

Emersione del conflitto e criterio di rilevanza nel ragionamento giuridico. Processo e mediazione a confronto

1. INTRODUZIONE

Lo studio che si va ad affrontare si propone di svolgere un'analisi comparativa tra due differenti strumenti di risoluzione delle controversie presenti nel nostro ordinamento giuridico, il processo e la mediazione. Saranno messe a confronto, in particolare, le modalità con le quali processo e mediazione si pongono rispetto al conflitto da risolvere e ne individuano la parte rilevante, allo scopo di addivenire alla risoluzione della controversia che contrappone le parti. La prospettiva di comparazione prescelta si rivela piuttosto interessante in quanto, come emergerà più ampiamente nel seguito del lavoro, essa appare in grado di mettere in luce notevoli differenze nell'articolazione del ragionamento giuridico e nella struttura dell'argomentazione presenti in ciascuno dei due contesti; al contempo, tale angolazione consente di mettere in discussione alcune affermazioni stereotipate che ricorrono da tempo nella letteratura giuridica e che sono finalizzate, principalmente, a promuovere la conciliazione come strumento alternativo al processo.

Su questa linea di pensiero, nell'elaborazione dottrinale che si occupa di metodi alternativi di risoluzione delle controversie, uno dei punti di forza della conciliazione-mediazione¹ viene individuato nella notevole "capacità ricettiva"

1. Nell'art. 1 del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, sono state introdotte alcune definizioni volte a chiarire il significato, fra gli altri, dei termini "mediazione" e "conciliazione" utilizzati dal legislatore. Si tratta di definizioni in parte innovative rispetto alla nostra tradizione giuridica, secondo le quali la "mediazione" identifica il procedimento per giungere, ove possibile, alla "conciliazione". In realtà, la scelta semplificatrice e, in larga misura, acritica del legislatore ha alle spalle notevoli problemi di incertezza terminologica, più volte affrontati dalla dottrina: sul punto, cfr. E. Silvestri, *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", 1, 1999, pp. 321-37; F. Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, CEDAM, Padova 2008, spec. pp. 6 ss., 416 ss.; E. Resta, *Giudicare, conciliare, mediare*, in Id., *Il diritto fraterno*, Laterza, Roma-Bari 2002, pp. 91-3; A. R. Briguglio, *Conciliazione giudiziale*, s.v., in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. IV civ., III, UTET, Torino 1988, pp. 203-5; A. Rossi, *Conciliazione (Diritto processuale civile)*, s.v., in *Encyclopædia giuridica Treccani*, VIII, Istituto della Encyclopædia Italiana, Roma 1988, pp. 1-26; F. Lancellotti, *Conciliazione delle parti*, s.v., in *Encyclopædia del diritto*, vol. 7, Giuffrè, Milano 1961, pp. 397-419.

di questo strumento rispetto al conflitto. L'istituto della mediazione sarebbe cioè potenzialmente in grado di recepire e di cogliere i termini reali del conflitto da cui è scaturita la controversia, facendo emergere i veri interessi che contrappongono le parti e permettendo alle stesse, coadiuvate in varia misura dal mediatore, di giungere a una soluzione tendenzialmente globale della situazione di conflitto².

In realtà, dagli studi più approfonditi si evince che esistono numerosi e diversi modelli di mediazione e che, nell'ambito di ciascuno di essi, tale peculiarità assume configurazioni differenti³. Tuttavia, sembra di poter affermare –

2. Questa caratteristica positiva della conciliazione-mediazione viene sottolineata in modo costante nell'elaborazione dottrinale: sul punto, senza pretesa di completezza, cfr. C. Moore, *The Mediation Process*, Jossey-Bass, San Francisco 1986, pp. 71 ss., 200 ss.; A. Chaykin, *Selecting the Right Mediator*, in "Dispute Resolution Journal", 49, 1994, pp. 58-65; C. J. Menkel-Meadow, *Pursuing Settlement in an Adversary Culture: A Tale of Innovation Coopted or 'The Law of ADR'*, in "Florida State University Law Review", 19, 1991, pp. 2 ss., 12 ss.; Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, cit., pp. 416-24; P. L. Nela, *Tecniche della mediazione delle liti*, in "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", 1, 2003, pp. 1017-35; A. Nasco, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 151-65; fra le opere manualistiche, cfr. A. Bruni, *Conciliare conviene*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna (RN) 2007, pp. 68 ss., 120 ss.; G. De Palo, L. D'Urso, D. Golann, *Manuale del conciliatore professionista*, Giuffrè, Milano 2004, p. 219; M. Cicogna, G. Di Rago, N. Giudice, *La conciliazione commerciale*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna (RN) 2004, pp. 138-45; M. Di Rocco, A. Santi, *La conciliazione. Profili teorici e analisi degli aspetti normativi e procedurali del metodo conciliativo*, Giuffrè, Milano 2003, pp. 122-5; A. Uzqueda, P. Frediani, *La conciliazione*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 1-30; in chiave critica, cfr. Silvestri, *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, cit., pp. 321-37; F. P. Luiso, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", 1, 2004, pp. 1201, 1216-9; nel contesto della distinzione tra conciliazione facilitativa e conciliazione valutativa, F. Santagada, *La conciliazione nelle controversie civili*, Cacucci, Bari 2008, pp. 292-5; M. F. Ghirga, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2008/52/CE)*, in "Rivista di Diritto Processuale", 1, 2009, pp. 357-80; R. Caponi, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR («Alternative Dispute Resolution»)*, in "Foro Italiano", 5, 2003, cc. 165-75; A. Uzqueda, *Come conciliare*, in S. Giacomelli (a cura di), *La via della conciliazione*, IPSOA, Milano 2003, pp. 95-134; in chiave comparatistica, con un'analisi sulla "forza di fatto" degli interessi, L. Passanante, *Modelli di tutela dei diritti. L'esperienza inglese e italiana*, CEDAM, Padova 2007, pp. 51-8. Sulla conciliazione-mediazione, in generale, cfr. altresì V. Varano (a cura di), *L'altra giustizia*, Giuffrè, Milano 2007, *passim*; M. A. Foddai (a cura di), *La scelta della mediazione*, Giuffrè, Milano 2009, *passim*; L. P. Comoglio, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in "Rivista di Diritto Processuale", 1, 2000, pp. 318-71, nonché i riferimenti bibliografici contenuti nell'appendice bibliografica, curata da Fava, presente in G. Alpa, R. Danovi (a cura di), *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, Giuffrè, Milano 2004, p. 561.

