questioni controverse; chiarisce quanto viene detto, in modo che la comunicazione si svolga senza malintesi e fraintendimenti; assiste in silenzio le parti che dialogano in modo quieto e spedito.

In questo modo, il mediatore riesce a far sperimentare a tutti il bene della relazione. Le parti, che avevano interrotto ogni relazione e non riuscivano più a dialogare, adesso sono presenti, sedute intorno allo stesso tavolo di mediazione; adesso con l'aiuto del mediatore parlano fra loro, magari ancora con diffidenza e ostilità, ma si parlano di nuovo; adesso comincia a svilupparsi qualcosa che prima non c'era: una relazione personale di fiducia, prima col mediatore e poi piano, piano anche fra loro. Adesso hanno qualcosa che non conviene perdere, perché potrebbe riuscire a risolvere la lite; qualcosa per cui merita fare una minuscola rinuncia e una piccola concessione di natura patrimoniale.

Per svolgere appieno la loro funzione, le transazioni economiche dei mercati e le trattative che le precedono, hanno bisogno che tra gli attori vi sia un rapporto di fiducia reciproca, che richiede, però, di lasciare un po' di spazio alla gratuità⁵².

Ebbene nella mediazione il dono di un ascolto empatico e di una disponibilità paziente, che eccedono la prestazione dovuta, è il grimaldello con cui il mediatore può aprire le porte sbarrate.

8. Le tecniche di mediazione.

Il mediatore, privo del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio, svolge durante il procedimento di mediazione un'attività di tipo facilitativo, aiuta cioè le parti a raggiungere l'accordo di conciliazione, ma i modi per svolgere quest'attività sono diversi: c'è un metodo negoziale, un metodo basato sulla comprensione e un metodo trasformativo.

⁵² Cfr. Benedetto XVI, *Lettera enciclica Caritas in veritate*, n. 34 e seguenti.

a) Il metodo negoziale o “problem solving” o negoziato sui principi⁵³.

Il metodo negoziale o “problem solving” o negoziato sui principi consiglia ai mediatori di aiutare le parti a negoziare su due livelli: uno sulle questioni di merito e uno sui principi da seguire per risolvere la lite.

Innanzitutto, il mediatore deve tener separati i problemi sul merito della controversia dagli aspetti personali, legati alle percezioni, alle emozioni e alla comunicazione, perché le parti, in mediazione, rischiano facilmente di fraintendersi, di irritarsi, di perdere la calma e di offendersi. Mentre tratta con gentilezza le persone, attacca con decisione i problemi concreti.

Riguardo alle percezioni, il mediatore fa attenzione che tutti comprendano il punto di vista degli altri e che tutti si sentano compresi e partecipi al processo decisionale, in modo che sentano la paternità dell'accordo e lo approvino. Riguardo all'emozioni, il mediatore consente alle parti di sfogarsi e di scaricare la rabbia e la tensione, in modo che dopo possano ragionare con calma. Riguardo alla comunicazione, il mediatore ascolta attentamente ogni persona, le fa domande in modo che chiarisca bene quello che vuole dire e riepiloga quello che ha detto, in modo che anche gli altri capiscano il suo punto di vista e la comunicazione avvenga senza malintesi.

Quando affronta i problemi concreti, deve concentrare l'attenzione delle parti sui loro interessi e sui loro bisogni, evitando che trattino da posizioni. Nella "trattativa di posizione" ciascuna parte prende una posizione e finisce per rimanerci rinchiusa, perché quanto più la difende, tanto più vi si trova impegnata personalmente e diventa difficile modificarla per non perdere la faccia. La trattativa di posizione richiede molto tempo, perché ognuno parte da una posizione estrema e vi rimane attaccato con ostinazione, facendo solo le minime concessioni indispensabili perché il negoziato continui. La trattativa di posizione, quindi, diventa uno scontro di volontà, richiede molto tempo e, se raggiunge l'accordo, lo fa in modo non amichevole e incrina il rapporto fra le parti.

In realtà il conflitto non sta nelle posizioni assunte dalle parti, ma nei loro interessi, bisogni, desideri, preoccupazioni e paure. Gli interessi che stanno dietro le posizioni, sono ciò che motiva le loro decisioni. Il mediatore, pertanto, deve distinguere fra posizioni e interessi. Spesso le parti assumono la posizione più ovvia per soddisfare un interesse; ma vi possono essere altre posizioni in grado di soddisfare quell'interesse, che si conciliano con gli interessi della contro parte e spesso dietro una posizione ci sono molti più interessi, alcuni dei quali si rivelano compatibili con quelli della contro parte. Mentre le posizioni ossia le pretese giuridiche sono esplicite, gli interessi di solito rimangono inespressi ed è compito del mediatore identificarli e portarli alla luce, organizzando con ciascuna parte incontri separati, nei quali le parti possono aprirsi senza temere di svelare informazioni confidenziali.

Il mediatore deve, poi, cercare una soluzione creativa della controversia, cercando di “accrescere la torta prima di dividerla”; in altre parole deve cercare di aumentare le opzioni disponibili vantaggiose per tutti ed evitare che le trattative si svolgano lungo una sola dimensione, quella che mira soltanto a restringere la distanza fra le pretese iniziali e riduce la mediazione a una faticosa divisione in due della parte contesa, come in un gioco a somma zero. Per far questo, separa il momento dell'invenzione creativa dal momento della decisione e organizza sessioni separate, in cui ciascuna parte è libera di escogitare nuove possibili soluzioni, senza temere di essere criticata o presa sul serio.

