

**S**upplemento  
FLP News

N. 4

ANNO I MERCOLEDI' 11 maggio 2011



ISSN 2039-5280

# Mediazione Oggi

Rivista Scientifica sulla Mediazione, Conciliazione, arbitrato e tecniche ADR

**Conciliazione nelle controversie  
di lavoro e mediazione civile e  
commerciale**

*di Marco Carlomagno*

*Scoraggia la lite,  
Favorisci l'accordo ogni volta che puoi.  
Mostra come l'apparente vincitore sia spesso un  
reale sconfitto .....*

*(Abraham Lincoln)*

*Quando è possibile tentare la  
conciliazione.....*

Supplemento n.4 FLP a News n 164-165

# Mediazione Oggi

Rivista Scientifica sulla Mediazione, Conciliazione, arbitrato e tecniche ADR

FLP News

DIRETTORE:

Marco Carlomagno

DIRETTORE RESPONSABILE:

Roberto Sperandini

COMITATO EDITORIALE:

Lauro Crispino, Roberto Sperandini,  
Vincenzo Patricelli

Sito [www.flp.it](http://www.flp.it) e-mail: [flpnews@flp.it](mailto:flpnews@flp.it)

REDAZIONE: Via Roberto Bracco, 45 – 80133 Napoli

REDAZIONE ROMANA: Via Piave, 61 – 00187 Roma

EDITORE: FLP

Registrazione Tribunale di Napoli

n. 24 del 01.03.2004

Iscrizione al R.O.C. n. 12298

PROGETTO GRAFICO E IMPAGINAZIONE:

FLP News

Supplemento a FLP News.

E' diffuso in formato cartaceo e disponibile online. Può essere scaricato dal sito internet [www.adrinstitute.it](http://www.adrinstitute.it);

Chiunque può collaborare con la redazione, inviando notizie, commenti o articoli da pubblicare in formato Word, all'indirizzo e-mail: [adrinstitute@adrinstitute.it](mailto:adrinstitute@adrinstitute.it)

I contenuti espressi negli articoli firmati dai collaboratori, sia interni che esterni, sono da considerare opinioni personali degli autori che non impegnano pertanto la FLP.

Associato USPI

Unione Stampa Periodica Italiana

Pubblicità

Adrinstitute

Via Piave 61 00187 Roma

Tel. 0642000358 Fax 0642010268

e-mail: [adrinstitute@adrinstitute.it](mailto:adrinstitute@adrinstitute.it) ;

sito: [www.adrinstitute.it](http://www.adrinstitute.it)



RICONOSCIMENTO DEL CREDITO D'IMPOSTA PER  
INVESTIMENTI IN CAMPAGNE PUBBLICITARIE LOCALIZZATE

Grazie alla legge 289 e alla delibera CIPE successiva le imprese che incrementano i propri investimenti pubblicitari in campagne su mezzi locali certificati, anche per l'anno 2006, otterranno delle agevolazioni fiscali.

Le informazioni e la modulistica per richiedere il credito d'imposta sono disponibili all'indirizzo dell'Agenzia delle Entrate:

[Http://www1.agenziaentrate.it/dre/abruzzo/cop/bonus\\_pubblicita.htm](http://www1.agenziaentrate.it/dre/abruzzo/cop/bonus_pubblicita.htm)



REDAZIONE ROMANA :  
via piave, 61 -00187 Roma

tel.1 0642000358

tel.2 0642010899

fax. 0642010628

e-mail: [adrinstitute@adrinstitute.it](mailto:adrinstitute@adrinstitute.it)

**Redazione:**

Marco Carlomagno, Roberto Sperandini

Lauro Crispino, Vincenzo Patricelli

**Collaboratori:**

Gabriella Carlomagno, Serena Pane, Eliana Manes Rossi,  
Fabio Tozzi, Angelo Gagliardi, Amelia Crasta, Francesco  
Carlomagno, Gaetano Laghi, Francesco Lambiase,  
Giuseppe Morando, Manuela Catapano, Chiara Sernia

**Comitato Scientifico**

Leonardo Bugiolacchi, Nora Capece, Marco Carlomagno,  
Vittorio Carlomagno, Amelia Crasta, Vincenzo Maria  
Cesaro, Stefano Dumontet, Ezio Ercole, Gennaro Ferrara,  
Lucilla Gatt, Riccardo Izzo, Gaetano Laghi, Francesco  
Lambiase, Maria Luigia Melillo, Claudio Quintano, Mario  
Quinto, Antonio Scamardella, Concezio Ezio Sciarra,  
Maurizio Sibilio





1 Legge 4 novembre 2010, n. 183 "Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro".

2 Decreto Legislativo 10 settembre 2003, n. 276 "Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30".

3 Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 recante: Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n.69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali

## Conciliazione nelle controversie di lavoro e mediazione civile e commerciale

di Marco Carlomagno

Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro, introdotto nel 1998 nel settore privato e nel 2001 in quello pubblico, è stato recentemente abrogato dalla Legge n. 183/2010<sup>1</sup> (Collegato Lavoro).

Dal 24 novembre 2010 il tentativo di conciliazione è tornato ad essere facoltativo e non deve quindi più necessariamente precedere il ricorso al tribunale.

Come chiarito anche dal Ministero del Lavoro, con la Circolare 25 novembre 2010, n. 3428 contenente le prime istruzioni operative per la fase transitoria a seguito delle modifiche introdotte dal Collegato Lavoro, l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione permane unicamente in relazione ai contratti certificati in base al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, come espressamente previsto dal combinato disposto del secondo comma dell'articolo 31 della legge 183/2010 e del quarto comma dell'articolo 80 del d.lgs. n. 276/2003<sup>2</sup>.

In particolare, diventa vincolante il verbale di conciliazione. Espletato il tentativo, infatti, se la conciliazione riesce, anche parzialmente, si redige processo verbale sottoscritto dalle parti e dalla Commissione (o sottocommissione) nel suo complesso. Il giudice, su istanza di parte, dichiara esecutivo il verbale. Se invece non si raggiunge l'accordo, la Commissione (o sottocommissione) formula una proposta conciliativa per la definizione della controversia da inserire obbligatoriamente nel verbale, con espressa indicazione delle posizioni manifestate da ambo le parti (art. 411, comma 2) e il giudice nel successivo giudizio terrà conto del comportamento tenuto dalle parti qualora la proposta formulata sia stata rifiutata senza una adeguata motivazione.

La richiesta di conciliazione rego-

larmente inviata o presentata attiva una procedura fortemente cadenzata:

- entro 20 giorni dalla richiesta può aversi l'eventuale deposito della memoria di controparte contenente le rispettive controdeduzioni;
- entro 10 giorni dal deposito della memoria di controparte i funzionari addetti della Direzione provinciale devono procedere a convocare le parti per la loro comparizione dinanzi alla Commissione o sottocommissione;
- entro 30 giorni dalla convocazione delle parti deve svolgersi il tentativo di conciliazione dinanzi alla Commissione o sottocommissione (art. 410, comma 7).

Appare di particolare interesse analizzare le cause di questo ripensamento da parte del legislatore e le correlazioni con la normativa introdotta con il Decreto Legislativo n. 28/2010<sup>3</sup> che prevede la possibilità di ricorrere alla mediazione, ma non per risolvere le controversie di lavoro.

Da molto tempo le controversie di lavoro sono assoggettate a una valutazione preventiva in sede stragiudiziale affidata dal legislatore ad appositi organismi che assistono le parti e/o propongono possibili soluzioni per definire la vertenza in atto.

Con l'entrata in vigore dello Statuto dei Lavoratori (legge 20 maggio 1970, n. 300) sono state attribuite le prime funzioni di conciliazione agli uffici provinciali e regionali del lavoro con riferimento alle controversie in materia di licenziamento individuale e a quelle derivanti dall'irrogazione di una sanzione disciplinare (art. 7).

Successivamente l'istituto della conciliazione ha subito una nuova e importante modificazione ad opera della legge di riforma del processo del lavoro, n. 533 dell'11 agosto 1973. In questo contesto viene definito compiutamente come tenta-



# Mediazione Oggi



tivo stragiudiziale di conciliazione, a carattere facoltativo, che può svolgersi tanto in sede amministrativa quanto in sede sindacale.

Con gli interventi legislativi di riforma del 1998 l'istituto della conciliazione in materia di lavoro diventa obbligatorio e dotato di una specifica rilevanza sul piano processuale. Le parti non possono adire il giudice se prima non tentano di risolvere la controversia in questa sede (condizione di procedibilità della domanda giudiziale). Obiettivo del legislatore: creare un efficace meccanismo alternativo al processo per decongestionare il traffico giudiziario.

Nel 2001 questo meccanismo viene esteso anche alle controversie di lavoro nel settore pubblico con alcune differenze di tipo procedurale.

La conciliazione nelle controversie di lavoro disciplinata dal precedente sistema prevedeva due forme di conciliazione prima del giudizio: una in sede di Direzione Provinciale del Lavoro, l'altra in sede sindacale. Il giudizio unanime sulla conciliazione obbligatoria in materia di lavoro da parte di tutti gli operatori del settore è stato fortemente negativo sulla base dei risultati avuti nel corso dei circa 12 anni in cui è rimasta in vigore nel settore privato e nei circa 10 anni in cui è rimasta in vigore nel settore.

Le cause principali sono ascrivibili principalmente al fatto che:

- La conciliazione obbligatoria in materia di lavoro è sempre stata intesa come negoziazione di parte. Il tentativo di composizione della lite è rimasto limitato ai soli fatti e diritti dedotti in base alla controversia in essere e ciò ha ovviamente precluso ogni possibilità di scoprire e analizzare i reali interessi in gioco, al di là delle reciproche posizioni contrapposte evidenziate dalle parti.
- La riforma del 1998 aveva previsto per il tentativo facoltativo di conciliazione una commissione composta da nove membri di cui quattro sono i rappresentanti delle associazioni datoriali e quattro di quelle dei lavoratori, ma nella realtà si è operato con sottocommissioni formate da un rappresentante per parte oltre al funzionario della Direzione Provinciale del Lavoro in veste di Presidente, creando così

una struttura burocratica, priva di professionalità specifiche in capo a coloro che avrebbero dovuto procedere alla mediazione, che ha portato, di conseguenza a pessimi risultati.

L'inefficienza del sistema ha ingenerato e alimentato, di conseguenza, sfiducia e pregiudizio nelle parti nei confronti di una qualsiasi forma alternativa di soluzione extragiudiziale dei conflitti di lavoro, rafforzando la convinzione che il tentativo di conciliazione fosse un inutile passaggio obbligatorio per adire il giudizio.

I pochi accordi raggiunti non sono stati altro che ratifiche di accordi transattivi già raggiunti in altra sede tra le parti.

Analogo risultato è avvenuto anche all'interno del processo, in quanto il tentativo di conciliazione effettuato dal giudice non è mai stato sufficientemente efficace in quanto il giudice è chiamato a decidere in base al *petitum* e alla causa *petendi* (il ruolo di conciliatore è possibile solo nell'ambito di una mediazione libera da ogni vincolo preconstituito che non sia quello della terzietà e imparzialità del mediatore).

Il Collegato Lavoro (Legge 4/11/2010 n. 183), entrato in vigore il 24 novembre 2010, ha concluso l'esperienza del tentativo obbligatorio di conciliazione.

Con la sola eccezione dei contratti certificati in base al Decreto Legislativo 10/09/2003 n. 276 per i quali resta l'obbligatorietà, il preventivo tentativo di conciliazione cessa di essere una condizione di procedibilità (in vista di un futuro giudizio avanti il Giudice del Lavoro) e torna a essere del tutto facoltativo.

Il testo del nuovo art. 410 c.p.c. definisce, pertanto, le procedure per il nuovo tentativo facoltativo di conciliazione, valido sia per il settore privato che per quello pubblico, innovando la composizione della Commissione Provinciale di Conciliazione.

In sintesi, il tentativo di conciliazione:

- Continua ad essere condizione di

procedibilità della domanda nei giudizi riguardanti la verifica di un contratto di lavoro certificato. In questo caso se non viene esperito prima della proposizione del ricorso il relativo giudizio verrà dichiarato improcedibile (non vi sarà più la rimessione del giudice innanzi alla commissione lavoro competente).

- Non è più obbligatorio, invece, per tutte le altre controversie in materia di lavoro. In questo caso, tuttavia, se effettuato, vanno depositati in giudizio tutti gli atti del procedimento che saranno valutati dal giudice ai fini del giudizio.

La materia in oggetto è ampiamente regolamentata da una analitica disciplina in ordine agli strumenti deflattivi del contenzioso del lavoro sulla base degli accordi contrattuali. Le parti, infatti, possono scegliere due vie alternative:

- o adire immediatamente le vie legali;
- o privilegiare la composizione negoziale della lite.

In quest'ultimo caso (composizione negoziale), è possibile effettuare una duplice scelta:

- si può prevedere il tentativo di conciliazione in sede sindacale o amministrativa senza preclusione del successivo ricorso all'autorità giudiziaria;
- può essere previsto l'affidamento della controversia ad un soggetto terzo – o un arbitro, ovvero un collegio arbitrale – che dirima la vertenza secondo diritto o secondo equità.

Va segnalata anche un'altra importante novità: il giudice investito della questione, una volta che sia stato depositato il ricorso, dovrà procedere all'interrogatorio delle parti e all'espletamento del tentativo di conciliazione (questa volta in sede giudiziale e a condizione che non sia stato esperito precedentemente un tentativo di conciliazione facoltativo o negoziale).

Il tentativo esperito nel corso del giudizio si caratterizza per il fatto che il giudice dovrà esplicitamente formulare una proposta transattiva. Questa, se immotivatamente rifiutata, potrà costituire un presupposto valutabile ai fini del giudizio.

Contestualmente alla fine dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione nelle controversie di lavoro, la recente

normativa sulla mediazione civile e commerciale, disciplinata Decreto Legislativo n. 28/2010, ha introdotto in Italia la possibilità di ricorrere alla mediazione, introducendo il preventivo tentativo di mediazione, quale condizione di procedibilità per una serie rilevante di materie.

La contemporanea discussione in Parlamento della L. 183/2010 e del D.Lgs. 28/2010 sarebbe stata una occasione per introdurre un esplicito riferimento alla mediazione come tecnica di risoluzione alternativa anche delle controversie di lavoro. Infatti il valore aggiunto del mediatore, che è un negoziatore *super partes*, può essere veramente efficace per dirimere o deflazionare il contenzioso e trovare una reciproca soddisfazione delle parti nella definizione della controversia capovolgendo la prospettiva precedente che vedeva quale massimo risultato ottenibile da una conciliazione preventiva un accordo semplicemente "transattivo" che spesso finiva per scontentare le parti.

Tale mancata armonizzazione ha prodotto la paradossale situazione per cui, da un lato, si è introdotta la mediazione assistita preventiva obbligatoria per gran parte delle controversie in materia civile e commerciale e, dall'altro, si sono escluse le controversie di lavoro, sia privato che pubblico, da questo percorso conciliativo, previsto come necessario già dallo Statuto dei Lavoratori del 1973.

Ciò nonostante, utilizzando la creatività che ogni mediatore dovrebbe sempre possedere per aumentare le proprie probabilità di successo, inizia a farsi strada l'ipotesi se sia possibile, con alcuni accorgimenti, utilizzare le modalità della mediazione assistita (Decreto Legislativo 28/2010) anche per le controversie di lavoro <sup>4</sup>.