3. Nell'ambito del tema della mediazione, oltre che una pluralità di modelli (F. Cuomo Ulloa, *Modelli di conciliazione nell'esperienza nordamericana*, in "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", 1, 2000, pp. 1283-325; Id., *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, cit., pp. 420-4), emerge, in un'ottica comparatistica, una pluralità di culture che confluiscano nel fenomeno conciliazione-mediazione (in argomento, M. Taruffo, *Considerazioni sparse su*

e ciò viene confermato da recenti analisi teorico-generali della conciliazione-mediazione⁴ – che la capacità di far emergere il vero conflitto venga indicata come una delle connotazioni tipiche della mediazione in tutte le sue differenti manifestazioni. L'identificazione dei reali interessi delle parti non è un tratto caratterizzante soltanto della mediazione basata sugli interessi, ma è assai importante anche nei modelli valutativi o aggiudicativi di mediazione, nei quali assume importanza il confronto con le posizioni delle parti⁵.

In questa linea di pensiero, le capacità potenziali della mediazione di provare l'emersione del vero conflitto vengono presentate come notevolmente più accentuate rispetto alle capacità proprie del processo. Da un lato, il processo appare il luogo in cui avviene l'applicazione formale del diritto e, come tale, è uno strumento che si arresta di fronte al limite formale della norma: il giudice decide facendo applicazione delle norme giuridiche sostanziali e, quindi, rigetta e accoglie la domanda proposta dalla parte sulla base di una decisione fondata su criteri giuridici. Per converso, la mediazione appare come un ambiente pervaso da una logica diversa, in quanto in essa vi è la possibilità di mettere le parti in condizione di oltrepassare il livello formale rappresentato dai limiti della domanda e dalle norme di legge su cui essa si basa, dando spazio a un più ampio lavoro compiuto sugli interessi che si pongono sullo sfondo della domanda stessa. In questo modo, la costruzione della soluzione del conflitto avviene in maniera “conversazionale”, ossia aprendo a tutti quegli aspetti della lite che, pur essendo esclusi dalla norma giuridica da applicarsi al caso concreto, sono rilevanti agli occhi delle parti e in vista della soluzione del conflitto che le contrappone⁶.

Questo profilo della mediazione si traduce in una vera e propria indicazione di metodo circa il modo in cui il mediatore è chiamato a operare. “Focaliz-

mediazione e diritti, in “Ars Interpretandi”, 2004, pp. 97-112); cfr. altresì, su questi profili, i contributi citati nella nota 1.

4. Per tutti Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, cit., spec. 407-98; cfr. anche *infra*.

5. In questo senso, espressamente, Nela, *Tecniche della mediazione delle liti*, cit., pp. 1034-5; Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, cit., pp. 436-9, ove si mettono in evidenza le caratteristiche dei diversi modelli di conciliazione-mediazione.

6. Su questi profili, cfr. le chiare prospettazioni di ivi, pp. 418-9, in cui Cuomo Ulloa si richiama alle tesi di F. Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, OUP, Oxford 1991 (trad. it. di C. Rustici, *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, il Mulino, Bologna 2000, pp. 66 ss., 95 ss., 262 ss.), e di Menkel-Meadow, *Pursuing Settlement in an Adversary Culture*, cit., p. 4, la quale ultima autrice afferma che i risultati ottenuti con gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, oltre a dare una risposta agli interessi e ai bisogni delle parti, sono «fairer, more sensitive to the complex needs of the parties, and more likely to be followed». Cenni in questo senso si trovano molto spesso anche nella manualistica: per tutti, Bruni, *Conciliare conviene*, cit., pp. 68 ss., 120 ss.

zare gli interessi e non le posizioni” continua a rimanere uno dei dettami fondamentali che devono ispirare l’attività del conciliatore, sia pur modulato a seconda del modello di conciliazione che viene di volta in volta in considerazione⁷; più specificamente, si sottolinea come il compito del mediatore sia quello di favorire la riformulazione del conflitto in termini cooperativi, allo scopo di indurre le parti a ragionare sugli interessi e sulle esigenze che devono essere soddisfatte per risolvere il conflitto⁸.

Alla maggiore capacità ricettiva della mediazione corrisponderebbe una più ampia capacità risolutrice della mediazione stessa, che dovrebbe manifestarsi sia in senso quantitativo che in senso qualitativo.

Dal punto di vista quantitativo, potenzialmente la mediazione potrebbe cioè riuscire a risolvere una più ampia porzione di conflitto rispetto a quanto riesca a fare il processo, il quale si concentra esclusivamente su una o più posizioni soggettive che una delle parti assume essere state violate dalla controparte. In questo senso, il processo sarebbe limitato dall’operatività della norma giuridica che ne definisce un oggetto ristretto. Di conseguenza, nella sede processuale, si manifesterebbe soltanto una parte del conflitto, ovvero una versione dello stesso. Per contro, il contesto aperto della mediazione potrebbe condurre a una emersione più completa del conflitto in tutte le sue sfumature e le sue articolazioni.

Permettendo al conflitto di emergere in modo più completo all’interno della mediazione, si avrebbe altresì un vantaggio in termini qualitativi. Nel contesto della mediazione si manifesterebbero infatti “le vere ragioni” di contrapposizione tra le parti, ciò che nel processo, molto spesso, rimane in ombra, falsando, talvolta, anche i termini della controversia. L’apertura verso i reali interessi delle parti e, più in generale, l’emersione della più ampia articolazione del conflitto pongono potenzialmente le basi per la costruzione di soluzioni più articolate per il conflitto stesso, rivolte al futuro e tendenzialmente pacificatrici in modo definitivo del contrasto insorto tra le parti⁹.

7. La “direttiva” che deve ispirare l’attività del mediatore, cui si fa riferimento nel testo, emerge da uno dei testi fondativi della negoziazione creativa, R. Fisher, W. L. Ury, B. Patton, *Getting to Yes*, Penguin Books, New York 1991 (trad. it. di A. Giobbo, *L’arte del negoziato*, Corbaccio, Milano 2007, pp. 33-134), opera che ha avuto un’importanza fondamentale nell’evoluzione del dibattito scientifico in materia di *mediation* e nello studio delle tecniche di mediazione. Le strategie fondamentali suggerite dagli autori, che costituiscono ancora oggi «una sorta di patrimonio condiviso per molti di coloro che si occupano di mediazione» (così Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, cit., p. 414) sono riassumibili nelle seguenti direttive: 1. metti a fuoco gli interessi e non le posizioni; 2. separa le persone dal problema; 3. moltiplica le opzioni per il reciproco soddisfacimento; 4. insisti sull’uso di criteri oggettivi.