Per facilitare l'accordo sul merito della controversia, poi, il mediatore può aiutare le parti a svolgere una trattativa sui principi da seguire e così: ricercare dei criteri oggettivi, indipendenti dalla loro volontà, da applicare per raggiungere una soluzione equa, quali il prezzo di mercato, la consulenza di un tecnico indipendente⁵⁴, gli usi ecc. ovvero proporre delle eque procedure di decisione (uno fa le

⁵³ Cfr. R. Fischer e W. Ury, *L'arte del negoziato*, Milano 1985. Il metodo negoziale o negoziato sui principi venne elaborato in un progetto dell'Harvard University.

⁵⁴ Sulla consulenza tecnica in mediazione si veda M. Fiorini, *L'esperto e le attività tecniche in mediazione*, in *Diritto della mediazione Civile e Commerciale*, cit. pag.229.

parti e l'altro sceglie; le parti elaborano le attribuzioni e poi le tirano a sorte). Infatti, se è difficile accettare la proposta di un altro, non è un atto di debolezza accettare un criterio oggettivo.

Infine, il mediatore può, con l'aiuto degli avvocati, esaminare i probabili esiti dell'eventuale futuro giudizio con i suoi tempi e i suoi costi anche non economici e valutare se quest'alternativa sia migliore all'accordo di conciliazione che si sta profilando in mediazione.

b) La mediazione fondata sulla comprensione⁵⁵.

Il metodo basato sulla comprensione, consiglia al mediatore di risolvere la lite aiutando le parti a prendere consapevolezza di tutti gli aspetti della controversia e così aiutandole ad analizzare ciò che l'ha causata, gli effetti che ha prodotto e che potrebbe produrre, le pretese e le ragioni di tutte le parti coinvolte e le possibili soluzioni, chiedendo agli avvocati delle parti la disponibilità per esaminare la fondatezza delle rispettive pretese e gli esiti dell'eventuale futuro giudizio.

Il mediatore dovrebbe procedere sempre attraverso scelte condivise e informate, mediante la tecnica del "looping (ciclo) della comprensione": il mediatore ascolta con attenzione ogni parte, rende manifesto di averla compresa, chiede alla parte se si è sentita compresa e riceve tale conferma.

c) La mediazione trasformativa⁵⁶.

La mediazione trasformativa cerca di trasformare la relazione personale, da conflittuale a collaborativa, invertendo il processo degenerativo causato dal conflitto.

Il conflitto, infatti, genera un'escalation distruttiva della relazione personale dovuta alla perdita del controllo della situazione, che induce le parti a rinchiudersi in sé stesse, assumendo atteggiamenti diffidenti e ostili verso la contro parte, percepita come un odiato nemico da distruggere. Questi atteggiamenti si rinforzano reciprocamente in una spirale negativa e disumanizzante.

Il mediatore deve arrestare e invertire questo circolo vizioso mediante: "empowerment" ossia cercando di rafforzare la fiducia delle parti in sé stesse, in modo da renderle capaci di individuare i propri obiettivi e di prendere decisioni da sole in circostanze ostili, "recognition" ossia facendo in modo che comprendano meglio i punti di vista e i bisogni dell'altra parte. In altre parole, il mediatore deve renderle capaci sia di difendere i propri interessi sia di fare aperture verso gli altri, accompagnandole in un confronto dove le differenze sono inevitabili. Per far questo il mediatore usa: la "tecnica del riflettere o dello specchio" ossia ripete quello che ogni parte ha detto, in modo che l'altra parte possa comprenderlo bene e che la parte che ha parlato, possa riascoltarsi ed eventualmente correggersi e, comunque, diventare più consapevole della forza delle proprie ragioni; la "tecnica del riassunto" con la quale, nel momento in cui il dialogo si arresta, fa una sintesi generale della conversazione, sottolineando i punti condivisi e quelli su cui c'è ancora disaccordo; la "tecnica della verifica" ossia chiede via, via alle parti come intendano procedere, in modo da rimettere sempre nelle loro mani ogni decisione. Si genera, così, un processo rigenerativo della loro comunicazione e della loro relazione personale: più una parte prende forza interiore e riacquista fiducia, più incomincia ad aprirsi alla prospettiva dell'altra e questa, riacquistando fiducia, si apre a sua volta. Questi movimenti, spesso quasi impercettibili, continuando ad aumentare, trasformano la spirale della relazione da negativa a positiva. Il percorso non è né costante né uniforme e, a volte, ai movimenti positivi segue una regressione allo stato di chiusura, al quale poi subentrano nuove aperture e così via.

Il mediatore trasformativo, per non compromettere l'*empowerment*, non cerca di risolvere i problemi al posto delle parti, non dirige la discussione e non impone un procedimento rigidamente strutturato, ma consente alle parti di impostare il dialogo secondo i loro bisogni e concede spazio all'espressione delle emozioni, senza intervenire anche quando la conversazione si fa infuocata.

⁵⁵ G. Friedman e J. Himmelstein, *La mediazione attraverso la comprensione*, Milano 2012

⁵⁶ R.A.B. Bush e J.P. Folger, *La promessa della mediazione*, Firenze 2009

Mentre il mediatore negoziale è più direttivo e propositivo e più focalizzato sull'accordo da raggiungere e sugli aspetti economici della controversia, il mediatore trasformativo e quello che segue il metodo della comprensione sono più flessibili e attenti a ristabilire un'amichevole relazione personale fra le parti, che mettono al centro del processo decisionale, rifiutando qualunque modalità che faccia leva sulla coercizione o sulla manipolazione e, così, usando con moderazione le sessioni separate, perché, permettendo al mediatore di controllare le informazioni e la discussione, gli consentono fare pressioni e influenzare i risultati.

Mentre il metodo negoziale è l'espressione di un'etica individualistica, i metodi fondati sulla comprensione e sulla trasformazione sono espressioni di etiche relazionali.