Va valutato, infatti, se, pur non essendo obbligatorio *ex lege*, il tentativo preventivo di conciliazione per le controversie di lavoro, sia privato che pubblico, possa essere esperito con le modalità definite dalla vigente normativa inoltrando la domanda presso un Organismo di Mediazione accreditato presso il Ministero della Giustizia.

Ovviamente, per quanto attiene alle vertenze di lavoro vi è la necessità di trovare forme e modalità conciliative che siano compatibili con il dettato dell'art. 2113 c.c. secondo il quale le rinunce e le transazioni che abbiano per oggetto diritti del lavoratore derivanti da disposizioni inderogabili di legge, e dei contratti o accordi collettivi sono valide solo se contenute nei verbali di conciliazione intervenute in sede amministrativa (leggi Commissione Provinciale di conciliazione), sindacale o giudiziale.

In primo luogo vanno considerati i requisiti formali e sostanziali che deve avere un accordo tra datore di lavoro e lavoratore per poter essere considerato definitivo e non impugnabile, desumibili dalla costante giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione<sup>5</sup>, per cui una conciliazione, per essere qualificata come

<sup>4</sup> Lannutti Paolo, Controversie di lavoro, conciliazione e mediazione, sito internet *Aequitas Adr*

<sup>5</sup> Cass. 25 gennaio 1992, n. 827, in *Mass. giur. lav.* 1992, 249; Cass. 26 luglio 1984, n. 4413, *ibidem* 1984, 509 ed *ivi* 1985, 139 con nota di Ci-pressi, Sulla conciliazione stragiudiziale delle controversie di lavoro; Cass. 13 maggio 1987, n. 4408, in *Not giurisp. lav.* 1987, 511; Cass. 20 febbraio 1988, n. 1804, *ibidem* 1988, 266

“sindacale”, ai sensi degli articoli 411, comma terzo c.p.c., nonché 2113, comma quarto, c.c., deve risultare da un documento sottoscritto contestualmente dalle parti nonché dal rappresentante sindacale di fiducia del lavoratore <sup>6</sup>.

Il carattere dell’impugnabilità e della definitività <sup>7</sup> della conciliazione stessa sussiste quindi solo qualora abbia partecipato attivamente alla conciliazione e sottoscritto la transazione stessa il sindacalista appartenente all’organizzazione sindacale alla quale risulta iscritto o abbia conferito mandato il lavoratore<sup>8</sup> ; deve essere quindi presente il sindacalista che possa considerarsi rappresentante “di fiducia” del lavoratore <sup>9</sup>.

In considerazione di ciò, e trascurando il caso della conciliazione intervenuta in sede giudiziale, possiamo evidenziare due ipotesi:

1. nel procedimento di mediazione il lavoratore è assistito dal rappresentante sindacale dell’organizzazione a cui è iscritto o abbia conferito mandato;
2. nel procedimento di mediazione il lavoratore è solo e comunque non è assistito da un rappresentante sindacale.

Nel primo caso l’accordo raggiunto con l’assistenza del mediatore nel rispetto delle procedure definite dal Decreto Legislativo 28/2010 potrebbe essere equiparato a tutti gli effetti a un accordo sottoscritto “in sede sindacale”, in quanto con la presenza attiva e la contestuale sottoscrizione del rappresentante sindacale, risulterebbe già perfettamente conforme al disposto dell’art. 2113 c.c.

Nella seconda ipotesi, invece, l’eventuale accordo raggiunto tra le parti con l’ausilio del mediatore per essere reso definitivo e non impugnabile dovrà essere nuovamente sottoscritto, a istanza congiunta delle medesime parti, in sede sindacale o avanti la Commissione Provinciale di conciliazione competente territorialmente al fine di ottenere la ratifica del medesimo. Si tratterà comunque di un passaggio puramente formale dal momento che più volte la Cassazione si è espressa nel senso che l’organo collegiale non possa esimersi dal ratificare la volontà delle parti espressa nel verbale di accordo di cui si chiede la ratifica.

Ovviamente, nulla vieta che, anche nel primo caso, si possa valutare l’opportunità di sottoscrivere nuovamente l’accordo raggiunto, a istanza congiunta delle medesime parti, in sede sindacale o avanti la Commissione Provinciale di conciliazione competente territorialmente al fine di ottenere la ratifica del medesimo.

Tali forme di tutela, in attesa di una pronuncia giurisprudenziale in merito alla correttezza della procedura, conferirebbe, in ogni caso, pur avendo usufruito dello strumento della mediazione con le forme e modalità previste dal Decreto Legislativo 28/2010, la sicura garanzia degli effetti giuridici della conciliazione anche alle controversie di lavoro al fine di ottenere da un lato la possibilità di accedere ad una procedura conciliativa realmente efficace e condotta da un mediatore professionale e dall’altro la possibilità di rendere l’accordo eventualmente raggiunto perfettamente conforme al disposto di cui all’art. 2113 c.c..



6 Cass. 25 gennaio 1992, n. 827, in Mass. giur. lav. 1992, 249; Cass. 26 luglio 1984, n. 4413, ibidem 1984, 509 ed ivi 1985, 139 con nota di Cipressi, Sulla conciliazione stragiudiziale delle controversie di lavoro; Cass. 13 maggio 1987, n. 4408, in Not. giurisp. lav. 1987, 511; Cass. 20 febbraio 1988, n. 1804, ibidem 1988, 266

Cass. 22 ottobre 1991, n. 11167 trovati in Mass. giur. lav. 1992, 163, con nota di Sbrocca, In tema di assistenza sindacale nella conciliazione di cui all’art. 411, 3° comma, c.p.c.

7 Per l’insufficienza, ai fini dell’impugnabilità delle conciliazioni in sede sindacale, della “generica assistenza sindacale” (id est presenza di un sindacalista qualsiasi, anche se diverso da quello dell’organizzazione di fiducia), vedi Cass. 17 gennaio 1984, n. 391, in Mass. giur. lav. 1984, 89. Cass. 26 luglio 1984, n. 4413, cit. e Cass. 20 febbraio 1988, n. 1804, cit.; Cass. 11 dicembre 1999 n. 13910

8 Cass. 19 maggio 1982, n. 3903; Cass. 2 aprile 1982, n. 2039, in Not. giurisp. lav. 1982, 464; Cass. 9 marzo 1982, n. 1482, in Mass. giur. lav. 1982, 434; Cass. 26 luglio 1984, n. 4413, cit. e Cass. 20 febbraio 1988, n. 1804, cit.; Cass. 11 dicembre 1999 n. 13910; Cass. 23 giugno 1984, n. 3700, in Mass. giur. lav. 1984, 165.

9 Cipressi, Sulla conciliazione stragiudiziale delle controversie di lavoro, in Mass. giur. lav., 1985., 147.

*Ovviamente, per quanto attiene alle vertenze di lavoro vi è la necessità di trovare forme e modalità conciliative che siano compatibili con il dettato dell'art. 2113 c.c. secondo il quale le rinunce e le transazioni che abbiano per oggetto diritti del lavoratore derivanti da disposizioni inderogabili di legge, e dei contratti o accordi collettivi sono valide solo se contenute nei verbali di conciliazione intervenute in sede amministrativa (leggi Commissione Provinciale di conciliazione), sindacale o giudiziale.*



#### BIBLIOGRAFIA

- A • Bindi, L.; Faedda, B. (2001), Luoghi di frontiera. Antropologia delle mediazioni, Cagliari, Punto di fuga.
- Caputo Antonio e Misto Pia Grazia (2010), Mediazione, Adr, Arbitrato, Guida teorico pratica, Giappichelli, Torino
  - Casotti A. – Gheido M.R. (2005), Le strategie difensive del datore di lavoro, D. Lgs. 124/2004, dalla diffida accertativa alla conciliazione monocratica, Giuffrè, Milano.
  - Cipressi, Sulla conciliazione stragiudiziale delle controversie di lavoro, in Mass. giur. lav., 1985., 147.
  - Consiglio d'Europa - Raccomandazione N.R (99) 19, adottata dal Comitato dei Ministri in data 15.9.1999
  - Haynes, J. M.; Haynes, G. L.; Fong, L. S. (2004), La mediazione. Strategie e tecniche per la risoluzione positiva dei conflitti, Roma, Edizioni Carlo Amore,
  - Luison, L. (2006), La mediazione come strumento d'intervento sociale, Milano, Franco Angeli.
  - Fiorucci, M. (2000), La mediazione culturale. Strategie per l'incontro, Roma, Armando,.
  - Lanna M. (2006), Mediazione sistemi e culture. Viaggio attraverso le comunità immigrate della Campania, Edizioni Melagrana Onlus.
  - Lannutti Paolo, Controversie di lavoro, conciliazione e mediazione, sito internet Aequitas Adr.
  - Maglietta M. (2006) L'affidamento condiviso dei figli. Guida alla nuova legge, Milano, Franco Angeli.
  - Mandato F., (2010), "Abbiamo fatto la medizione, ora creiamo la cultura della mediazione", Ove lex.
  - Martini C.M. – Zagrebelsky G. (2003), La domanda di giustizia, Einaudi, Torino.
  - Parlamento europeo e Consiglio d'Europa, Direttiva 52/2008/CE del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale
  - Sclavi M., (2003), Arte di ascoltare e mondi possibili, Come si esce dalle cornici di cui siamo parte, Milano.
  - Scognamiglio R. (2005) Manuale di Diritto del lavoro, Jovene, Napoli.



## Quando è possibile tentare la conciliazione

di Nora Capece

1 Si veda art.2 DLgs.28/10 "Chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto"

2 Sono esclusi quindi, in virtù di quanto previsto dalla direttiva n. 2008/52/Ce, le controversie in materia fiscale, doganale, e amministrativa oltre che quelle che abbiano ad oggetto diritti indisponibili. Si veda sul punto M. Marinaro, il nuovo codice della Mediazione Civile, il Sole 24ore, n. 02/2011, pag. 36.

3 Si veda art.5 comma 2 DLgs.28/10 " ... il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può invitare le stesse a procedere alla mediazione. L'invito deve essere rivolto alle parti prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa"

4 Si veda l'art. 5 comma 5 DLgs.28/10 "...se il contratto, lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente prevedono una clausola di mediazione o conciliazione e il tentativo non risulta esperito, il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo il giudice o l'arbitro fissa la successiva udienza quando la mediazione o il tentativo di conciliazione sono iniziati, ma non conclusi..."

5 Si veda art.5 comma 1 del DLgs.28/10.

I DLgs. 28/10, recante attuazione dell'art.60 della Legge 18 giugno 2009, n.69, ed i relativo D.M. 180/10, disciplinano il tentativo di conciliazione volontario ed obbligatorio per tutte le controversie civili e commerciali vertenti su diritti disponibili. La suddetta normativa si applica solo nei casi in cui la procedura di mediazione si svolga dinanzi ad un organismo iscritto nel Registro tenuto dal Ministero della Giustizia e sia condotta da un mediatore "professionista".

In base ai citato decreto, sono quattro i casi in cui è possibile attivare il procedimento per tentare la conciliazione:

### *Tentativo di conciliazione volontario<sup>1</sup>*

Tutti i soggetti interessati a risolvere in maniera negoziale la propria controversia, possono fare istanza singola o congiunta di mediazione presso un qualsiasi organismo a tal fine autorizzato. Per beneficiare dell'agevolazioni fiscali previste dalla normativa in vigore, è pur sempre necessario che l'oggetto della mediazione riguardi i diritti disponibili<sup>2</sup> e che ci si trovi nell'ambito della materia civile o commerciale. E' possibile inoltre, in caso di coincidenza totale o parziale della proposta del mediatore con il provvedimento che definisce il giudizio, l'applicazione dell'art. 13 del DLgs. 28/10.

### *Su invito del giudice<sup>3</sup>*

Il giudice, anche in appello, valutata la natura delle causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, per tutte le controversie che non ricadono nelle ipotesi di obbligatorietà, può invitare le parti a tentare la conciliazione presso un qualsiasi organismo di mediazione. Se queste accettano, il giudice fissa la successiva udienza dopo i termini previsti per la scadenza dei quattro mesi. Anche in tale ipotesi le parti possono godere delle agevolazioni previste

dalla normativa. (vedi "i vantaggi per chi concilia")

### *Contrattuale<sup>4</sup>*

Se l'atto costitutivo o uno statuto o il contratto di un qualsiasi ente contengono una clausola di mediazione o conciliazione, in base alla quale le parti si sono impegnate ad esperire il tentativo prima di cominciare una qualsiasi causa in tribunale, il giudice, d'ufficio o su eccezione di parte, se rileva il mancato esperimento del tentativo di conciliazione fissa l'udienza dopo i termini previsti per la scadenza dei quattro mesi. Anche in questo caso le parte attive della procedura potranno godere di tutti i benefici predisposti dal legislatore.

Esempio di clausola : Qualsiasi controversia che dovesse insorgere tra le parti in ordine alla interpretazione, validità, efficacia, esecuzione e risoluzione del presente contratto e degli atti che ne costituiscono esecuzione, compresa ogni ragione di danni, verrà amministrata dall'Organismo non autonomo "ADR Institute" iscritto con PDG 15 giugno 2011, al n. 388 nel Registro degli Organismi di mediazione tenuto presso il Ministero della Giustizia.

### *Tentativo di conciliazione obbligatorio<sup>5</sup>*

Per alcuni tipi di controversie il tentativo di conciliazione è diventato obbligatorio, quali:

- diritti reali
- divisione
- successioni ereditarie
- patti di famiglia



- locazione
- comodato
- affitto di aziende
- risarcimento del danno derivante da:
  - responsabilità medica
  - diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità
- contratti :
  - assicurativi
  - bancari
  - finanziari

Per le controversie in materia di

- condominio
- risarcimento del danno derivante dalla circolazione dei veicoli e dei natanti

l'obbligatorietà entrerà in vigore a partire dal 21 marzo 2012<sup>6</sup>

#### *Cosa significa che il tentativo di conciliazione è obbligatorio?*

Che il ricorso ad un organismo di mediazione per le materie indicate all'art.5 del DLgs.28/10 è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. In questa ipotesi il Legislatore oltre ai numerosi incentivi fiscali e alla possibilità di maturare un credito di imposta pari all'indennità versata per l'attivazione delle mediazione, ha voluto riconoscere una riduzione di un terzo sulle tariffe di mediazione di cui alla "Tabella A del D.M. 180/10", a cui devono attenersi sia gli organismi pubblici sia quelli privati nell'ipotesi in cui la controversia rientri nelle materie previste dall'art.5 comma 1 del DLgs.28/10.

Valore della lite - Spesa (per ciascuna parte)

- Fino a Euro 1.000: Euro 65;
- da Euro 1.001 a Euro 5.000: Euro 130;
- da Euro 5.001 a Euro 10.000: Euro 240;
- da Euro 10.001 a Euro 25.000: Euro 360;
- da Euro 25.001 a Euro 50.000: Euro 600;
- da Euro 50.001 a Euro 250.000: Euro 1.000;
- da Euro 250.001 a Euro 500.000: Euro 2.000;
- da Euro 500.001 a Euro 2.500.000: Euro 3.800;
- da Euro 2.500.001 a Euro 5.000.000: Euro 5.200;
- oltre Euro 5.000.000: Euro 9.200.

Per le materie specificatamente indicate dalla legge, è possibile attivare la procedura di conciliazione, rivolgendosi agli Organismi "speciali" della Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob (DLgs. 179/2007) e dell'Arbitro bancario finanziario istituito dalla Banca d'Italia (Art. 128 -bis del DLgs. 385/1993)

#### I VANTAGGI PER CHI CONCILIA

- a) Esenzione da ogni tassa o imposta di bollo per tutti gli atti e i documenti della procedura.
- b) Esenzione dall'imposta di registro del verbale di accordo entro i limite di valore di 50.000.