8. Con una prospettiva particolare, cfr. S. Castelli, *La mediazione. Teorie e tecniche*, Raffaello Cortina, Milano 1996, pp. 52, 60; in generale, Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, cit., pp. 414-30.

9. Si rinvia agli autori e ai contributi citati nelle note precedenti.

I profili poc’anzi individuati sono piuttosto evidenti in relazione a controversie complesse, che si caratterizzano per una pluralità di piani di interesse intrecciati e sovrapposti.

La tradizionale contrapposizione tra mediazione – potenzialmente più recettiva rispetto al conflitto reale – e processo – selettivo e astraente nei confronti del conflitto reale – offre lo spunto per un triplice ordine di rilievi critici, i quali richiedono una premessa di metodo. È possibile analizzare la questione in esame considerando il problema da un angolo visuale più tecnico e meno indefinito, ossia quello relativo al criterio di rilevanza. In altri termini, per definire quale sia la parte del conflitto che viene in considerazione all’interno di un contesto (che può essere quello del processo o quello della mediazione) è necessario rifarsi a ciò che del conflitto è rilevante in quello stesso contesto: e sarà proprio all’operatività del criterio di rilevanza nei due differenti contesti che risulterà opportuno fare riferimento per discutere le affermazioni poc’anzi prospettate.

2. IL PROCESSO E L’OPERATIVITÀ DEL CRITERIO DI RILEVANZA

Partendo dal contesto del processo, si possono mettere in discussione alcune delle affermazioni che emergono nella letteratura in materia di alternative. In primo luogo, si rende necessaria una considerazione preliminare. Il fenomeno per il quale nel processo si delinea soltanto una parte della realtà complessa del conflitto costituisce, in linea generale, un elemento fisiologico, che, come vedremo, riguarda anche la mediazione: rispetto alla pluralità di fatti, tendenzialmente infinita, in cui può essere scomposta una vicenda reale che rispecchia un conflitto, il processo è *un contesto nel quale viene compiuta una selezione*, in quanto in esso operano criteri in base ai quali vengono selezionati enunciati che rispecchiano le circostanze reali in cui il conflitto si è articolato. Come in tutti i possibili tipi di contesto, nel processo la selezione dei fatti avviene sulla base di un criterio di rilevanza: in altri termini, tutte le operazioni con i fatti che vengono compiute prendono le mosse dalla ricerca e dall’identificazione di quali fatti siano rilevanti. Poiché il processo è un contesto giuridico, ossia un ambiente regolato da norme giuridiche e il cui oggetto verte sull’applicazione di norme giuridiche, in esso è *il diritto che informa il criterio di rilevanza*¹⁰: in altri termini, è il diritto che definisce e determina ciò che costituisce

10. Sull’argomento, N. Irti, *Rilevanza giuridica*, s.v., in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. xv, UTET, Torino 1968, p. 1094; C. Maiorca, *Fatto giuridico – fattispecie*, s.v., ivi, vol. vii, UTET, Torino 1961, p. 111; A. Cataudella, *Fattispecie e fatto. I. Fattispecie*, s.v., in *Enciclopedia del Diritto*, xvi, Giuffrè, Milano 1967, p. 926; A. Falzea, *Fattispecie e fatto. II. Fatto giuridico*, s.v., ivi, p. 941; J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, Kluwer Academic, Dordrecht-Boston-London 1992, pp. 131-5; Schauer, *Le regole del gioco*, cit., spec. pp. 54-7.

il fatto¹¹. Pertanto, nel contesto processuale l'individuazione di quali "fatti reali" siano destinati a costituire l'oggetto della controversia avviene sulla base di *criteri giuridici*, ossia sulla base delle norme che si ritiene trovino applicazione in relazione a una determinata controversia.

Le norme sono composte da un predicato fattuale, detto anche protasi, ossia da un complesso di enunciati che descrivono un nucleo di fatti, i quali specificano le condizioni di fatto che determinano l'applicabilità della norma¹². Per la loro conformazione, sono le regole giuridiche stesse che, in via preventiva ovvero *ex ante*, provvedono a individuare i presupposti di fatto necessari per la loro applicazione e, di conseguenza, il giudice che sia chiamato a dare applicazione a una regola per decidere una controversia deve accettare – sia pur all'esito di un procedimento complesso che mette in correlazione i fatti con il diritto – se si siano verificate, nella realtà, le condizioni di fatto che la regola descrive come presupposto per la produzione di determinate conseguenze giuridiche.

In questo senso, il fatto non è dato in sé e autonomamente prima di assumere rilevanza giuridica: nel processo è fatto ciò che si definisce come tale in funzione del diritto che si ritiene applicabile per decidere la controversia¹³; le norme fungono da "griglie di selezione" dei fatti: è il diritto che definisce e determina ciò che nel processo costituisce il fatto e, pertanto, sono le norme giuridiche che delimitano la "porzione di conflitto reale" che è destinata a costituire la controversia su cui verte il processo¹⁴. La dottrina ha sottolineato che la creazione di una correlazione tra il contesto reale dei fatti e il contesto giuridico rappresenta un'attività molto complessa, che solleva una notevole quantità di problemi. In primo luogo, costituisce un fattore di notevole complessità la stessa individuazione del fatto, ossia la definizione analitica di quella parte di esperienza che viene coinvolta dal processo. Ogni accadimento reale può infatti essere descritto in una infinita varietà di modi e nessuno di essi è idoneo a esaurire completamente la complessità che caratterizza anche la situazione di fatto più semplice.

Nella letteratura sulla mediazione, tuttavia, si coglie una lettura semplificata di questi principi, dalla quale sembra emergere l'idea per cui nel processo si creerebbe un effetto ineluttabile: quello per cui il giudice, nel contesto proces-

11. Con la conseguenza che nel diritto «the relevancy is pre-codified [...]: as previously formally defined in a normative way»: così C. Vargas, *The Mental Transformation of Facts into a Case*, in "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", 1, 1991, pp. 58-61.

12. Per tutti, Schauer, *Le regole del gioco*, cit., pp. 54-7.

13. Vargas, *The Mental Transformation of the Facts*, cit., p. 60; Id., *On Judicial Ascertainment of Facts*, in "Ratio Juris", 1, 1991, p. 61; M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milano 1992, p. 69-73; Id., *Studi sulla rilevanza della prova*, CEDAM, Padova 1970, pp. 46-55.

14. Vargas, *The Mental Transformation of Facts into a Case*, cit., pp. 58-60; Id., *On Judicial Ascertainment of Facts*, cit., p. 61; Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 67-70.

suale, si troverebbe a essere relegato in una posizione di sostanziale e necessitata impossibilità di cogliere la complessità del conflitto, la quale si manifesta sia nella selezione della parte del conflitto rilevante attraverso l'attività di costruzione del caso da porre alla base della decisione sia, più in generale, nella definizione della regola giuridica di decisione della controversia. Quanto all'individuazione delle circostanze rilevanti, poiché è il legislatore che definisce i presupposti di fatto di applicazione delle regole, al giudice non sarebbe permesso di fuoriuscire dai confini delimitati dai predicati fattuali delle norme e il suo compito si ridurrebbe al ritrovamento, nell'ordinamento giuridico, della norma (o delle norme) le cui protasi corrispondono alle circostanze di fatto della controversia. Nel contesto processuale, quindi, i giudici non potrebbero andare oltre le norme giuridiche, dovendo limitarsi a verificare una semplice corrispondenza tra le classi di fatti delineate dalla regola giuridica e le circostanze del caso concreto. Più in generale, il primato delle regole avrebbe l'effetto di privare il giudice della possibilità di esercitare un ruolo attivo nell'individuazione del conflitto nonché nella scelta dei criteri di decisione.

In questa prospettiva, “l'indifferenza del giudice rispetto alle vere ragioni del conflitto” costituirebbe, secondo le tesi in esame, una conseguenza delle caratteristiche strutturali del contesto processuale: di conseguenza, l'operatività del criterio di rilevanza giuridica, fondato su regole predefinite nei loro presupposti di applicazione, renderebbe l'emersione della complessità del conflitto reale sottostante alla controversia non compatibile con l'ambiente processuale, regolato da norme giuridiche che definiscono in modo rigido i presupposti di fatto della propria applicazione.

Queste prospettazioni hanno indubbiamente il pregio di cercare di mettere in luce le differenze intercorrenti tra il contesto processuale e il contesto della conciliazione-mediazione, ma hanno il difetto di farlo su premesse non corrette. L'errore nelle premesse genera inoltre una conclusione altrettanto errata, quella secondo cui la realizzazione della condizione di completezza nell'individuazione del conflitto sarebbe irrimediabilmente preclusa nel processo per l'operatività di un criterio di rilevanza definito da regole giuridiche.

In realtà, si può affermare che queste prospettazioni soffrono di alcuni limiti in quanto sono costruite su una concezione ideologica del ragionamento giudiziale modellata sullo *schema del ragionamento sillogistico*. Rispecchiano infatti la prospettiva tradizionale della concezione sillogistica della decisione giudiziale, nella quale l'individuazione delle circostanze rilevanti per la decisione viene configurata semplicemente come il risultato di una mera correlazione meccanica dal generale al particolare. Posto che la premessa maggiore del sillogismo è costituita da una norma formulata in modo da attribuire rilevanza giuridica a una certa classe di fatti, la determinazione della premessa minore consiste soltanto nello stabilire quali circostanze concrete appartengano a questa classe. Sulla base della corrispondenza dal particolare al generale,

l'operazione di individuazione della parte di conflitto da porre alla base della decisione si dovrebbe configurare come un'operazione di mera applicazione logica di una norma¹⁵.

In realtà, queste prospettazioni sono destinate a entrare irrimediabilmente in crisi allorché si prenda atto che l'individuazione della parte rilevante del conflitto, nella moderna teoria della decisione, costituisce una questione problematica complessa, che non riesce a trovare una spiegazione esauriente nella teoria del sillogismo giudiziale. In questa linea di pensiero, lo schema del sillogismo giudiziale è stato definitivamente messo in discussione come modello esaustivo di decisione giudiziale, in quanto non permette di spiegare alcunché di come effettivamente avvenga la determinazione della parte del conflitto giuridicamente rilevante a opera del giudice¹⁶. In questo senso, è opinione consolidata che lo schema sillogistico fornisca una rappresentazione *parziale* del procedimento che conduce il giudice alla decisione, in quanto non dà conto di quella che costituisce la fase più complessa dell'attività decisoria: quella cioè in cui il giudice definisce, o meglio costruisce, la premessa maggiore e la premessa minore del sillogismo, le quali rappresentano il risultato di un complesso lavoro di creazione¹⁷.

15. Sullo schema logico del sillogismo giudiziale, cfr. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York 1979, p. 262; K. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg 1960², pp. 19-21; Id., *Einführung in das Juristische Denken*, Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1968⁵ (trad. it. di A. Baratta, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano 1970, pp. 57-9); G. Kalinowski, *Introduction à la logique juridique*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1965 (trad. it. di M. Corsale, *Introduzione alla logica giuridica*, Giuffrè, Milano 1971, p. 240). Cfr., inoltre, J. Wróblewski, *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale*, trad. it. di P. Comanducci, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino 1987, p. 277; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino 1999, spec. pp. 122 ss., 149 ss. Sull'orientamento sistematico-deduttivo di matrice giuspositivista, per tutti, M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, CEDAM, Padova 1975, pp. 148-53 e le indicazioni di dottrina ivi contenute.

16. F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari 2004, pp. 174-237 ss.; G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Giuffrè, Milano 1984, pp. 48-60; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, ouP, Oxford 1978 (trad. it. e introduzione di A. Schiavello, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, a cura di V. Villa, Giappichelli, Torino 2001, pp. 71-6); Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 74-8; Id., *La motivazione della sentenza civile*, cit., pp. 224-30; P. Comanducci, *Ragionamento giuridico*, in E. Silvestri, M. Taruffo (a cura di), *I metodi della giustizia civile*, CEDAM, Padova 2000, p. 79.

17. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 76; Wróblewski, *Il sillogismo giuridico*, cit., p. 277; cfr. altresì L. Gianformaggio, *Se la logica si applichi alle norme. In cerca del senso di una questione*, in "Materiali per un storia della cultura giuridica", 1, 1986, p. 473; B. S. Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, Deborah Charles, Merseyside 1988, pp. 37-41; B. Pastore, *Giudizio, prova, ragion pratica*, Giuffrè, Milano 1996, pp. 118-9; Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 149-89.

Alla luce di queste considerazioni, affermare che il criterio di rilevanza giuridica osti a una costruzione del caso idonea a rappresentare la complessità del conflitto significa attribuire al problema un inquadramento non corretto nel contesto dell'attività decisoria. Significa, in particolare, trascurare la dimensione complessa, di vera e propria costruzione, che caratterizza la selezione delle circostanze rilevanti in relazione alle norme che si ritengono applicabili al caso concreto. È il giudice che, nell'esercizio dei suoi poteri decisori, è chiamato ad affrontare la complessa operazione di «costruzione della fatispecie»¹⁸.

Sotto un ulteriore profilo, le prospettazioni che si stanno discutendo pongono di fronte a un limite derivante dall'idea che il processo costituisca una sorta di scatola chiusa, isolata dalla realtà esterna, separata dagli avvenimenti reali che hanno caratterizzato il conflitto da cui è scaturita la controversia nonché dal complesso di rapporti economico-sociali nei quali il conflitto si è originato. In questa linea di pensiero, rileva solo ed esclusivamente ciò che è presente nel processo, ossia il materiale che attraverso le allegazioni, le deduzioni e le difese emerge all'interno delle pareti rigide e opache dell'ambiente processuale.

La prospettiva è destinata a cambiare profondamente, rendendo molto più impegnativo e complesso il problema dell'operatività del criterio di rilevanza nel contesto processuale, allorché ci si riferisca a una *concezione aperta del processo*, alla quale si accompagna una nozione di giustizia della decisione che guarda al contenuto qualitativo della decisione stessa: questo deve essere valutato, tra gli altri elementi¹⁹, in relazione al fatto che la decisione sia fondata su

18. Così Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 77.

19. Su questi profili, da ultimo, si rinvia a M. Taruffo, *La semplice verità*, Laterza, Roma-Bari 2009, spec. pp. 99 ss., 116 ss., 122 ss., 196 ss.; Id., *Idee per una teoria della decisione giusta*, in "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", 1, 1997, p. 315, ove si definisce la giustizia della decisione attraverso tre condizioni, disgiuntamente necessarie e congiuntamente sufficienti, ossia: la correttezza del procedimento, la giusta interpretazione e applicazione della legge sostanziale, la veridicità dell'accertamento dei fatti. Sull'"ideologia legale-razionale" della decisione giudiziaria, Wróblewski, *Il sillogismo giuridico*, cit., pp. 284-7; Id., *Theoretical and Ideological Problems of Controlling Judicial Decisions*, in Id., *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Juridica, Helsinki 1983², p. 127; Id., *Ideología de la aplicación judicial del derecho*, in Id., *Sentido y hecho en el derecho*, Fontamara, Méjico 2001, p. 67; Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., spec. pp. 42-5; Id., *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, relazione presentata al xxv Convegno nazionale dell'Associazione italiana tra gli studiosi del processo civile, tenutosi a Cagliari il 7-8 ottobre 2005, sul tema "Le prove nel processo civile", in "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", 1, 2007, p. 246; Id., *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in M. Bessone (a cura di), *L'attività del giudice. Mediazione degli interessi e controllo delle attività*, Giappichelli, Torino 1997, p. 139. Sulle diverse condizioni di giustizia della decisione giudiziaria cfr. M. Taruffo, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, il Mulino, Bologna 2002, pp. 219-22. Sui caratteri del processo orientato all'attuazione di policies cfr., in generale, M. R. Damaška, *The Faces of Justice and States Authority*, Yale University Press, New Haven 1986 (trad. it. di A. Giussani e F. Rota, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparistica del processo*, il Mulino, Bologna 1991, p. 249).

un accertamento veritiero dei fatti rilevanti, i quali siano in grado di rispecchiare, con tendenziale completezza, la realtà complessa del conflitto reale da cui si è generata la controversia²⁰.

In questo senso, quanto più il processo permette l'emersione della complessità del conflitto tanto più si caratterizza per essere interessato all'esatta determinazione della situazione reale che è alla base della controversia e quindi, tanto più si configura come uno strumento di tutela dei diritti che opera secondo parametri di giustizia²¹. E ciò contrasta con l'immagine del contesto processuale che ricorre con una certa frequenza nella letteratura in tema di metodi alternativi di risoluzione delle controversie.

Sulla base di questi presupposti, per evitare il fenomeno dell'“indifferenza del giudice” rispetto al conflitto, l'elaborazione dottrinale sta cercando di mettere a punto categorie processuali più complesse e meno semplificate di quelle tradizionali: si pensi al modello di fatto complesso. In relazione alla costruzione del caso, studi di carattere linguistico ed epistemologico hanno permesso alla dottrina di mettere in discussione la costruzione “tetragona” della nozione di fatto alla quale l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale fanno, da sempre, riferimento, introducendo notevoli aperture teoriche. In generale, si è osservato che, da un punto di vista interpretativo, i principi processuali sono stati modellati ricorrendo a una nozione notevolmente semplificata di “fatto”, plasmata sulla base di fattispecie normative relativamente semplici. Questa nozione semplificata, tuttavia, per molti versi non appare adeguata, ad esempio, a rappresentare il substrato dei fatti costitutivi che caratterizza le domande proposte nell'ambito delle cosiddette “controversie a matrice complessa”. In questi casi, la lite verte su posizioni soggettive o situazioni giuridiche rispetto alle quali la determinazione di quali siano i fatti costitutivi è complicata: o perché la fattispecie della norma rinvia a fatti complessi o indeterminati, ovvero perché vengono in considerazione posizioni soggettive non perfettamente definite nei loro presupposti di fatto, come quelle che sorgono da norme che hanno una struttura particolarmente aperta, in

20. Sul requisito della completezza, nella prospettiva della messa a punto di un modello giusto ed efficiente della costruzione del caso, cfr. C. Gamba, *Diritto societario e ruolo del giudice*, CEDAM, Padova 2008, spec. pp. 157 ss., 301 ss.