<sup>6</sup> Il c.d. decreto milleproroghe 2010 ha disposto che «il termine di cui all'articolo 24, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, è prorogato di dodici mesi, limitatamente alle controversie in materia di condominio e di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti».

c) Possibilità di maturare un credito d'imposta: alle parti che corrispondono l'indennità ai soggetti abilitati a svolgere il procedimento di mediazione presso gli organismi è riconosciuto, in caso di successo della mediazione, un credito d'imposta commisurato all'indennità stessa, fino a concorrenza 500 € . In caso di insuccesso della mediazione, il credito d'imposta è ridotto della metà.

d) Applicazione dell'art. 13 (spese processuali). Per cui se il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente alla proposta di conciliazione formulata dal mediatore, il giudice, condanna la parte vincitrice del giudizio che a rifiutato la proposta di conciliazione:

- al rimborso delle spese che a sostenuto la parte soccombente per l'attività processuale espletata dopo il rifiuto della proposta.
- al versamento di una somma pari al contributo unificato dovuto
- al rimborso delle indennità che il soccombente ha versato all'organismo di mediazione nonché quelle versate all'eventuale esperto intervenuto.

Nel caso di corrispondenza parziale, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali motivi, può escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice del giudizio relative all'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto eventualmente intervenuto.

e) Esecuzione del verbale di accordo.

Il verbale di accordo, il cui contenuto non è contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, può essere omologato dal presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo presso il quale si è svolta la mediazione

Il verbale omologato costituisce titolo esecutivo per :

- Espropriazione forzata
- Esecuzione in forma specifica
- Iscrizione di ipoteca giudiziale

#### BIBLIOGRAFIA

- AA.VV. Il nuovo Codice delle Mediazione Civile, il Sole24ore, n.02/2011
- AA.VV, Rivista "Mediazione e conciliazione" di Medi' n.0 – Marzo 2011
- BRUNI A., Conciliare conviene, i vantaggi della conciliazione stragiudiziale professionale, Maggioli Editore, Milano, 2007;
- De PALO G., D'URSO L., GOLANN D., Manuale del Conciliatore Professionista, Ed. Giuffré – 2004;
- Di ROCCO M., SANTI A., La Conciliazione, profili teorici ed analisi degli spetti procedurali del metodo conciliativo Ed. Giuffré – 2003;
- PUNZI C., Conciliazione e tentativo di conciliazione, in Enc.dir., Agg. IV, Milano 2000;
- PUNZI C., Conciliazione ed arbitrato, in Riv. Dir. Proc. 1992;
- UZQUEDA- FREDIANI, La conciliazione – guida per la soluzione negoziale delle controversie, Milano, 2002;

## Tipologie ed evoluzione dell'istituto della mediazione /conciliazione

di Donatella Sansone

Il D. lgs n. 28 del 04/03/2010 ( pubblicato nella GU n. 53 del 05/03/2010) sulla mediazione in materia civile e commerciale rappresenta una svolta innovativa nella composizione dei conflitti in quanto introduce e regola il procedimento di composizione stragiudiziale delle controversie vertenti sui diritti disponibili ad opera delle parti, in attuazione della delega conferita al Governo dall'art. 60 della L n. 69/2009 ed in esecuzione della direttiva dell'Unione Europea n. 52 del 2008.

Dal punto di vista del metodo e dei rapporti con il processo, alla luce delle innovazioni introdotte, possiamo, quindi, distinguere tre tipi di mediazione:

- **Mediazione obbligatoria:** dal 20 marzo 2011 la mediazione sarà obbligatoria nei casi di una controversia in materia di: condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natantio, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi bancari e finanziari.
- **Mediazione volontaria:** rimessa alla scelta delle parti;
- **Mediazione demandata dal giudice:** quando il giudice, cui le parti si siano rivolte, invita le stesse a tentare la mediazione;

Tale previsione normativa rappresenta il punto di arrivo di una rivoluzione culturale tendente a valorizzare il sistema di risoluzione delle controversie alternativo alla giustizia ordinaria, conosciuto come ADR (alternative dispute resolution) la cui portata va letta in una prospettiva internazionale.

I primi segnali di sviluppo del nuovo strumento alternativo alla controversia iniziano ad intravedersi nel 1913 negli Stati Uniti con l'introduzione del Servizio di conciliazione nelle vertenze di lavoro, ove l'utilizzo di tale metodo si rilevò molto efficace per la risoluzione delle stesse. La mediazione fu inserita anche in

cause civili e in particolare nelle cause in materia di divorzio.

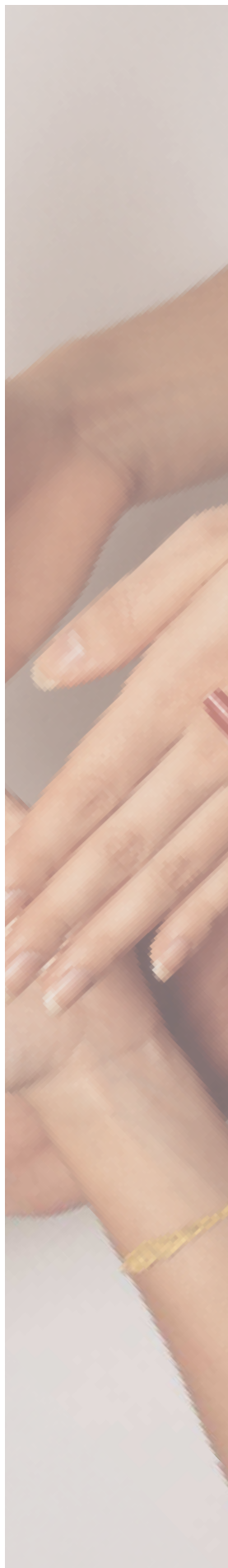
A partire dagli anni Settanta e con maggiore enfasi negli anni Ottanta la mediazione si è andata diffondendo in Europa con tanta ampiezza e profondità da essere utilizzata nelle crisi aziendali e politiche e nelle cause legali attraverso vari interventi legislativi.

Si media anche nei rapporti tra il cittadino e le istituzioni, nelle carceri ed in ambito scolastico.

In Italia il nuovo metodo comincia a diffondersi nel 1990, anno in cui si pianifica la formazione di centri di mediazione presso l'Università La Sapienza di Roma, e, con l'introduzione del Giudice di pace nel 1991, l'istituto della conciliazione delle controversie inizia a diffondersi ed i primi risultati positivi perseguiti nella composizione dei conflitti in sede giudiziale comportano il proliferare di una serie di interventi legislativi non organici finalizzati a promuovere sempre più il ricorso all'istituto della conciliazione in taluni settori, quali ad es. le vertenze inerenti la telefonia mobile.

Negli ultimi decenni abbiamo assistito ad una evoluzione dello strumento della mediazione specialmente nel settore delle Imprese ed all'accettare di iniziative volte ad orientare le liti in materia di servizi di pubblica utilità e di turismo verso procedimenti conciliativi (es. Codice del Consumo attribuisce alla conciliazione camerale un ruolo centrale), a promuovere la costituzione di Commissioni di Conciliazione presso le Camere di Commercio, potenziandone l'ambito di azione con la riforma del processo societario e bancario, nonché alla istituzione della Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob.

Con la riforma del diritto societario, infatti, il legislatore ha inserito all'interno del processo un nuovo tipo di tentativo, appartenente ad un terzo genere cd. intermedio, non obbligato-





# Mediazione Oggi



rio e non facoltativo, e con la stessa riforma del processo civile ordinario di cognizione è stato previsto l'obbligo per il giudice istruttore di tentare la conciliazione delle parti, limitandone in tal modo la scelta discrezionale sulla opportunità o meno di esperire tale rimedio.

Nel processo del lavoro, ove il tentativo di conciliazione era obbligatorio, è stato reso obbligatorio anche quello stragiudiziale sino a pervenire ad oggi, con l'entrata in vigore del Collegato al Lavoro alla eliminazione, nelle vertenze di lavoro pubblico e privato, dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale (salvo ipotesi di certificazioni), demandando alla libera scelta delle parti la possibilità di utilizzare altri strumenti di mediazione preventivamente e non solo quando insorge una controversia.

Si assiste, pertanto, ad una crescente tendenza di ampliamento delle possibili forme e procedure conciliative ed al rafforzamento dello strumento dell'arbitrato.

La valenza del nuovo metodo di risoluzione dei conflitti "alternativo" al ricorso alla giurisdizione civile si connota sempre più quale strumento deflattivo del contenzioso, a fronte di un sistema giudiziario sempre più paralizzato dalle lungaggini processuali e dagli eccessivi costi gravanti sulle parti.

In parallelo, ad una esigenza di preservare gli organi che amministrano la giustizia da un peso che sta portando un apparato giudiziario al collasso, si va altresì affermando in maniera crescente la consapevolezza che l'obiettivo della mediazione si realizza allorché le parti si siano creativamente riappropriate nel proprio interesse della propria attiva e responsabile capacità decisionale.

#### ASPETTI ESSENZIALI DEL NUOVO METODO DI COMPOSIZIONE DELLE CONTROVERSIE E DIFFERENZA CON ALTRI RIMEDI DI TUTELA GIURISDIZIONALE.

La svolta innovativa è quella di affidare alla volontà delle parti, ed in particolare al consenso espresso, un ruolo di primaria rilevanza nel contemperamento degli interessi configgenti, in quanto solo le controparti interessate, appropriandosi del diritto e nel pieno rispetto dei principi di ordine pubblico e delle norme imperative, possono trovare una soluzione idonea in qualità di arbitri di sé stesse.

D'altronde, il termine mediazione deriva dal latino "mediatio-onis" che trae origine dal verbo "mediare" inteso come "essere nel mezzo", "interporre", "mantenersi in una via intermedia", quale proiezione di un processo mirato a fare evolvere dinamicamente una situazione di conflitto cercando di aprire canali di comunicazione precedentemente bloccati.

La cd. conciliazione amministrata, ossia la mediazione finalizzata alla conciliazione, lungi dall'essere definita quale una forma di giustizia privata che si pone in alternativa a quella giurisdizionale, è espressione dell'autonomia delle parti e si concretizza in un mero accordo negoziale in cui la definizione della lite è affidata al contratto, soggiacendo alla disciplina di tale negozio giuridico anche nell'inserimento di clausole vessatorie e condizioni eventuali che le parti sono libere di apporre.

Pertanto, mediare una controversia finalizzata ad una soluzione conciliativa significa tentare di risolvere la lite senza ricorrere ad un terzo (giudice/sentenza o arbitro/lodo) che abbia il potere di decidere la controversia.

Ed invero, l'accordo che le parti si prefiggono di realizzare, con l'ausilio di un terzo imparziale che non ha potere decisionale (negoziato guidata), è la migliore soluzione possibile di composizione degli interessi che non deve necessariamente fondarsi sulla ricognizione della realtà esistente, ma deve essere diretta a perseguire una soluzione non giusta, ma opportuna ed equa rimessa in via esclusiva alla decisione dei soggetti



coinvolti.

Ciò contraddistingue il nuovo metodo da altre forme di giustizia, quale quella ordinaria di connotazione pubblica, o arbitrale cd. "privata", ove la definizione degli interessi conflittuali è rimessa ad una decisione del Giudice Ordinario, che decide con sentenza secondo diritto indipendentemente dall'opportunità ed equità della soluzione adottata, o delle Commissioni Arbitrali.

Relativamente all'istituto dell'Arbitrato, lo stesso si connota quale un metodo aggiudicativo dove le parti presentano la controversia a un arbitro o a un collegio di arbitri, i quali possono definirsi giudici privati, indipendenti e qualificati.

Gli arbitri, se pur scelti dalle parti, conducono un procedimento aggiudicativo, ossia "dirigono" il procedimento e determinano il risultato finale con una decisione, detta lodo arbitrale, che viene emessa, parimenti a quella del Giudice ordinario, secondo le norme di diritto e non in base a criteri di opportunità ed equità.

Per quando esposto, l'accostamento della mediazione/conciliazione ad un sistema di giustizia pubblica o privata può effettuarsi solo indirettamente ed in senso lato.

Si comprende, pertanto, la notevole portata innovativa del nuovo metodo non solo poiché il conflitto appartiene alla natura umana ed è una utopia pensare ad un mondo senza conflitti, ma anche in considerazione del fatto che le posizioni di contrasto offrono una opportunità di sviluppo e crescita in quanto devono essere controllate e gestite al fine di ridefinirne la situazione.

In tal senso, il procedimento di mediazione mira a porre le parti nella condizione di uscire da situazioni di emparse effettuando un graduale passaggio da uno stato di confusione e sofferenza generato dal conflitto ad una condizione di nuovo equilibrio.

Riassumendone i caratteri essenziali, la mediazione/conciliazione sollecita un ascolto attivo nei confronti dell'altra parte che non è più "contro" ma "con", al fine di risolvere la controversia occorsa in maniera pacifica, mutua e negoziata, in termini di completa soddisfazione di interessi e bisogni, tutto ciò anche al fine di creare relazioni solide, proficue e migliori per l'avvenire.

#### OBIETTIVO WIN/WIN

#### RUOLO DEL MEDIATORE/CONCILIATORE

In una posizione conflittuale il modo di relazionarsi può assumere una veste costruttiva (win/win: approccio collaborativo) o distruttiva (win/lose: approccio competitivo) in quanto le parti sono esseri umani e come tali hanno atteggiamenti volontari istintivi, ragion per cui si rende necessario studiare tecniche negoziali che facilitano la comunicazione.

In tale contesto si colloca il nuovo strumento ove le figure di mediatore/conciliatore rappresentano due lati di una stessa medaglia e nel quale da una fase preliminare di mediazione, intesa quale mezzo per riattivare la comunicazione tra soggetti, si passa alla fase successiva di formulazione di una soluzione alternativa all'oggetto del contendere diretta a soddisfare gli interessi di entrambe le posizioni.

Lo studio del diritto quale scienza sociale che si va affermando in questi anni postula un'apertura a nuove esigenze che non si riducono a mera tutela giurisdizionale della parte in causa, ma che è indirizzata prevalentemente ad attività di consulenza ed assistenza stragiudiziale fondata sulla comunicazione.

La mediazione, inserita in un ambito sistematico-relazionale, abbraccia un approccio di tipo trasforma-

# Mediazione Oggi

tivo e non di problem solving, diventando una filosofia sociale finalizzata ad una negoziazione ragionata facendo emergere l'autoresponsabilizzazione di ognuno e con essa la capacità di autogestione.

Ed invero la strategia è quella della prevenzione e della scelta di soluzioni innovative win/win ( il cui obiettivo è vincere entrambi), che determinano un continuo processo delle problematiche e del loro contesto, strategia, valutazione e azione.

La conciliazione è pertanto un metodo di risoluzione delle controversie volontario attraverso il quale le parti in lite tentano di raggiungere un accordo che ponga fine ad una controversia con l'assistenza di un terzo imparziale che tenta di facilitare il raggiungimento dell'accordo

Il mediatore/conciliatore soggiace ai principi deontologici di rispetto dell'autonomia delle parti, le vere protagoniste ed uniche attrici del conflitto, evitando situazioni che possano determinare conflitto di interessi ed assicurando che le argomentazioni esplicitate dalle parti in sede di sessione negoziale congiunta o separata siano coperte da riservatezza.