21. In questo ordine di idee, la prospettiva che viene in considerazione è quella che prende le mosse dal rapporto tra complessità e scopi del processo. Se si ritiene che il vero ed esclusivo fine del processo e della decisione è por fine alla controversia, allora probabilmente è quanto mai opportuno che la complessità della realtà rimanga fuori dal processo, in quanto costituisce un fattore di complicazione inutile. La prospettiva cambia se vengono attribuiti al processo scopi ulteriori (la produzione di decisioni giuste) rispetto a quello di risolvere la controversia: allora, soprattutto in relazione a determinate tipologie di controversie complesse come quelle societarie, l'emersione della “complessità”, e dunque la rappresentazione della verità dei fatti e della situazione reale da cui si è originata la controversia, diviene una condizione di partenza essenziale.

quanto contengono clausole generali o concetti giuridici indeterminati²². Nello stesso ordine di idee, è stato rilevato che, in relazione a determinate posizioni soggettive, il fatto complesso posto dall'attore a fondamento della domanda è costituito da più fatti singoli correlati che evocano, nel loro insieme, una situazione costituita, nella realtà, da un complesso di circostanze o eventi concreti²³. Qualora ci si trovi in presenza di simili ipotesi, nel processo emerge, in quanto oggetto di allegazione, una sorta di rete, retta da alcuni "punti di fatto", individuati in corrispondenza dei singoli fatti allegati espressamente dalla parte, ma costituita anche da molti spazi aperti, rappresentati da circostanze implicite, le quali fanno parte della situazione complessa oggetto di allegazione. Anche se le circostanze evocate come parte della situazione complessa non sono state oggetto di enunciazione espressa, esse *non* costituiscono *fatti non allegati*, rispetto ai quali debba operare il limite del principio dispositivo e del principio della domanda. Sono infatti circostanze che appartengono alla situazione complessa posta a fondamento della domanda, dal cui insieme deriva la *versione* della situazione complessa che la parte ha inteso evocare²⁴.

In conclusione, la tradizionale contrapposizione tra mediazione e processo, fondata sull'asserita maggiore capacità della prima di recepire e risolvere in termini più ampi ed esaustivi il conflitto che è alla base della controversia, si fonda, parzialmente, su alcune assunzioni ideologiche – confutabili – in ordine al processo e ai suoi scopi nonché in ordine al ruolo ascritto al giudice. È l'idea cioè che il processo costituisca una scatola chiusa, priva di collegamenti con la realtà esterna, nella quale il giudice è semplicemente chiamato ad applicare meccanicamente la legge: si tratta tuttavia di una concezione che, come abbiamo visto, è in contrasto con una dimensione aperta del processo, la quale è funzionale alla produzione di decisioni giuste e razionali.

3. LA MEDIAZIONE E L'INDETERMINATEZZA DEL CRITERIO DI RILEVANZA

Passiamo ora al contesto della mediazione. In generale, anche nella mediazione si verifica il fenomeno per il quale emerge soltanto una parte della realtà complessa del conflitto, e ciò è fisiologico: rispetto alla pluralità di fatti, tendenzialmente infinita, in cui può essere scomposta una vicenda reale che rispecchia un conflitto, anche la mediazione, necessariamente, è *un contesto selettivo*, in quanto in esso operano criteri in base ai quali vengono selezionati alcuni

22. Ciò è particolarmente evidente in relazione alle posizioni soggettive che si contrappongono all'esercizio di un potere; su questi profili, cfr. Gamba, *Diritto societario e ruolo del giudice*, cit., spec. i capp. 3 e 4.

23. Cfr. Taruffo, *La semplice verità*, cit., pp. 196 ss., 205 ss.

24. Gamba, *Diritto societario e ruolo del giudice*, cit., spec. i capp. 3 e 4.

profili in cui il conflitto si è articolato. Come in tutti i possibili tipi di contesto, anche nella mediazione la selezione delle parti di conflitto che interessano avviene sulla base di un criterio di rilevanza. Ciò che muta, rispetto al processo, è il tipo di criterio al quale ci si riferisce, poiché la mediazione è un contesto che – in alcune sue manifestazioni – può anche prescindere dalla dimensione giuridica.

Ai fini dell'indagine che si sta conducendo è particolarmente interessante prendere in considerazione alcune affermazioni relative all'operatività del criterio di rilevanza nel contesto, rispettivamente, della mediazione e del processo. In uno studio dedicato all'argomento è stato giustamente messo in luce che il concetto di rilevanza assumerebbe una duplicità di significati nel contesto giurisdizionale e in quello della mediazione, nel senso che «la certezza e la prevedibilità della sentenza sono legate al fatto che il giudice analizzerà solo gli elementi rilevanti, ossia quelli considerati dalla regola»; per converso, «nell'ambito della mediazione il concetto di rilevanza implica un giudizio di valore sul "peso specifico" che devono possedere i differenti elementi in conflitto, al fine di trovare una soluzione»²⁵.

Da ciò si comprende che il concetto di rilevanza, rispetto alla mediazione in generale, è un concetto “in bianco”, ossia del tutto indeterminato e variabile, nella misura in cui, rispetto alla mediazione, può essere rilevante ogni elemento che sia funzionale a individuare una soluzione per il conflitto insorto tra le parti. È inoltre un concetto che si basa su elementi di carattere valutativo (fortemente connessi con la “convenienza” rispetto al reperimento di una soluzione del conflitto) e che ha un carattere particolaristico, in quanto è strettamente collegato con le specifiche peculiarità del caso concreto.

Il discorso è ancora più complesso se si considera che ad accentuare l'indeterminatezza del concetto di rilevanza nel contesto della mediazione giocano un ruolo determinante i vari modelli di mediazione che vengono di volta in volta in considerazione. In relazione a un modello di mediazione cosiddetto creativo o autoregolativo, il criterio di rilevanza può essere del tutto privo di connessioni con le regole giuridiche, in quanto si tratta di un modello di mediazione nel quale la soluzione coincide con la creazione – a opera delle parti coadiuvate dal mediatore – della regola del loro rapporto, indipendentemente dalle regole sociali o giuridiche che lo disciplinano. Siamo cioè al di fuori della cornice giuridica e vengono in considerazione – e, quindi, sono rilevanti – interessi, emozioni e altri aspetti del conflitto che non coincidono con quelli messi in rilievo dalla sua regolamentazione giuridica. Per contrasto, in un modello cosiddetto attuativo di mediazione, assume rilevanza la configurazione giuridica della controversia e lo spazio di mediazione si colloca all'interno di essa: in esso le parti, sostenute dall'opera del mediatore, possono nego-

25. Così R. C. Soler, *I giochi senza arbitro né segnapunti. La mancanza di certezza nella risoluzione dei conflitti*, in “Ars Interpretandi”, 2004, pp. 90-2.

ziare la realizzazione dei comportamenti prescritti dalle norme giuridiche, valorizzando interessi e aspettative che possono facilitare l'adeguamento delle parti stesse al comando della legge²⁶.