Nel corso della procedura, ed in particolare nel corso della fase preliminare, il terzo dovrà mediare, ossia creare un rapporto empatico con le parti basato sulla fiducia, cercando di rimuovere gli ostacoli emotivi che facendo parte della natura umana si pongono in contrasto alla negoziazione, quali la tendenza a svalutare le proposte di una parte per il solo fatto che provengono dalla stessa (cd. svalutazione reattiva), l'atteggiamento di conferma delle proprie ragioni a discapito dell'altra (percezione selettiva), elementi di carattere psicologico o emotivo, avversione alla perdita, motivi morali e di principio.

Il mediatore dovrà, pertanto, individuare le posizioni di interesse di ciascuna delle parti e spostarsi dal punto focale del contendere, privilegiando l'aspetto relazionale e salvaguardando entrambe le posizioni, in tal guisa da far emergere dal confronto elementi di positività ( fase facilitativa).

Per la gestione dei rapporti in tal caso dovrà avvalersi di strumenti scientifici, anti istintivi che, mutuati dalla scienza dell'amministrazione, hanno ciascuno una propria metodologia e che vengono denominati i sei pilastri del consenso (sociologia, comunicazione, psicologia, economia, etica e redazione).

Passandoli ad esaminare singolarmente constatiamo che ciascuno degli stessi offre strumenti utili al processo negoziale e pertanto si sintetizzano i seguenti aspetti peculiari:

- Sociologia: analizzare la relazione tra le parti, le modalità di interazione, ossia i meccanismi e le dinamiche comunicative onde scindere la linea di confine tra la persona e il problema al fine di promuovere una soluzione condivisa;
- Comunicazione: rimuovere gli ostacoli che si pongono ad un modo di relazionarsi adeguato privilegiando l'ascolto, ed in particolare l'ascolto attivo che contribuisce ad un approccio partecipativo alla comunicazione, cercando in tal modo di rimodulare le informazioni ricevute;
- Psicologia: istaurare un approccio empatico attraverso un processo esplorativo degli interessi e bisogni dell'altra parte senza alcun coinvolgimento, sviluppare la creatività per far emergere idee nuove per la risoluzione del problema;







- **Economia:** conciliare gli interessi e non le posizioni;
- **Etica:** contemperare gli interessi configgenti, le parti devono concentrare la loro attenzione sulle informazioni, tralasciando le proposte e le argomentazioni oggetto del contendere e cercando di pervenire ad un accordo che presenti i caratteri della equità, efficienza e validità scientifica che lo rendono meno vulnerabile in fieri.
- **Redazione:** rappresentarsi sin dall'inizio gli effetti di un accordo, delineandone in maniera particolareggiata le linee essenziali, e le conseguenze di un giudizio ordinario;

Avvalendosi di tali metodologiche, il terzo, completata la fase di esplorazione e focalizzate le posizioni, attiva la fase cd. conciliativa assumendo nel processo negoziale la veste di parte attiva attraverso la formulazione di una proposta che sarà valutata da entrambe le parti (fase valutativa).

In tal caso sarà prospettata la migliore soluzione alternativa possibile, ove l'unità di misura (BATMAN) è quella di ottenere il meglio dei risultati che si potrebbe avere non negoziando.

In sintesi il potere negoziale delle parti dipende da quanto attraente può essere per le stesse la prospettiva di non mettersi d'accordo.

#### LE FASI NEGOZIALI

Le singole fasi negoziali attraverso le quali la procedura conciliativa si sviluppa, si distinguono in: esplicativa, liberatoria, chiarificatrice, esplorativa, pianificatrice ed attuativa.

La fase esplicativa è quella introduttiva nella quale avviene la presentazione delle parti e del terzo, il quale accoglie le parti rilevandone l'investitura di soggetto indipendente e imparziale, che interviene nel processo negoziale per fornire ad entrambe assistenza, esponendo gli aspetti positivi della negoziazione (volontarietà e riservatezza) e l'iter del processo negoziale.

La fase esplicativa si caratterizza per gli interventi delle parti e dei difensori eventualmente comparsi. Ciascun intervento si concretizza in una sintetica esposizione dei fatti e delle doglianze in un arco temporale che sarà cura del mediatore bilanciare in tempi eguali. In tale fase l'atteggiamento del terzo è quello di semplice ascolto passivo onde acquisire informazioni sull'oggetto del contendere.

La fase chiarificatrice si innesca nella precedente in quanto il comportamento del mediatore continua ad essere di ascolto al fine di acquisire la totalità delle informazioni utili, ma diversamente dalla stessa si concretizza in interventi di sintesi diretti ad ottenere ulteriori chiarimenti, onde avere una maggiore chiarezza della vicenda controversa.

La fase esplorativa è quella più peculiare del procedimento di conciliazione, in quanto il mediatore interviene attivamente nel ruolo di confidente delle parti, cercando di infondere nei litiganti una diversa prospettiva del conflitto.

In tale stadio, quindi, il terzo cerca di superare gli ostacoli emotivi, psicologici e cognitivi al fine di scoprire i reali interessi e le motivazioni desumibili dalle dichiarazioni delle parti, onde focalizzarne punti di accordo e disaccordo.

Trattasi, nel caso di specie, di una sorta di istruttoria, che si discosta da quella giudiziaria in quanto la ratio non è quella di cogliere e attribuire torti e ragioni, ma di comprendere le motivazioni recondite dei soggetti intervenuti.

Il mediatore, al riguardo, assumendo un ruolo di ascoltatore attivo, potrà effettuare incontri congiunti o sessioni separate, le cd. cauces, fondamentali per garantire l'efficacia del procedimento conciliativo poiché attraverso queste ultime sarà più facile instaurare un rapporto confidenziale basato sul rispetto e la franchezza.

La funzione svolta è quella di formulare domande aperte o ipotetiche al fine acquisire informazioni da veicolare tra i litiganti per raggiungere un accordo.

Esaurite le sessioni separate, si tornerà ad una seduta negoziale congiunta ove il terzo neutrale chiarirà i punti contraddittori o comunicherà alle parti lo stato di avvicinamento delle reciproche posizioni, passando in tal guisa ad una fase più costruttiva del negoziato.

La fase pianificatrice si contraddistingue per essere proiettata in fieri attraverso il reciproco coinvolgimento delle parti per il raggiungimento dell'accordo. Nella stessa il terzo assume il ruolo di conciliatore in quanto espone direttamente le proprie offerte chiedendo ai presenti di affrontare congiuntamente la soluzione del problema.

In tale ambito il terzo potrà chiedere l'ausilio dei legali che assistono le parti utilizzando la loro professionalità per la ricerca di una valida soluzione per eventuali questioni rimaste irrisolte, mantenendo, nel contempo, viva la cognizione di quale potrebbe essere la migliore alternativa possibile (BATMA) nell'ipotesi di mancato raggiungimento dell'accordo.

Si innesca, a tal punto, nei litiganti la consapevolezza che la possibilità di soddisfare al meglio i propri interessi dipende, in concreto, dalla collaborazione dell'altra.

La fase attuativa è quella conclusiva nella quale la soluzione prescelta, o meglio condivisa, viene tradotta in un contratto, previa verifica di alcune condizioni che rendono il documento legittimo e funzionale allo scopo di risolvere la lite in via definitiva.

#### L'ACCORDO NEGOZIALE

A completamento della procedura e preventivamente alla redazione dell'accordo il mediatore provvederà a stilare una cd. check-list, nella quale sono riportati gli esiti del processo negoziale, ossia le pretese, le rinunzie e le proposte delle parti, al fine di focalizzarne i punti controversi e quelli di convergenza.

Se i soggetti coinvolti addiventano ad una soluzione condivisa, il mediatore/conciliatore forma il processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo redatto dalle parti, di norma con l'assistenza dei rispettivi avvocati ove intervenuti.

La procedura è analoga nella ipotesi di disaccordo.

L'accordo negoziale deve contenere degli elementi essenziali, quali: le parti, il dispositivo, contenente le concessioni e le rinunzie o eventuali riconoscimenti, la data e la sottoscrizione.

Per motivi di opportunità i soggetti intervenuti possono inserire anche le premesse, che costituiscono un antecedente utile ai fini di una chiara e sistematica cognizione della situazione controversa, e possono introdurre contenuti eventuali, tra i quali la clausola di riservatezza, corollario di un principio di tutela della privacy che le parti si sono impegnate a rispettare nel corso della procedura, con le quali si impegnano a non divulgare a terzi informazioni e documenti inerenti la procedura e si obbligano a non fornire notizia dell'avvenuta conciliazione.

Inoltre, sovente viene inserita nell'atto negoziale una clausola conciliativa

(arbitrale o mista) con la quale si demandano ad una sede alternativa le eventuali controversie che dovessero insorgere in merito alla interpretazione, esecuzione, validità e risoluzione del contratto conciliativo.

In tale fase assume notevole rilievo il ruolo svolto dal Mediatore/Conciliatore, il quale interviene in qualità di terzo garante ed imparziale, verificando gli aspetti sostanziali dell'accordo sotto il profilo dell'effettiva efficienza ed idoneità a risolvere in maniera opportuna e definitiva la situazione controversa, promuovendone la formalizzazione in caso di esito positivo o denegandone l'efficacia nella ipotesi contraria.



Quest'ultimo, sarà tenuto in particolare ad accertare che l'accordo sia equo, soddisfi gli interessi delle parti, risolve effettivamente tutti i punti controversi, sia funzionale per il soddisfacimento degli interessi coinvolti e sia soprattutto efficiente.

Completata la verifica positivamente, si provvederà a sottoscrivere l'atto negoziale che, essendo un contratto, oltre ai requisiti di legge (contrasto con norme imperative e di ordine pubblico) ed essenziali sopra esposti, è soggetto alle condizioni di validità ed efficacia proprie di ogni contratto.

L'accordo di conciliazione non ha efficacia esecutiva, e, pertanto, come qualsiasi contratto è vincolante tra le parti, le quali in caso di inadempimento, potranno esperire azione giudiziaria innanzi al giudice ordinario.

Il processo verbale sottoscritto da tutti gli intervenuti e dal mediatore, sarà depositato presso l'Organismo di conciliazione e avrà efficacia esecutiva solo dopo l'emissione del provvedimento di omologazione del Presidente del Tribunale (ad istanza di parte), costituendo titolo esecutivo per azioni cautelari successivamente proposte.

#### BENEFICI DWL NUOVO METODO ADR

Il procedimento di mediazione si contraddistingue, oltre che per il ruolo arbitrale e/o decisionale assunto dalle parti, per la rapidità e la semplificazione delle procedure in quanto non richiede particolari formalismi procedurali, può essere attivato sia prima che durante il giudizio, e si deve necessariamente concludere entro quattro mesi dalla presentazione della domanda di mediazione.

Gli interessati possono presentare una istanza scritta (in forma libera) ad un Organismo di Conciliazione accreditato dal Ministero di Grazia e Giustizia, che nomina un mediatore professionista il quale interviene nel procedimento negoziale come terzo imparziale.

La Mediazione rileva, quindi, sotto il profilo della trasparenza e della garanzia dell'Organo abilitato a svolgere tale attività, in quanto investito istituzionalmente quale persona giuridica super partes.

Sotto il profilo economico, il nuovo strumento, comporta una notevole riduzione di costi rispetto alle spese sostenute in sede processuale, in quanto le parti possono intervenire nel procedimento personalmente e senza l'assistenza di avvocati e le indennità spettanti agli Organismi sono predeterminate dal Ministro della Giustizia, entro limiti minimi e massimi, e comprendono l'onorario del mediatore.

Inoltre, al fine di promuoverne un crescente utilizzo, il legislatore ha introdotto dei benefici fiscali prevedendo che tutti gli atti, documenti e provvedimenti del procedimento sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura, ed il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro entro il valore di 50.000 euro.

Da ultimo, di rilievo è l'obbligo della riservatezza delle informazioni e della documentazione prodotta nel corso della procedura negoziale che non possono essere rese note neanche in costanza di successivo giudizio.

#### **Note bibliografiche**

- *Rivista giuridica "Costo Zero" Mensile di Confindustria le liti commerciali-la rete conciliativa della C.C.I.A. Avv. Marco Molinaro – Conciliatore accreditato CCIAA Salerno, Avellino, Benevento e Caserta.*

- *Materiale didattico Mediazione e Conciliazione del C. P. R. C. - Centro per la Prevenzione e Risoluzione dei Conflitti- Organo della fondazione Telos con la collaborazione scientifica del CESNACOM.*

- *Materiale didattico Dott. Marco Botrugno, Commissione di Studio U. N. G. D. C. E. C. "Arbitrato e Conciliazione" - Introduzione alla Conciliazione- Le linee guida per il dottore commercialista.*

- *Materiale didattico ODCEC di Napoli - Teorie e Tecniche di Conciliazione- Avv. Enrico Maria Cotugno.*

- *Pubblicazione Nicos Adr Consulting- Edizioni universitarie Plus – Pisa- a cura di Paolo Nicosia, Damiano Marinelli, Alessandro Bruni- Mediazione e Conciliazione- Ambiti applicativi e modalità di svolgimento di una nuova professione.*

- *Pubblicazione "Mondo Mediazione" Dott. Manuele Salvi.*



## La scelta dell'Organismo e l'importante ruolo dell'avvocato nella Mediazione

di Fabio Tozzi



**O**rmai è trascorso più di un mese dall'entrata in vigore della riforma della mediazione. Lo scorso ottobre, è stato emanato il regolamento del Ministero della Giustizia che fissa le disposizioni necessarie per l'obbligatorietà della conciliazione nelle cause civili. Il Decreto n. 180/2010, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 258 del 4 novembre 2010, delinea le caratteristiche degli enti mediatori, di quelli di formazione, le tariffe, i controlli su albo e registri, nonché le relative procedure. Si rende così operativa la normativa del D.Lgs. n. 28/2010, nella cornice di una disciplina organica della mediazione<sup>1</sup> nelle controversie civili e commerciali, aventi ad oggetto diritti disponibili, come imponeva al legislatore delegato la legge di riforma del processo civile.

Il tutto, ovviamente, garantendo la tutela dei diritti nelle forme dell' art. 24 della Costituzione e valorizzando, anche dove non è prevista l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, quella particolare forma di risoluzione delle liti che consiste, invece, nel raggiungimento di un accordo, avvalendosi di un mediatore, terzo e imparziale, capace di colmare la distanza tra le posizioni dei litiganti, individuando, attraverso colloqui separati con ciascuno di essi, i possibili punti di incontro delle volontà. La mediazione

obbligatoria costituisce condizione di procedibilità per l'avvio del processo civile; l'eventuale improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza. Essa opera rispetto ad alcune specifiche materie elencate nell'articolo 5.

I criteri in base ai quali sono state individuate tali controversie concernono rapporti destinati a prolungarsi nel tempo e che conoscono una diffusione di massa (contratti assicurativi, bancari e finanziari); casi particolarmente conflittuali rispetto ai quali, anche per la natura della lite, appare particolarmente fertile il terreno della composizione stragiudiziale (responsabilità medica e diffamazione a mezzo stampa o altro mezzo di pubblicità, risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti); liti in cui sono coinvolti soggetti appartenenti alla stessa famiglia, gruppo sociale o area territoriale (condominio, locazione, comodato, affitto di azienda, diritti reali, divisione, successioni, patto di famiglia). Circa le materie che rientrano nella mediazione va ricordato che decreto Milleproroghe<sup>2</sup> 2011 ha disposto la proroga di dodici mesi (quindi al 20 marzo 2012) al termine di entrata in vigore della disciplina in materia di mediazione obbligatoria<sup>3</sup>, in materia di condominio e di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti.

La condizione di procedibilità non si applica per le azioni inibitorie e risarcitorie di classe disciplinate dal codice del consumo; l'articolo 5, comma 4, esclude in alcuni procedimenti specificamente indicati sia il carattere obbligatorio della mediazione, sia la possibilità per il giudice di invitare comunque le parti a procedervi. Si tratta essenzialmente di procedimenti posti a presidio di interessi per i quali un preventivo tentativo obbligatorio di mediazione appare inutile o controproducente, a fronte di una tutela giurisdizionale che è invece in grado, talvolta in forme sommarie e che non richiedono un preventivo contraddittorio, di assicurare una celere soddisfazione degli interessi medesimi (procedimenti per ingiunzione; convalida di licenza o sfratto, procedimenti possessori, procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata, procedimenti in camera di consiglio, azione civile nel processo penale).

Nel corso del dibattito parlamentare sullo schema di decreto legislativo si è in particolare approfondito il tema della mediazione obbligatoria; i pareri espressi dalle Commissioni Giustizia di Camera e Senato contenevano alcune osservazioni, parzialmente recepite, in particolare relative alla modifica delle ma-

*A tutto, ovviamente, garantendo la tutela dei diritti nelle forme dell'art. 24 della Costituzione e valorizzando, anche dove non è prevista l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, quella particolare forma di risoluzione delle liti che consiste, invece, nel raggiungimento di un accordo, avvalendosi di un mediatore, terzo e imparziale, capace di colmare la distanza tra le posizioni dei litiganti, individuando, attraverso colloqui separati con ciascuno di essi, i possibili punti di incontro delle volontà.*



terie oggetto di mediazione obbligatoria.

Chiamati ad esperire la procedura di mediazione sono gli organismi<sup>4</sup> di conciliazione ai quali è dedicato il capitolo terzo del D.Lgs 28/2010.

Gli enti abilitati a svolgere la mediazione possono essere pubblici o privati (per esempio società a responsabilità limitata, associazioni), ovvero organi o articolazioni interne degli enti medesimi (ad esempio camere di conciliazione istituite dalle Camere di commercio). Pertanto, il registro è diviso in due parti distinte, enti pubblici e enti privati, con tre sezioni ciascuna che indicano rispettivamente l'elenco dei mediatori, i mediatori specializzati nella materia internazionale e quelli specializzati nella materia dei rapporti di consumo. Per gli enti privati devono essere specificati soci, associati, amministratori e rappresentanti degli organismi. La vigilanza sui mediatori esperti nella materia dei rapporti di consumo è esercitata dal direttore generale, sentito il Ministero dello sviluppo economico.

Il registro degli organismi è istituito e tenuto presso il Dipartimento per gli affari di giustizia del Ministero e ne è responsabile il direttore generale della giustizia civile ovvero un suo delegato avente qualifica dirigenziale, che esercita poteri di vigilanza e controllo.

I criteri e le modalità di iscrizione nel registro degli organismi di mediazione e nell'elenco degli enti di formazione sono fissati con D.M n. 180 del 18 ottobre 2010, pubblicato sulla G.U. n. 258 del 4 novembre 2010, che attua quanto previsto dal D.Lgs. n. 28 del 4 marzo 2010.

Il Ministero della giustizia provvede al monitoraggio statistico dei dati che si riferiscono alla mediazione obbligatoria, volontaria e demandata dal giudice. Per ciascuna tipologia di mediazione sono indicati i casi di successo della procedura ed i casi di esonero dal pagamento delle indennità per la concessione del gratuito patrocinio.

Il regolamento dell'organismo deve essere giudicato idoneo dal Ministero della Giustizia e deve contenere tutte le informazioni ai fini dell'operatività dello stesso (le tabelle delle indennità, le procedure telematiche, elenco dei mediatori, etc..)

Estremamente importante, pertanto, è la scelta dell'organismo che, in assenza di criteri di competenza, viene totalmente rimessa alle parti.

La scelta dell'organismo comporta l'accettazione del regolamento, delle indennità e della nomina del mediatore, tra quelli ad esso iscritti, che sarà fatta dal responsabile dell'organismo. Non esistono criteri di competenza territoriale. In ipotesi di conflitto tra più istanze, è competente l'organismo al quale è stata presentata la prima (art. 4.1).

E' chiaro che la facoltà di scegliere l'organismo in base al regolamento, sarà oggetto della consulenza legale e che gli avvocati, quindi, per consigliare al meglio i propri clienti, dovranno ben conoscere "luci ed ombre" dei vari regolamenti.

# Mediazione Oggi



Attenzione quindi, al regolamento dell'organismo, ma anche all'elenco dei mediatori<sup>5</sup>, nel quale sarà individuato chi, in concreto, sarà chiamato a "guidare il procedimento di mediazione".

Sono sorti alcuni problemi in merito alla scelta dell'organismo.

E' stato detto infatti che essendoci una ripartizione territoriale degli affari tra i vari organismi di mediazione e che questo può anche rappresentare un vantaggio per l'utente che può scegliere l'organismo in base a considerazioni varie tra cui anche la qualità dei mediatori.

Consultando la normativa<sup>6</sup>, in effetti, non sembrano rinvenirsi criteri per la ripartizione territoriale degli affari.

Benché le protagoniste nella "scenografia" costituita dall'organismo di conciliazione e dal mediatore siano le parti, particolarmente rilevante appare il ruolo degli avvocati, chiamati ad assister queste ultime nel procedimento di mediazione nonostante la nuova normativa non abbia previsto una difesa tecnica obbligatoria.

Su questo punto, l'avvocatura dello Stato, nello specifico l'OUA, sta conducendo una battaglia molto aspra facendo un ricorso al TAR circa la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 del d. lgs. n. 28 del 2010, comma 1, primo periodo (che introduce a carico di chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa alle controversie nelle materie espressamente elencate l'obbligo del previo esperimento del procedimento di mediazione), secondo periodo (che prevede che l'esperimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale), terzo periodo (che dispone che l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto o rilevata d'ufficio dal giudice); la questione di legittimità costituzionale dell'art. 16 del d. lgs. n. 28 del 2010, comma 1, laddove dispone che abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire il procedimento di mediazione sono gli enti pubblici e privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza.

Il TAR ha inviato il tutto alla Corte Costituzionale che dovrebbe pronunciarsi a breve termine.

Ciò renderebbe necessaria una specifica formazione che permetta all'avvocato, in qualità di consulente di parte in un procedimento di mediazione, di conoscere modalità, principi ed efficacia di questo nuovo istituto e, quindi di adempiere al meglio ai suoi doveri deontologici e difensivi nei confronti del cliente, indicando allo stesso la necessità ad esperire un tentativo di mediazione, ovvero la possibilità di ricorrere alla mediazione in alternativa al giudizio ordinario.

Il professionista, infatti ha il dovere di informare il cliente prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di ricorrere alla mediazione, oltre che delle agevolazioni fiscali<sup>7</sup> e l'obbligo di utilizzare questo procedimento quando lo stesso costituisca condizione di procedibilità della domanda giudiziale<sup>8</sup>.

In caso di violazione dell'obbligo informativo, è prevista la sanzione di annullabilità del contratto concluso con l'assistito.

Nel caso di assistenza da parte di un avvocato, è lui stesso che deposita l'istanza all'organismo.

All'incontro l'avvocato dovrà lasciare al mediatore il compito di condurre il colloquio ricordandosi sempre che l'obiettivo non è quello di convincerlo delle proprie tesi ma quello di addivenire ad un accordo.

Nei prossimi mesi, saremo in grado di avere una visione più delineata su come andrà evolvendosi la riforma sulla mediazione, ricordando che su di essa grava lo spettro della sentenza della Corte Costituzionale.



## La tecnica del Brainstorming nella Mediazione

di Fabio Tozzi



**L**a tecnica del Brainstorming<sup>1</sup> (letteralmente tempesta nel cervello), è una tecnica ideata e formulata da Alex Osborn<sup>2</sup> un pubblicitario americano e risale al 1938. Si tratta di una tecnica che può essere utilizzata per far emergere la creatività e la generazione di nuove idee su un qualsiasi argomento.

Come diceva A. Einstein, non possiamo risolvere i problemi con le stesse categorie mentali che abbiamo usato per generarli. Dato che per la nostra mente è più facile riconoscere che conoscere e poiché i nostri schemi mentali solitamente sono molto radicati, bisogna imparare a pensare fuori dagli schemi.

Il Brainstorming è una delle tecniche usate nella mediazione. Con questa tecnica si invitano le parti a generare, sulla questione specifica che andrà a formare l'oggetto del loro accordo, alternative in quantità e in minimo tempo senza interruzioni, valutazioni, critiche, spiegazioni. La valutazione delle alternative avverrà

successivamente. In questo modo si separa l'atto creativo da quello critico: inventate prima, decidete dopo.

Nell'ambito di una mediazione può accadere, e non è così raro, che ci si trovi in una situazione di impasse che non permetta di fare alcun passo, né avanti, né indietro.

Le motivazioni possono essere le più varie, solitamente, però, il motivo si trova alla radice, ovvero le parti non riescono a vedere oltre il loro naso e, tanto meno, valutare altre opzioni rispetto a quelle vicendevolmente pretese.

Il brainstorming può risultare utile al fine di "aprire" la mente dei partecipanti e distogliere la loro attenzione su quanto chiesto, per portarla a trovare quanto realmente voluto (raramente quello che viene chiesto equivale a quanto intimamente voluto).

Sebbene alcuni ritengano il brainstorming utile solamente quando si deve discutere di questioni economiche, può venire utilizzato anche in altri settori: come dicevamo nella mediazione.

Se il brainstorming è una tecnica che permette di sviluppare l'uso della creatività. Occorre tener presente che non sempre essere creativi è così semplice.

Di fronte ai problemi, infatti, le persone tendono a usare il molto il ragionamento basato sulla logica del pensiero verticale<sup>3</sup> cercando certezze che le rassicurino, senza rendersi conto che spesso sono proprio quelle certezze che le ingabbiano in rigidi schemi impedendo loro di trovare la soluzione.

C'è una storia che esemplifica bene come i nostri schemi mentali possano essere di ostacolo nella risoluzione dei problemi. Si racconta che una volta un re, dovendo lasciare il suo regno e non avendo eredi, decise che lo avrebbe lasciato a colui che si fosse dimostrato più saggio. Individuò tre uomini, ritenuti competenti, tra cui un matematico, un filosofo ed un religioso. La prova consisteva in questo: i tre uomini sarebbero stati chiusi dentro una stanza del castello del re e la chiave che avrebbe potuto aprire la porta, sarebbe stata mischiata insieme a migliaia di altre chiavi che venivano loro consegnate. La prova venne affrontata dai partecipanti con metodologie differenti. Il matematico iniziò

1 A. Besse Il Brainstorming. Cos'è e come si applica. Etas libri - Milano 1963

2 Per approfondimento A.F. Osborn "L'immaginazione creativa" Angeli - Milano 1967

3 "Il pensiero laterale" come diventare creativi Edward de Bono - 2000







4 "Sei cappelli per entrare" Edward del Bono 2001



a fare calcoli, il filosofo, cominciò a pensare utilizzando tutto lo scibile in suo possesso, mentre il religioso se ne stava tranquillo senza fare nulla. Il re proclamò il vincitore. Il religioso aveva aperto la porta e quindi aveva superato la prova lasciando gli altri due sconcertati.

I due si chiedevano come era stato possibile in così poco tempo trovare la soluzione giusta. Per vincere la prova egli non aveva fatto nient'altro che aprire la porta, la quale non era chiusa a chiave.

Tale storia dimostra che ogni problema contiene la sua soluzione. Tale soluzione però, non sempre risiede all'interno della struttura del problema stesso, ma anzi il più delle volte bisogna fare un salto logico e pensare l'impensabile<sup>4</sup>.

Un'altra storia che rappresenta bene come la risoluzione di un problema non possa essere sempre all'interno di esso ma passi attraverso un "pensiero laterale".

"C'era una volta un mullah che si stava dirigendo alla Mecca a dorso del suo cammello. Ad un certo punto vide tre uomini che piangevano. Si avvicinò e domandò: "Figli miei, cosa è successo?", ed essi risposero: "Nostro padre è appena morto e ci ha lasciato in eredità 17 cammelli e nel suo testamento ha stabilito che metà dei cammelli andasse al figlio maggiore, un terzo al secondo ed un nono al più giovane". "Noi amiamo i cammelli, ma essendo 17 e sapendo che è numero primo non divisibile, non possiamo dividerli". Il Mullah rifletté per un poco e poi disse: "Io vi darò il mio cammello e così ne avrete 18 e allora potrete dividerli equamente come stabilito: 9 al primo, 6, al secondo e 2 al più giovane.  $9+6+2=17$  cammelli". In questo modo rimaneva un cammello, quello del Mullah. Egli disse allora: "siete felici? Bene allora posso riavere il mio cammello".

E i tre uomini pieni di gratitudine dissero: "Certamente", senza avere in realtà ben capito cosa fosse successo.

Nella risoluzione del problema, non si applica nessuna magia, anzi si applica una logica matematica rigorosa, ossia aggiungere una  $x$  in modo da rendere possibile un'operazione che altrimenti sarebbe stata impossibile. Alla fine dell'operazione non si fa altro che riprendersi la  $x$ , ovvero il diciottesimo cammello. Per arrivarci però occorre creatività, ovvero non fermarsi alla logica matematica iniziale, che vuole che diciassette sia un numero primo e quindi non divisibile, ma trasformare l'indivisibile in divisibile; il 17 nel numero 18, utilizzando elementi già in nostro possesso, nel caso il cammello del Mullah.

Usare la creatività quindi non significa trovare nuovi elementi, ma ricombinare, in modo diverso, gli elementi già a nostra disposizione.

Dunque, nell'ambito della mediazione, semplicemente si chiede alle parti di avanzare ogni proposta che viene loro in mente. Quando si intende qualsiasi, si includono anche le proposte che possono essere considerate assurde, che verranno indicate una per una sulla lavagna a fogli mobili (per averle sempre sott'occhio).

Terminata questa prima fase si chiede ad entrambi di indicare un valore, compreso tra 0 e 10, di fattibilità, dove 0 equivale ad un'assoluta irrealizzabilità e 10 alla realizzabilità massima

Perché dare un valore numerico? Poiché i dati oggettivi possono dare un supporto maggiore, rispetto a mille parole, poiché sono poco discutibili.

Indicati anche questi dati numerici, per ogni opzione viene fatta una media matematica, iniziando poi a valutarle singolarmente, partendo da quelle con la media più alta, sino a quelle tendenti allo zero.

A seconda del tema della seduta e delle opzioni proposte si organizzeranno i "compiti a casa" ovvero provare sul campo le singole opzioni.

Naturalmente non è detto che così si raggiunga l'obiettivo voluto, ovvero trovare un accordo su quel punto, ma un passo avanti lo si farà senza alcun dubbio, poiché, grazie al brainstorming, le parti hanno "scardinato" le loro posizioni, hanno ampliato la loro visione ed a quel punto risultano certamente più avanti per superare l'empasse.

Come tutti gli strumenti adottati in Mediazione, anche l'utilizzo del Brainstorming deve essere calibrato non è infatti una panacea.