In generale, emerge una differenza strutturale fra il tipo di argomentazione che caratterizza il processo e quello presente nella mediazione: mentre nel contesto processuale si è in presenza di un modello argomentativo ermeneutico “classico”, fondato sull’interpretazione delle norme giuridiche da applicare al caso concreto, nell’ambito della mediazione-conciliazione è possibile prescindere completamente dalle regole giuridiche, con la conseguenza che, in queste ipotesi, si argomenta sull’esclusiva rilevanza di interessi non normati o sulla base di standard di valutazione non giuridici, quali possono essere criteri di carattere economico o di mera convenienza soggettiva.

Alla luce delle considerazioni che precedono, derivano due corollari, che hanno incidenza sulla questione dell’asserita maggiore capacità ricettiva della mediazione nei confronti del conflitto.

a) La variabilità e l’indeterminatezza del concetto di rilevanza nell’ambito della mediazione fanno sì che quello che viene definito il punto di forza della mediazione, ossia la sua capacità di far emergere i veri interessi e il conflitto reale, *sia per lo più un luogo comune*, che non corrisponde, in realtà, a una effettiva e unica connotazione strutturale costante dell’istituto della mediazione. Come si è poc’anzi messo in evidenza, dietro all’idea dell’emersione del vero conflitto possono confluire una pluralità di situazioni molto differenti le une dalle altre. In questo senso, la mediazione può essere veicolo della più completa rappresentazione del conflitto al suo interno, idonea a inquadrare nella luce più corretta e completa i diritti che vengono in considerazione alla luce del background delle circostanze di fatto che hanno condotto all’insorgere della controversia; ma può anche succedere che, all’originario diritto rispetto al quale è insorta la controversia, si cumulino altre posizioni soggettive giuridicamente rilevanti, esterne alla controversia originaria, le quali però entrano nel novero degli elementi rilevanti in vista della soluzione da dare al conflitto originario; ovvero, può accadere che nel contesto della mediazione venga in rilievo esclusivamente la parte giuridicamente rilevante del conflitto e non altro, dal momento che l’identificazione dei reali interessi delle parti può benissimo non emergere in quanto è del tutto casuale, come spesso accade nel modello cosiddetto “aggiudicativo” di conciliazione²⁷; infine, possono assumere rilevanza esclusivamente interessi extragiuridici, quale, ad esempio, l’inte-

26. Su questi profili, fondamentale è il saggio di E. Waldman, *Identifying the Role of Social Norms in Mediation: A Multiple Model Approach*, in “Hasting Law Journal”, 48, 1997, pp. 703-69, ripreso, fra gli altri, da Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, cit., pp. 436 ss.

27. Luiso, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, cit., p. 1218.

resse economico delle parti di mantenere buoni rapporti commerciali con la controparte, ovvero quello dell'impresa a non veder intaccata in senso negativo la propria immagine commerciale.

b) Proprio in considerazione dell'indeterminatezza del concetto di rilevanza che opera in rapporto alla mediazione, *anche nella mediazione potrebbe ben emergere e assumere valore determinante una rappresentazione del tutto parziale del conflitto*: potrebbe cioè accadere, ad esempio, che emerga e sia rilevante un solo interesse extragiuridico, il quale diviene determinante rispetto a tutto il complesso del conflitto, in quanto elemento conveniente per arrivare alla soluzione. Si pensi al caso, non troppo di scuola, in cui la parte meno abbiente abbia un interesse economico impellente di arrivare rapidamente alla soluzione di una controversia per ottenere “pochi soldi ma subito”; ovvero al caso della società commerciale che abbia interesse a non compromettere la propria immagine sul mercato, la quale, pur avendo ragione nel merito, accetta un soluzione amichevole favorevole al consumatore. In casi come questi, ci troviamo di fronte a una emersione molto parziale del conflitto all'interno del contesto della mediazione, in quanto sono rilevanti soltanto pochi interessi di carattere extragiuridico i quali, però, risultano convenienti per la soluzione della lite.

Da quanto precede risulta che l'idea della mediazione come istituto avente la capacità di recepire e far emergere il conflitto reale è l'espressione di una ideologia della mediazione. Si tratta, probabilmente, di una ideologia positiva dell'istituto, che attribuisce alla mediazione caratteristiche che, a una analisi più approfondita, appaiono non sussistere come veri e propri tratti caratterizzanti di ordine generale.

4. ALCUNE CONSIDERAZIONI RELATIVE

AL D.LGS. 4 MARZO 2010, N. 28, IN MATERIA DI MEDIAZIONE

Del resto, talvolta è proprio la cornice normativa nella quale viene fatto funzionare l'istituto della mediazione che non favorisce l'esplicazione della potenzialità recettiva della mediazione stessa. È quanto pare avvenire in relazione alla mediazione così come disciplinata dal recente D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28²⁸.

Bastino al riguardo due sintetiche considerazioni.

In virtù dell'art. 10 del citato decreto (analogamente a quanto già previsto

28. Sul nuovo D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in generale, cfr. M. Bove, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in “Rivista di Diritto Processuale”, 2010, pp. 343-62; AA.VV., *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, a cura di B. Sassani e F. Santagada, Dike Giuridica Editrice, Roma 2010, *passim*; G. Monteleone, *La mediazione forzata*, e L. Dittrich, *Il procedimento di mediazione nel D.Lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, entrambi i contributi in <http://www.iudicium.it>, nonché i riferimenti bibliografici contenuti nelle note seguenti.

dall'art. 40, 3º comma, del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5), le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni; sul contenuto delle stesse non è ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisorio. Inoltre, l'art. 11, 2º comma, dispone che «salvo diverso accordo delle parti, la proposta non può contenere alcun riferimento alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento».