Il funzionamento del brainstorming può essere ricondotto nelle seguenti fasi<sup>5</sup>:

- presentazione dell'obiettivo dell'incontro: il mediatore dovrà illustrare a tutti i partecipanti l'argomento di discussione e subito dopo spiegare le regole fondamentali del lavoro;
- creazione delle idee individuali: ogni partecipante, dopo aver riflettuto per qualche minuto, annota su un foglio le proprie idee;
- raccolta e registrazione delle idee: un primo partecipante viene invitato ad esprimere la prima idea della sua lista ed il mediatore la visualizza. La raccolta e visualizzazione prosegue fino all'esaurimento delle idee prodotte dai partecipanti.
- l'organizzazione delle idee: in questa fase la lista delle idee viene discussa dai partecipanti che danno un ordine alle idee, eliminano quelle che ritengono essere uguali e raggruppano le simili;
- la valutazione delle idee: si discutono e si commentano le varie idee, allo scopo di giungere ad una lista di quelle che sono le idee più interessanti e creative.

Tutte le fasi di lavoro si svolgono seguendo regole precise. Il mediatore che attua un Brainstorming deve prima di tutto preoccuparsi di creare un ambiente di lavoro in cui le persone si sentano libere di esprimere le proprie opinioni.

Nella tabella che segue sono riassunte le azioni che un mediatore deve compiere e quelle che deve invece evitare<sup>6</sup>:

Dunque la tecnica del Brainstorming per le sue caratteristiche di creatività consente di coinvolgere più persone sull'argomento trattato avvalendosi del punto di vista di ogni partecipante.

Può essere utilizzata nella mediazione cercando di convergere punti di vista estremamente distanti portando comunque dei risultati validi.

Da fare	Da non fare
Ripartire le idee di un singolo Gruppo	Non si deve interrompere chi sta parlando
Incoraggiare le persone a prendere la parola	Non dire mai: abbiamo già parlato di questo
T trattare le idee banali allo stesso modo di quelle serie	Non esprimere giudizi
Muoversi nel gruppo per creare la giusta atmosfera	Non rielaborare le idee
Ripetere spesso il tema centrale del brainstorming	Non arrendersi la prima volta che il gruppo appare bloccato
Se si usano le lavagne a fogli mobili si deve iniziare a scrivere su una pagina nuova prima che la precedente dia piena	Non essere contemporaneamente leader, mediatore e verbalizzatore
Ricordare i limiti di tempo	Non fare pressione sul gruppo quando le persone stanno chiaramente pensando

5 "Sintesi del processo di Brainstorming"  
G.C Cocco - 1992  
6 "Scuola superiore di facilitazione"





(1) Dati Rapporto Cepej 2009 – Relazione apertura anno giudiziario 2010 – Rapporto Doing Business per il 2010 – studio Banca d'Italia

## Il Mediatore: il terzo imparziale per una soluzione irripetibile, unica e condivisa

a cura di *Caterina Festa – Dottore Commercialista – Mediatore professionista (relativamente ai paragrafi n. 2 – 4- 5 – 7 – 8- 9)*

*Francesca Ferrante – Consulente del lavoro – Mediatore professionista (relativamente ai paragrafi n. 1 – 3 - 6)*

### 1. IL MEDIATORE : LA SUA FUNZIONE se (29.9%)

Il Decreto Legislativo 28/2010 all'art. 1 ed il Decreto ministeriale 180/2010 all'art. 1 definiscono << mediatore: la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo>>La legge ha istituito la funzione del mediatore, con le sue caratteristiche peculiari, per creare un percorso innovativo e alternativo alla giustizia ordinaria. Questi i dati dell' attuale situazione della giustizia in Italia (1):

- 78° posto per la durata dei processi in materia commerciale
- 1.995 giorni di attesa media delle aziende per avere giustizia in controversie in materia commerciale (2.226 giorni per il sud Italia)
- l'impresa recupera poco più del 50% in procedure d'insolvenza
- ogni italiano spende 70 euro all'anno per l'amministrazione giudiziaria
- i conflitti in Italia sono tre volte e mezzo quelli della Germania e 2 volte e mezzo quelli della Francia e della Spagna
- il tasso di litigiosità in Italia è maggiore che altrove
- ben 11 milioni di fascicoli sono depositati nelle cancellerie, con una media di un cittadino su cinque in attesa di giudizio

- 977 giorni per una causa civile di cognizione ordinaria di primo grado
- l'Italia ha la più alta incidenza dei costi processuali sul valore delle controversie sostenute dalle impre-

- il costo per le imprese dei ritardi della giustizia è di 2,3 miliardi di euro, pari a circa 371 euro per azienda

- i ritardi della giustizia si ripercuotono sull'economia delle aziende, rendendo più pesante anche l'attuale crisi finanziaria

Una situazione allarmante. Ogni giorno siamo testimoni di tantissimi esempi di attese decennali per giungere a una sentenza finale, di degenerazione delle relazioni, di litigiosità insita nella cultura e nella società, di convinzioni di avere sempre ragione e che gli altri hanno sempre torto, e che tutto si risolve davanti al giudice, senza considerare i pro e i contro. Il Problema è chiaro: esiste una cultura consolidata basata sulle ragioni e sulle posizioni ed un sistema giustizia lento e ingolfato. Ognuno sa quanto sia difficile trattare una questione di eredità. I coniugi Rossi (per motivi di privacy utilizziamo un nome immaginario), deceduti in un incidente stradale, lasciano, senza alcun testamento, i seguenti beni: terre con piantagioni di agrumi, viti, ulivi, mandorli ecc., casa patronale, casa di campagna, un opificio industriale.

I figli, eredi dei due de cuius, di cui alcuni non sposati ed altri sposati con figli minorenni e maggiorenni, cominciano a litigare per la successione ereditaria. Uno



di loro pretende di far valere il diritto di abitazione sulla casa patronale, cosa che viene contestata dagli altri figli. Altri presentano la documentazione per dimostrare di aver partecipato finanziariamente agli acquisti dei terreni e all'attività d'impresa e rivendicano il riconoscimento di diritti e ragioni; i rapporti degenerano e iniziano le cattiverie più inimmaginabili: tanti Caino e Abele. Si innescano denunce di vario genere e altri procedimenti, perfino penali.

Intanto la fabbrica viene chiusa, i terreni abbandonati, la casa patronale disabitata. Passano oltre 10 anni e sembra che si stia raggiungendo un accordo; purtroppo, così non è. Intanto uno degli eredi muore, lasciando nelle controversie la moglie e i figli minorenni. Continua lo stillicidio e le terre diventano aride, improduttive, le piante distrutte, nella casa crescono arbusti spontanei e diventa rifugio di animali randagi; continua la guerra tra gli eredi. Passano ancora 10 anni, si innescano altri procedimenti, la proprietà perde valore, alcuni figli non ci sono più. Poi, stanchi di una guerra che dura da oltre 20 anni, alcuni eredi rinunciano alle azioni e ad altri viene consigliato di percorrere la strada dell'usucapione (con il consenso di quelli che non vi hanno più interesse). Finalmente riprendono a relazionare tra di loro e prevale il buon senso. La storia cambia il suo percorso, perché finalmente, di fronte al degrado, ognuno ha lasciato le proprie posizioni, facendo prevalere i bisogni. Quanto hanno perso in termini economici e relazionali tutti quanti? Quante volte abbiamo assistito a storie simili, probabilmente con finali peggiori? Immaginiamo cosa sarebbe successo con l'intervento di un Mediatore esperto, terzo imparziale e indipendente che, attraverso un'attività unica, irripetibile, informale e allo stesso tempo riservata, avesse avvicinato le parti, superando le posizioni e le ragioni, cogliendo i bisogni reali e gli interessi, guardando al futuro e non al passato. Probabilmente subito dopo il decesso dei coniugi Rossi, appena iniziato il conflitto, gli eredi avrebbero potuto raggiungere un accordo condiviso, salvaguardando i beni ereditati e le relazioni tra di loro.

Spesso le parti non si accorgono che le proprie posizioni all'interno del conflitto nascondono tantissime sfaccettature, che durante una causa davanti al giudice possono scatenare procedimenti collaterali e allungamenti ulteriori dei tempi della giustizia, con aggravio di spese, per giungere alla fine, dopo anni, ad una sentenza che non soddisfa più le posizioni iniziali o addirittura è sfavorevole. Le parti, pur vincitrici dell'azione legale, avranno comunque perso: sono compromesse le relazioni, l'attesa è stata lunga, snervante, piena di tensioni e talvolta il bene conteso ha perso valore, perché abbandonato, o è stato oggetto di dispetti, di azioni legali e reazioni; l'aspettativa nel tempo è rimasta posizionata a livelli troppo alti, le relazioni sono diventate sempre più tese, mentre la concretezza di realizzare la propria aspettativa a consuntivo è stata limitata dal tempo (un tempo che ha rovinato un terreno rimasto incolto o una villa abbandonata in attesa di un giudizio, un tempo che è andato oltre la vita delle persone), dalla rigidità delle posizioni e dal diritto (basato sul torto e sulla ragione e non su bisogni e interessi). Il ricorso alla mediazione può cambiare il corso della storia, si può facilitare un accordo condiviso. Le parti sanno che il Mediatore non esprimerà giudizi e questo psicologicamente le rende più aperte; sanno che l'accordo sarà figlio dei bisogni reali e si sentiranno soddisfatte, riscontrando nel Mediatore l'imparzia-







(2)Rumiati – Pietroni "La negoziazione" Cortina Editore

lità, la competenza, la persona che le ascolta e dà fiducia. Così nel primo incontro il mediatore lascia che le parti raccontino la propria versione dei fatti. Poi le sentirà singolarmente e sarà in questa fase che potrà cambiare la visione del conflitto. Dal racconto del passato, dei torti e delle ragioni, degli obblighi e dei diritti (avvenuto nell'incontro iniziale) si passa, grazie all'attività svolta dal mediatore, a guardare al futuro: cosa succederà se si giungerà a un accordo? Cosa succederà se invece si andrà in tribunale? Il Mediatore aiuterà le parti a percorrere la strada di soluzioni inaspettate, insperate, irripetibili e uniche

## 2. IL MEDIATORE : LA FIDUCIA

La mediazione è un'opportunità per le parti in conflitto di ridurre progressivamente le differenze esistenti tra le rispettive posizioni; il mediatore faciliterà lo scambio di informazioni che rafforzi il rapporto tra le parti e permetta di raggiungere un accordo. Il negoziato, però, può giungere ad un vicolo cieco, dove sembra che nessuna discussione sia più possibile, perché la percezione delle concessioni è vissuta come perdita inaccettabile o perché non si è ancora sviluppato un adeguato rapporto di fiducia (frame negativo)<sup>(2)</sup>

Il mediatore incontrerà le parti ancora separatamente per tentare lo sviluppo di un atteggiamento reciproco di fiducia. Durante l'attività di mediazione, si svilupperanno 3 fasi finalizzate alla creazione del rapporto di fiducia:

1. il mediatore svolgerà un lavoro per conquistare personalmente la fiducia delle parti, dimostrando di essere effettivamente indipendente e neutrale
2. il sentimento di fiducia andrà trasferito al processo negoziale: le parti devono percepire che la conciliazione è possibile, se lo volessero, ma che non devono accedervi fintanto che non sarà effettivamente necessario. Il mediatore cercherà di convincere le parti che possono fidarsi e a tal fine dovrà dimostrare di svolgere un ruolo affidabile (sarà un buon ascoltatore, capace di creare un'atmosfera di fiducia, incoraggerà le parti a sviluppare obiettivi comuni) e, attraverso la pratica promuoverà il clima di fiducia (le decisioni delle parti dovranno essere prese in modo cooperativo)
3. il mediatore dovrà avere la capacità di creare e mantenere dubbi e perplessità, sollecitando interrogativi sulle alternative e sulle implicazioni che le parti possono non avere considerato o apprezzato. In tal modo viene data maggiore possibilità alle parti di rispondere ed è percepita dalle stesse la sensazione di maggiore libertà di prendere in considerazione ciò che il mediatore sostiene. Il mediatore, inoltre, svolgerà il proprio ruolo in modo ancora più neutrale facendo sì che siano le parti ad assumere la piena responsabilità del procedimento negoziale.

Un momento delicato dell'attività di mediazione si può presentare durante l'incontro congiunto in una fase avanzata; si è quasi all'accordo, le parti si ritrovano di nuovo insieme, la soluzione, anche se ragionevole, anche se voluta, può creare

ancora qualche dubbio che convenga andare in Tribunale, per esempio, perché si pensa ancora che si avrebbero maggiori soddisfazioni, o è necessario verificare ulteriormente il lavoro conciliativo fatto fino a quel momento. Ancora una volta il mediatore, ponendosi in modo imparziale tra le parti e grazie al rapporto di fiducia instaurato con loro, potrà facilitare la conciliazione, cogliere il dubbio e aiutare a superarlo. Finalmente si giunge al verbale di conciliazione e all'accordo, che dovrà essere accurato al massimo per evitare successive incomprensioni tra le parti, un accordo che possa essere effettivamente rispettato. Ancora una volta è stato determinante il lavoro del mediatore.

### 3. IL MEDIATORE : I POTERI

Il mediatore è un professionista che applica le tecniche di negoziazione, ponendosi, quale terzo imparziale, tra le parti per facilitare tra le stesse un accordo. Praticamente, grazie alla presenza di un terzo imparziale ed attraverso una procedura informale, si giunge ad una soluzione unica ed irripetibile, che soddisfa entrambe le parti <sup>(3)</sup>

L'art. 8 c. 3 del decreto legislativo 28/2010, infatti, così recita : <<il mediatore si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia>> Sarà il mediatore, durante lo svolgimento della procedura di mediazione, a stabilire le regole dell'attività di negoziazione e degli incontri, dei principi comportamentali, il calendario ed i tempi. Il Mediatore sarà una guida per le parti, li aiuterà a trovare un clima di fiducia, a trasformare le posizioni in cooperazione ed il suo fine principale non è l'accordo ad ogni costo, ma ricostruire la relazione tra le parti per un accordo condiviso, efficace ed efficiente.

### 3. IL MEDIATORE : GLI OBBLIGHI

L'art. 14 del Dm 180/2010 stabilisce che il mediatore deve svolgere personalmente la prestazione (natura della prestazione)

L'art. 9 c. 2 stabilisce che il mediatore non può, se non per giustificati motivi, rifiutarsi di svolgere la mediazione. E' questo un obbligo che nasce dal momento stesso in cui il mediatore viene iscritto nel registro (effetti dell'iscrizione)

L'art. 3 c. 2 del Dlgs 28/2010 sancisce l'irrinunciabilità al principio di imparzialità e idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico da parte del mediatore.

L'art. 14 del Dlgs 28/2010 è intitolato proprio agli obblighi del mediatore e prevede:

- al 1° comma, il <<divieto di assumere diritti ed obblighi connessi direttamente o indirettamente, con gli affari trattati, fatta eccezione per quelli strettamente inerenti alla prestazione dell'opera o



(3) Carola Colombo "Media-conciliazione: informalità e riservatezza" il sole 24 ore – Guida ai Controlli fiscali n. 4 - 1.4.2011



del servizio, è fatto loro divieto di percepire compensi direttamente dalle parti>>

- al 2° comma lett. a) l'obbligo di << sottoscrivere, per ciascun affare per il quale è designato, una dichiarazione di imparzialità secondo formule previste dal regolamento di procedura applicabile, nonché gli ulteriori impegni eventualmente previsti dal medesimo regolamento>>

-al 2° comma lett. b) l'obbligo di <<informare immediatamente l'organismo e le parti delle ragioni di possibile pregiudizio all'imparzialità nello svolgimento della mediazione>>

- ancora al comma 2 lettera c) l'obbligo di <<formulare le proposte di conciliazione nel rispetto del limite dell'ordine pubblico e delle norme imperative>>

- infine al comma 2 lett. d) l'obbligo di <<corrispondere immediatamente a ogni richiesta organizzativa del responsabile dell'organismo>>

La legge demanda all'Organismo una funzione di controllo, così al 3° comma dello stesso art. 14 è previsto che il responsabile dell'Organismo, su istanza di parte, provvede alla sostituzione del Mediatore. Accanto agli obblighi prima citati, troviamo negli art. 9 e 10 del Dlgs 28/2010 i principi di riservatezza, inutilizzabilità e segreto professionale, che da un lato sono posti a tutela delle parti e dell'attività di mediazione e dall'altra sono fattori di un rafforzamento del rapporto di <<fiducia>>, fondamento principale dell'attività di mediazione e del suo successo.

L'articolo 3 c. 2 del Dlgs 280/2010 evidenzia l'irrinunciabilità al principio di riservatezza contenuto poi nell'art. 9, principio che non troviamo in altre modalità di risoluzione delle controversie. La riservatezza così come è sancita da questa legge rende la mediazione più forte e innovativa rispetto a qualsiasi altra tipologia di risoluzione dei conflitti.

Il mediatore ha un doppio obbligo di riservatezza:

- all'interno della mediazione - art.9 c.2: <<il mediatore è altresì tenuto alla riservatezza nei confronti delle altre parti>> relativamente alle dichiarazioni rese ed alle informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni.

- all'esterno della stessa - l'art. 9 al c. 1, stabilisce l'obbligo di riservatezza generale rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento di mediazione, obbligo posto a carico del Mediatore ma anche di <<chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell'organismo>>



Qualsiasi informazione, notizia, dichiarazione resta all'interno del procedimento di mediazione e nel caso il tentativo fallisca non potrà essere utilizzata all'esterno, in tal modo la parte si sentirà più libera e sicura che quanto dichiarato non potrà mai essere utilizzato contro di sé. La legge sottolinea l'importanza di tale garanzia anche nell'art. 10, rendendo inutilizzabile in giudizio quanto acquisito nella procedura di mediazione e non ammettendo prova testimoniale o giuramento decisorio sulle stesse dichiarazioni e informazioni. Un ulteriore rafforzamento del principio di riservatezza lo troviamo nel 2° comma dell'art. 10 dove viene precisato che il mediatore non può essere tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite durante la mediazione, né davanti all'autorità giudiziaria, né davanti ad altra autorità. La legge, infine, estende al mediatore le disposizioni contenute nell'art. 200 del codice di procedura penale e le garanzie previste per il difensore dall'art. 103 del codice di procedura penale. Tenuto conto degli effetti che genera questo rafforzamento di garanzia, voluto dalla legge, probabilmente avremmo potuto includere la trattazione della riservatezza nel paragrafo "fiducia" o in quello relativo alla "informalità"

#### 4. IL MEDIATORE :L'INFORMALITA'

L'art. 3 c. 3 del Dlgs 28/2010 stabilisce la informalità degli atti del procedimento di mediazione. Informalità che viene ulteriormente trattata dall'art. 8, quando viene affrontato il procedimento vero e proprio. Infatti al comma 2 viene precisato: <<il procedimento si svolge senza formalità presso la sede dell'organismo di mediazione o nel luogo indicato dal regolamento di procedura dell'organismo>> La mediazione, quindi, per previsione di legge, non ha una procedura, anzi è chiaramente informale. Il legislatore ha voluto così evidenziare l'unicità e irripetibilità dell'attività di mediazione e della soluzione alla controversia. Una soluzione che soddisferà pienamente, in modo efficiente ed efficace le parti, in quanto legata ai bisogni ed agli interessi soggettivi di quelle determinate parti, di quelle determinate persone, con quel determinato mediatore, quindi irripetibile ed unica. E' stato più volte precisato che, a differenza di qualsiasi altra alternativa per la soluzione di una controversia, la mediazione non si basa sulle ragioni o sul diritto, ma sui bisogni e sugli interessi e quindi sulle persone e non sull'oggetto della controversia. Il formalismo può bloccare la creatività del mediatore, che si vedrebbe costretto a tener conto di soluzioni già avutesi in simili materie del contendere.

Invece, l'informalità della mediazione fa sì che anche se l'oggetto della controversia è lo stesso, diverse sono le parti, le persone, il mediatore e quindi unica sarà la conciliazione. Anche nell'art. 8 c. 1 del Dlgs 28/2010 troviamo l'informalità del procedimento, in quanto la legge prevede che le comunicazioni ed inviti all'altra parte si possono effettuare <<con ogni mezzo idoneo ad assicurare la ricezione>> La legge ha voluto rendere la mediazione informale per evitare l'insuccesso della stessa e ha rafforzato l'informalità nella previsione delle sessioni separate (art. 9 c. 2 del Dlgs 28/2010), dove le parti saranno ancora più libere di esprimersi ed il mediatore, grazie alla informalità del procedimento, alla imparzialità ed alla fiducia instaurata e rafforzata in quel momento, acquisirà più informazioni rispetto a qualunque altro rito (arbitrato o giudizio) e riceverà proposte informali, provvisorie, libere, e, quindi, non impegnative, che segneranno tutti momenti irripetibili, non riscontrabili altrove. Ancora una volta emerge l'importanza e il rilievo dato alle parti, ai



bisogni, agli interessi. Saranno, infine, le parti a scegliere se quel contenuto, unico ed irripetibile della conciliazione, potrà essere diffuso o meno, se resterà, quindi, un prezioso risultato da conservare nella massima riservatezza e non condividere con l'esterno. La riservatezza, il codice deontologico, la scelta del luogo degli incontri ( anch'esso rispondete ai criteri di riservatezza), il regolamento di procedura dell'organismo faranno sì che l'informalità sia garanzia di successo. Allo stesso tempo precisiamo che informalità non vuol dire improvvisazione, per cui il Mediatore dovrà avere i requisiti di conoscenza e competenza, che non possono essere garantiti dalla semplice formazione obbligatoria di base. Il Mediatore, infine, dovrà essere in grado di capire, cioè deve saper utilizzare le proprie conoscenze e competenze nell'attività di mediazione.

#### 5. IL MEDIATORE : LE STRATEGIE TATTICHE

Spesso nei processi negoziali si innescano meccanismi e trappole che mettono a dura prova l'abilità del negoziatore. Si entra in un vicolo cieco, per esempio, perché le parti vedono l'attività negoziale come qualcosa che non consente di superare la percezione delle concessioni come perdite, o perché non si è sviluppato un adeguato rapporto di fiducia. In situazioni come queste è necessario l'intervento di un mediatore terzo, imparziale, esperto in strategie e tattiche di negoziazione, che possa rideterminare l'attività del negoziato e trasformare il conflitto in una opportunità. Un modello di strategia del mediatore è stato proposto nel 1986 da Carnevale e individuava quattro attività strategiche generali: <sup>(4)</sup>

- La pressione
  - o il mediatore tenta di ridurre il livello di aspirazione delle parti
- La compensazione
  - o il mediatore tenta di facilitare l'accordo attraverso ricompense aggiuntive
- L'integrazione
  - o il mediatore tenta di conciliare gli interessi divergenti delle parti, garantendo allo stesso tempo elevati benefici congiunti
- L'inazione
  - o Il mediatore permette alle parti di gestire direttamente la controversia, ad esempio attraverso una contrattazione diretta



<sup>(4)</sup>Rumiati – Pietroni "La negoziazione" Cortina Editore



Le prime tre strategie evidenziano l'influenza del mediatore che svolge un ruolo attivo durante la negoziazione.

L'ultima strategia invece, vede protagonisti principali le parti.

Secondo lo studio condotto da Carnevale, il mediatore sarà influenzato nella scelta della strategia da due fattori:

- a. La probabilità che le parti riescano a trovare un accordo reciprocamente accettabile
- b. Il rapporto tra livello di aspirazione delle parti e il rendimento che l'accordo effettivamente potrà produrre

Analizzando i due fattori, Carnevale ha evidenziato il peso degli stessi sulla scelta delle strategie.

Per cui:

- Se i due fattori sono entrambi sfavorevoli (cioè è limitata la probabilità di successo di un accordo e le aspirazioni sono molto alte), il mediatore adotterà la strategia della pressione, cioè cercherà di ridurre i livelli di aspirazione delle parti
- Se i fattori sono entrambi favorevoli (cioè la probabilità di successo dell'accordo è alta e le aspirazioni delle parti sono tali da permettere un rendimento effettivo dell'accordo), il mediatore spingerà verso una strategia integrativa, cioè tenterà di riconciliare gli interessi divergenti delle parti, garantendo loro elevati benefici congiunti
- Se i due fattori avranno segno diverso con un elevato livello di aspirazioni, il mediatore adotterà una strategia compensativa, tentando di facilitare l'accordo attraverso ricompense aggiuntive
- Se i due fattori avranno segno diverso con elevata stima della probabilità di raggiungere l'accordo, il mediatore adotterà la strategia dell'inazione, permettendo alle parti di gestire direttamente la controversia, ad esempio, attraverso una contrattazione diretta

Durante l'attività di negoziazione il tempo gioca un ruolo importante, per cui quando il mediatore ha poco tempo, preferirà adottare tecniche di pressione sulle parti, mentre l'inazione sarà preferita, quando il tempo a disposizione è più lungo. L'orientamento della strategia del mediatore sarà influenzata da tan-

tissime altre variabili, quali, per esempio: l'intensità del conflitto, il livello di ostilità tra le parti, le caratteristiche socio-economiche, le condizioni specifiche in cui interagiscono le parti e il mediatori e così via. Le variabili appena citate e tante altre ancora costituiscono fattori contestuali e concorrenti che influenzeranno ulteriormente il mediatore nella scelta della tattica specifica.

Possiamo, quindi, definire <sup>(5)</sup>:

- Strategie generali

- l'insieme dei mezzi che il mediatore mette in atto per giungere allo scopo, ovvero il piano generale

- Tattiche

- Le condotte che il mediatore pone in atto per acquisire informazioni utili per delineare le questioni della trattativa, le priorità, nonché per favorire le mosse tra le parti volte a ridurre la loro distanza iniziale

Le tattiche si possono suddividere poi in quattro categorie:

- Tattiche per la comprensione delle questioni

- Riguardano la fase iniziale della trattativa, dove il mediatore, attraverso l'incontro congiunto delle parti, cercherà di comprendere i fatti, le dispute, le posizioni

- Tattiche per l'analisi delle priorità delle parti

Il mediatore cercherà di capire la parte a cosa può rinunciare e cosa, invece, non è necessario anche se è di interesse della parte

- Tattiche per l'acquisizione di informazioni relative agli interessi e bisogni sottostanti alle priorità

Il mediatore comincia a percepire la volontà reale di giungere ad un accordo e alle ipotesi dello stesso

- Tattiche di movimento

È l'attività del mediatore rivolta ad avvicinare le parti, consentire la comunicazione tra di loro in maniera efficiente, risolvere aspetti specifici delle questioni, offrire suggerimenti strategici su concessioni delle parti

L'attività di mediazione è sicuramente complessa; richiede predisposizione, tecnica, esperienza e tantissimo studio e formazione.

## 6. IL MEDIATORE : I REQUISITI DI LEGGE

Tenuto conto della peculiarità dell'attività che andrà a svolgere il mediatore e della necessità di garantire il successo ad una procedura che abbiamo detto unica e irripetibile, il legislatore ha posto molta attenzione ai requisiti per l'iscrizione nel registro dei mediatori e per lo svolgimento dell'attività di mediatore.





L' art. 4 c.3 del Dm 180/2010 stabilisce i criteri per l'iscrizione nel registro, mentre l'art. 6 dello stesso Dm prescrive i requisiti per l'esercizio delle funzioni di mediatore. I requisiti per l'iscrizione nel registro e l'esercizio delle funzioni di mediatore devono essere accertati dal responsabile.

In particolare, la legge richiede i seguenti requisiti obbligatori:

- Titolo di studio non inferiore al diploma di laurea universitaria triennale, ovvero, in alternativa, l'iscrizione ad un ordine o un collegio professionale
- Il possesso di una specifica formazione e di uno specifico aggiornamento almeno biennale presso gli enti di formazione in base all'art. 18 del Dm 180/2010
- Il possesso dei requisiti di onorabilità, richiamati nel c.3 lettera c) dell'art. 4 del Dm 180/2010
- La documentazione idonea a comprovare le conoscenze linguistiche necessarie per i mediatori da iscriversi negli elenchi per la materia internazionale

Il mediatore, inoltre, dovrà presentare, ai sensi e per gli effetti dell'art. 6 del Dm 180/2010:

- Dichiarazione di disponibilità, con indicazione della sezione del registro alla quale chiede di essere iscritto
- Curriculum sintetico e aggiornato, con indicazione dei requisiti previsti dall'art. 4 c.3 lettere a) e b) (titolo di studio, o iscrizione ad albo o collegio professionale, requisito della formazione obbligatoria)
- Attestazione di possesso dei requisiti di onorabilità
- Documentazione che provi di avere le conoscenze linguistiche per potersi iscrivere nell'elenco dei mediatori internazionali

L'art. 6 del Dm 180/2010 pone, inoltre, un limite alle iscrizioni, stabilendo che i mediatori non possono dichiararsi disponibili a svolgere le funzioni per più di cinque organismi. Infine, la violazione degli obblighi dichiarativi previsti dall'art.6 del Dm 180/2010 costituisce, per i dipendenti pubblici e per i professionisti iscritti ad albi o collegi, illecito disciplinare sanzionabile ai sensi delle rispettive norme deontologiche e pone l'obbligo di informazione al responsabile.

## 7. IL MEDIATORE : IE LE PARTI

Abbiamo trattato in precedenza degli obblighi del mediatore finalizzati ad assicurare la terzietà: indipendenza, imparzialità, riservatezza, inutilizzabilità e segreto professionale. Vogliamo sottolineare adesso il principale dovere del mediatore verso le parti, un dovere che nasce dalla sua stessa funzione, ed è quello di adoperarsi affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia. A tal fine la legge consente al mediatore di poter ricorrere a mediatori ausiliari o alla consulenza di esperti, quando la materia del contendere richieda specifiche competenze. Viene in tal modo rafforzato



l'impegno da parte del mediatore verso le parti e la soluzione della controversia.

Con l'articolo 11 del Dlgs. 28/2010 vengono attribuiti al mediatore i doveri verso le parti, scaturiti dall'esercizio della sua funzione :

- Il dovere di formare il processo verbale quando è raggiunto l'accordo, al quale viene allegato il testo dell'accordo stesso
- la possibilità per il mediatore di formulare una proposta quando l'accordo non è stato raggiunto
- la possibilità per le parti di richiedere, concordemente, in qualunque momento del procedimento, la formulazione della proposta al mediatore, che in tal caso ha l'obbligo di formularla
- il dovere del mediatore di dare informazione alle parti delle conseguenze previste dall'art. 13 prima di formulare la proposta
- l'obbligo di comunicare per iscritto la proposta alle parti, che non potrà contenere alcun riferimento alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento, a meno che non vi sia stato consenso delle parti
- l'obbligo di formare processo verbale con indicazione della proposta quando la stessa non è stata accettata
- l'obbligo di sottoscrivere il verbale con le parti al fine di certificare l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere
- l'obbligo del mediatore di indicare nel verbale la mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione
- l'obbligo di verificare che il contenuto dell'accordo non sia contrario all'ordine pubblico o norme imperative

La legge ha demandato, così, al mediatore compiti e doveri che sono il risultato della fiducia che si è istaurata durante il procedimento con le parti e che sono allo stesso tempo, nella fase conclusiva dell'accordo o del mancato accordo, garanzia ulteriore per le stesse. Per rafforzare il rapporto di fiducia tra le parti ed il mediatore che conduce il procedimento, il regolamento dell'Organismo può prevedere che l'attività di mediazione sia svolta da due mediatori diversi, di cui uno facilitativo e l'altro valutativo. Più di una volta si è evidenziato l'importanza del rapporto





di fiducia tra mediatore e parti e in molti punti di questo documento si è sottolineata l'importanza della presenza della parte. Vogliamo ancora una volta ricordarlo e ribadire che è necessaria, se non addirittura irrinunciabile, la presenza della parte durante la procedura di mediazione, in quanto conosce meglio di chiunque altro i propri bisogni ed interessi ed è grazie alla presenza della parte che il mediatore avrà la possibilità di spostare l'attenzione dalle posizioni, dalle ragioni, dal diritto, dal passato, al futuro, all'accordo totale e completamente condiviso.