La *ratio* delle norme consiste nel favorire il raggiungimento della conciliazione lasciando le parti libere di prendere posizione e di esprimere i veri interessi senza temere di “scoprirsi” troppo e definitivamente; tuttavia, l'art. 11, 1º comma, prevede che, «quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione». La possibilità che il mediatore effettui la proposta, indipendentemente da una esplicita e concorde richiesta, è del tutto possibile che si traduca nell'indurre nelle parti stesse una certa prudenza nel riferire informazioni e rendere dichiarazioni – e questo anche nell'ambito delle sessioni separate, durante le quali il mediatore incontra singolarmente ciascuna delle parti in assenza dell'altra – in considerazione delle conseguenze del rifiuto della proposta stessa. Basti al riguardo considerare che, ai sensi del successivo art. 13 del nuovo decreto legislativo, il rifiuto della proposta, in determinati casi, può comportare conseguenze negative a carico delle parti in materia di ripartizione delle spese giudiziali²⁹. Tant’è che la dottrina ha già sottolineato che l’assistenza di un avvocato nel corso della mediazione si rivelerà più che mai preziosa per le parti, soprattutto se il mediatore non sia, a sua volta, un avvocato³⁰. Non è difficile cogliere che questi aspetti della nuova disciplina

29. Così prevede l'art. 13, D.Lgs. 28/2010: «1. Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all’entrata del bilancio dello Stato di un’ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l’applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l’indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all’esperto di cui all’articolo 8, comma 4. 2. Quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l’indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all’esperto di cui all’articolo 8, comma 4. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente. 3. Salvo diverso accordo le disposizioni precedenti non si applicano ai procedimenti davanti agli arbitri».

30. D. Dalfino, *Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali»*, in <http://www.iudicium.it>, spec. § 5.

plina sembrano essere disincentivanti rispetto all'effettiva possibilità che, nell'ambito della mediazione, emerga il conflitto in tutte le sue articolazioni: molto probabilmente, le parti eviteranno di scoprirsì e quindi risulterà, presumibilmente, molto difficoltosa l'emersione del vero conflitto e dei reali interessi delle parti stesse.

Sotto un ulteriore profilo, alcuni autori hanno osservato che il fatto che la proposta del conciliatore di cui all'art. 13 del nuovo decreto legislativo sia oggetto di valutazione a opera del giudice – in quanto essa rappresenta il parametro della regolamentazione delle spese di giudizio – costituirebbe un elemento che si ripercuote, limitandolo, sull'oggetto della mediazione. In questo senso, secondo una tesi interpretativa proposta in prima lettura del nuovo decreto legislativo, il mediatore potrebbe fare solo proposte che stiano nell'ambito dell'oggetto della disputa, e tali da poter essere poi accolte o rigettate dal giudice, «poiché, se ne facesse altre, diversificando le proposte di conciliazione oltre i limiti dell'oggetto del processo, il meccanismo delle spese salterebbe, e con esso anche la struttura e le finalità del decreto legislativo»³¹. Si tratta ovviamente di una tesi interpretativa, non priva di profili opinabili, la quale, tuttavia, ha il pregio di mettere in evidenza che la configurazione strutturale della nuova normativa potrebbe condurre a eliminare, in modo quasi radicale, la potenzialità recettiva e solutoria della nuova mediazione.

5. CONCLUSIONI

Le considerazioni poc'anzi prospettate sollevano una pluralità di problemi che non è possibile, in questa sede, sviluppare compiutamente in tutte le loro implicazioni. Tuttavia, il confronto tra la differente operatività del criterio di rilevanza nel contesto del processo e nel contesto della mediazione ci permette di proporre alcune osservazioni di sintesi, capaci di mettere in crisi alcuni *topoi* che ricorrono, tradizionalmente, nella letteratura in tema di mediazione.

Non è vero che il processo sia un contesto che, per definizione, si disinteressa del vero conflitto sottostante alla controversia: al contrario, l'attenzione verso l'effettiva configurazione del conflitto, funzionale a una corretta rappresentazione dei fatti nella loro dimensione reale, è propria di un processo che voglia tutelare i diritti secondo criteri di giustizia.

A causa dell'indeterminatezza del criterio di rilevanza che vi opera, non è vero che la mediazione, per definizione, permette al conflitto reale di emergere e ai veri interessi di avere una migliore rappresentazione: al contrario, quello che può accadere nell'ambito della mediazione – in relazione ai livelli di emersione del conflitto – può corrispondere a situazioni molto differenti le une

31. Così si è espresso G. Scarselli, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in <http://www.iudicium.it>, § 5.

dalle altre; non è da escludere che, talvolta, sia proprio il contesto della mediazione a perdere di vista il completo e reale articolarsi del conflitto, dando spazio a porzioni dello stesso esclusivamente funzionali al reperimento di una qualsivoglia soluzione.

Si tratta di aspetti sui quali sarebbe necessario riflettere ulteriormente e che sollevano una pluralità di problemi. Tuttavia, si può affermare che, probabilmente, il vizio di fondo delle prospettazioni analizzate risiede nel mettere sullo stesso piano mediazione e processo, sia pur contrapponendoli dal punto di vista della ricettività nei confronti del conflitto sottostante alla controversia. Dietro a questa operazione, probabilmente, vi è la volontà di accreditare, più o meno surrettiziamente, il processo e la mediazione – la seconda in alternativa al primo – come strumenti intercambiabili di giustizia. In realtà, l'operazione non è accettabile e le considerazioni che precedono dimostrano le oggettive difficoltà di indirizzare istituti alternativi come la mediazione verso la vocazione di tutela dei diritti e non già in contrapposizione con essa³².

32. Per il profilo del problematico rapporto tra la conciliazione-mediazione e la tutela dei diritti si rinvia altresì alle considerazioni, svolte in chiave critica o problematica, da Taruffo, *Considerazioni sparse su mediazione e diritti*, cit., p. 97, da E. Silvestri, *La tutela dei diritti nella prospettiva della conciliazione e della mediazione*, in “Democrazia e diritto”, 2, 2005, p. 56, nonché da Luiso, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, cit., p. 1021; in prospettiva parzialmente differente, con una particolare attenzione ai diversi modelli di mediazione-conciliazione, cfr. Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, cit., pp. 436-58.