#### 8. IL MEDIATORE : SVOLGIMENTO DI UNA FUNZIONE O PROFESSIONE PROTETTA?

Ci poniamo la seguente domanda: l'attività di mediazione è una professione protetta?

Il Sole 24 ore ha esaminato un caso specifico che riguardava l'ipotesi di costituire uno studio associato (associazione professionale) ai sensi dell'art. 1 della L. 23.11.1939 n. 1815 tra un dottore commercialista ed un conciliatore professionista iscritto presso un Organismo accreditato ai sensi dell'ex art. 38 del D.Lgs 5/2003.

BDC<sup>(6)</sup> risponde: << i conciliatori iscritti ai sensi della previgente normativa dovranno acquisire i requisiti previsti dal D.lgs. n. 28/10 e dal regolamento attuativo (Dm 28/10/2010 n. 180) al fine di poter continuare a prestare la propria opera. Tuttavia il fatto che la legge preveda determinati requisiti per ottenere l'iscrizione all'elenco dei mediatori, che la tenuta del registro e il potere disciplinare sugli iscritti sia demandato al Ministero della Giustizia e che il mediatore sia tenuto ad eseguire personalmente la sua prestazione, inducono a ritenere che il mediatore possa essere qualificato come esercente una professione protetta. In conclusione, è pertanto ragionevole ritenere possibile la costituzione di un'associazione professionale tra un dottore commercialista e un mediatore, il cui studio associato dovrà riportare il nome dei professionisti e i relativi titoli>>.

L'articolo 6 del Dm 180/2010 nel suo titolo parla espressamente di <<funzioni di mediatore>> e non di professione. Mentre nello stesso articolo 6 e nel precedente articolo 4, come pure nel Dlgs 208/2010 sono stabiliti specifici requisiti per ottenere l'iscrizione nell'elenco dei mediatori, nonché la tenuta del registro ed il potere disciplinare sono demandati al Ministero della Giustizia, come affermato dal BDC de Il Sole 24 ore.

L'art. 14 del Dm 180/2010, infine, stabilisce che il mediatore è tenuto ad eseguire la prestazione personalmente.

Le previsioni di legge su riportate tendono a convalidare la tesi che il mediatore svolga un'attività protetta: è nata una nuova professione?

(6) Il Sole 24 ore "BDC RISPONDE" 9.2.201.

## 9. CONCLUSIONI

Questo lavoro ha voluto dare attenzione alla peculiarità della figura del mediatore, evidenziandone i requisiti normativi, tecnici e professionali, il rapporto di fiducia con le parti, gli obblighi e i doveri. Restano senza risposta alcuni interrogativi, tra cui quello posto nel precedente paragrafo

Mentre non ci sono dubbi sulla necessità che il mediatore aggiunga alle sue conoscenze e competenze una formazione compensativa per acquisire una maggiore conoscenza generale delle materie obbligatorie, ma anche delle facoltative, per diventare un buon mediatore. Una maggiore specializzazione, invece, gli verrà richiesta per poter affrontare da mediatore ausiliario (quindi da esperto) o valutativo l'attività di mediazione. Ci poniamo, infine, un altro interrogativo: come si concilierà la necessità del mediatore di relazionare con la parte, per conoscerne i bisogni reali, con l'assenza della stessa, rappresentata durante il procedimento da un consulente? E' opportuna o obbligatoria ed essenziale, per garantire il buon esito della mediazione, la presenza della parte, in quanto conosce, più di chiunque altro, i propri bisogni ed interessi? Sicuramente le strategie e le tattiche che adotterà il mediatore saranno influenzate dall'assenza della parte (persona fisica); sicuramente le sessioni separate non avranno lo stesso corso e lo stesso effetto.

Infine, non è detto che l'accordo, una volta raggiunto, rispecchi effettivamente gli interessi reali e che sia l'unico, irripetibile e creativo.

Il mediatore svolge un'attività innovativa, dalla quale sono nate tantissime aspettative:

- quelle di coloro che intendono svolgere questo particolare ruolo,
- quelle di coloro che credono nella possibilità di cambiare il modo di concepire il conflitto e migliorare la società,
- quelle di coloro che si augurano che la mediazione possa diventare concretamente una vera alternativa alla giustizia ordinaria e privata e contribuisca a risolvere i grossi problemi legati ai costi e tempi del sistema giustizia in Italia.

Il legislatore ha fatto la sua parte, ora tocca a tutti noi far sì che la mediazione non sia un fallimento: sia un'occasione per mettere a frutto non l'improvvisazione, ma la creatività, la conoscenza e la competenza dei mediatori nella ricerca di un accordo che superi le circostanze conflittuali, le posizioni, le ragioni, il passato e guardi al futuro, figlio di una irripetibile, informale, riservata attività. E' un'occasione per cambiare il corso della storia.....



## Mediazione: avvocati sempre «contro», commercialisti al lavoro sulla formazione

**L'**OUA ha impugnato la circolare del Ministero della Giustizia, mentre per il consigliere del CNDCEC Ruscetta è importante avere mediatori preparati

Con il comunicato stampa dell'OUA (Organismo Unitario dell'Avvocatura Italiana) si rende nota l'impugnazione davanti al TAR da parte dell'OUA stesso, insieme a diversi Ordini, Associazioni forensi e singoli avvocati, della recente circolare del Ministero della Giustizia del 4 aprile scorso.

Si segnala che, con la circolare in oggetto, il Ministero della Giustizia ha fornito alcuni chiarimenti in merito alla corretta applicazione delle previsioni contenute nel DLgs. 28/2010 e nel DM 180/2010 (si vedano "Mediazione: solo con l'incontro si supera la condizione di procedibilità" e "Organismi di mediazione, regole a parte per gli avvocati" del 18 aprile 2011). Nella circolare sono stati esaminati due profili:

- il regolamento di procedura (la conclusione del procedimento di mediazione);
- i requisiti del mediatore.

In particolare – viene spiegato dall'OUA nei motivi aggiunti – la circolare prevede che, per ritenersi esperita la condizione di procedibilità, il verbale di esito negativo della mediazione debba essere redatto esclusivamente dal mediatore e non dalla segreteria dell'organismo di mediazione. Inoltre, con riferimento ai requisiti dei mediatori, viene previsto che gli stessi abbiano acquisito requisiti aggiuntivi, quali il conseguimento di percorsi formativi fra 10 e 50 ore, e ottenuto la qualifica di conciliatore di diritto.

Secondo l'OUA, la "atipica" circolare di chiarimenti in realtà introduce previsioni precettive e incide sulla disciplina della procedura di mediazione e dei requisiti dei mediatori. Per tale ragione, la circolare, "partecipando dei medesimi vizi del DM 18 ottobre 2010 n. 180, è assolutamente illegittima e non può esimersi dalla sua impugnazione".

Fra i motivi di diritto sollevati avanti al TAR per l'annullamento della circolare in oggetto, l'OUA sostiene gli stessi profili di illegittimità costituzionale già censurati con il precedente ricorso, violazione della legge-delega, (sul quale il TAR si è pronunciato con l'ordinanza n. 3202/2011). Infatti, la circolare pone l'esperimento del procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria. Inoltre, l'OUA rileva la mancanza nella circolare della previsione di requisiti idonei a delineare una specifica competenza dei mediatori in ordine alla funzione attribuita dallo stesso legislatore.

Duro il commento del Presidente dell'Organismo Unitario dell'Avvocatura, Maurizio De Tilla, così come riportato nel comunicato stampa: "È un assurdo, il Ministero della Giustizia si fa beffa del diritto e con una circolare prevede la mediazione unilaterale.

Come si può avviare una mediaconciliazione con una sola delle parti: il conciliatore che procede da solo senza la presenza di entrambe le parti è un assurdo giuridico che contrasta con il buonsenso e la legge. E ancora: "Il Ministero della Giustizia si deve rendere conto che va subito eliminata la obbligatorietà della mediaconciliazione che è stata esclusa in Europa da tutti i Paesi".

Diversa, da sempre, la posizione dei commercialisti, che invece credono nella riforma della mediazione. "Ha funzionato in altri Paesi, europei e non – ribadisce il Felice Ruscetta, consigliere del CNDCEC con delega alle funzioni giudiziarie e presidente della Fondazione ADR Commercialisti –: perché non dovrebbe funzionare nel nostro Paese? Ogni tentativo, in questo momento, è utile, mentre è sbagliato non fare nulla. Solo tra un anno potremo dire se la mediazione, così come concepita, può funzionare o meno".

E all'OUA, che parla di mancanza, nella circolare del Ministero della Giustizia, di requisiti idonei per delineare una competenza specifica dei mediatori, Ruscetta risponde che "i requisiti di professionalità sono migliorati molto" e che, già da tempo "per la nostra categoria non poteva essere accettabile, come requisito, l'anzianità d'iscrizione all'Albo da 15 anni".

Anche perché "la formazione è una cosa seria: il corso di 50 ore previsto non è sufficiente, ma diciamo che dà la patente per guidare il mezzo; sono però poi necessari corsi di approfondimento e non a caso siamo al lavoro per una formazione continua".

Ragionare in un'ottica costruttiva, in questa fase, implica infatti che si lavori per far funzionare al meglio la mediazione: "Pensiamo che quella dei mediatori sia una funzione estremamente delicata – prosegue il consigliere del CNDCEC – perché a seconda della disputa servirà un professionista con determinate competenze, soprattutto nella fase facilitatoria".

La Corte Costituzionale deve comunque ancora pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale di alcuni articoli del DLgs. n. 28/2010, dopo la trasmissione degli atti dal parte del TAR del Lazio: "Resto fiducioso – conclude Ruscetta – e continueremo a darci da fare affinché i commercialisti siano preparati al meglio", annunciando che "oggi (ieri, ndr) è stato deciso l'accreditamento nel Registro degli Organismi di mediazione del Ministero della Fondazione ADR Commercialisti e di 3 Ordini locali".



## Il garante blinda la mediazione

Tratto da *Andrea Maria Candidi*  
03 maggio 2011 – sole 24 ore

Mediazione civile a prova di privacy. Con un provvedimento e due autorizzazioni il Garante blinda infatti gli organismi, pubblici o privati che siano chiamati a gestire le procedure rese obbligatorie dallo scorso marzo per una serie di controversie civili.

E autorizza ministero della Giustizia, organismi di mediazione ed enti di formazione a trattare i dati giudiziari per la verifica dei requisiti di onorabilità dei mediatori.

Di fatto, il presidente Francesco Pizzetti lancia una ciambella di salvataggio all'intero meccanismo, che altrimenti avrebbe rischiato di arenarsi di fronte ai vincoli legati al trattamento di informazioni tutelate dalle norme sulla privacy.

Nel mirino dell'authority i dati sensibili e giudiziari che inevitabilmente devono essere trattati dai soggetti accreditati dal ministero della Giustizia.

Il riferimento, ad esempio, è alle informazioni concernenti lo stato di salute delle persone che entrano in gioco nelle mediazioni attivate per il risarcimento del danno per colpa medica oppure ai dati relativi alle sentenze di condanna in virtù delle quali è possibile chiedere il ristoro di un danno attraverso la procedura di mediazione.

Con i tre atti firmati il 21 aprile scorso – per due dei quali (le autorizzazioni) la pubblicazione è attesa sulla Gazzetta Ufficiale di oggi – il Garante semplifica adempimenti e procedure degli organismi, mantenendo al contempo alta la guardia sui diritti e le libertà delle parti coinvolte. Innanzitutto, per quanto riguarda i soli enti di natura pubblica, il provvedimento n. 160 contiene in allegato un documento che indica i tipi di dati e di operazioni eseguibili in relazione alla finalità di rilevante interesse pubblico.

Gli articoli 20 e 21 del Codice della privacy (Dlgs 196/2003) permettono infatti ai soggetti pubblici il trattamento di dati sensibili e giudiziari solo se autorizzato da una espressa norma di legge. Considerato, però, che le disposizioni che disciplinano la materia della conciliazione – il Dlgs 28/2010 e il Dm Giustizia 180/2010 – si limitano a specificare la sola finalità di rilevante interesse pubblico e non indicano invece i tipi di dati e le operazioni eseguibili, ciò obbliga

i "mediatori pubblici" a identificare con un regolamento le informazioni personali utilizzabili e le relative finalità perseguite. Regolamento che deve ricevere, prima di diventare operativo, il parere del Garante.

L'authority della riservatezza ha, però, giocato d'anticipo e – visto che nessun organismo di mediazione l'ha finora chiamata in causa – ha predisposto, insieme al ministero della Giustizia, un regolamento tipo, che si può utilizzare senza aspettare il via libera dell'autorità, per il trattamento di dati idonei a rivelare lo stato di salute, la vita sessuale, l'origine razziale o etnica, le convinzioni religiose e anche informazioni di carattere giudiziario. Naturalmente, questi dati possono essere utilizzati solo nell'ambito dell'attività di mediazione obbligatoria.

Gli altri due provvedimenti sono invece figli della possibilità riservata al Garante di rilasciare autorizzazioni generali per il trattamento dei dati sensibili (autorizzazione n. 161) e giudiziari (autorizzazione n. 162), così come previsto dagli articoli 26 e 27 del Codice della privacy. Il primo provvedimento autorizza gli organismi di mediazione privati al trattamento dei dati sensibili. Mentre il secondo dà l'ok in pratica a tutti i soggetti coinvolti – organismi di mediazione, pubblici o privati, enti di formazione e ministero della Giustizia – a trattare i soli dati giudiziari relativi ai requisiti di onorabilità richiesti dalle norme sulla conciliazione a soci, associati, amministratori e rappresentanti degli enti e organismi e anche ai singoli mediatori.

Entrambe le autorizzazioni hanno però una scadenza: il Garante ha infatti preferito la via dell'efficacia temporale, fino al 30 giugno 2012, in attesa del completamento del quadro normativo della conciliazione.



## Nuove regole deontologiche per gli avvocati mediatori

*Tratto dal Quotidiano d'informazione giuridica*

Il Consiglio nazionale forense sta elaborando, sulla scorta di un lavoro preparatorio già svolto dalla commissione deontologia, una integrazione per disciplinare il comportamento dell'avvocato che assuma le funzioni del mediatore/conciliatore.

I coordinatori delle commissioni consultiva, deontologica, mediazione e conciliazione e gruppo di lavoro sull'attività giurisdizionale sono stati investiti venerdì 29 aprile dal plenum del Cnf di formulare una proposta di testo di un nuovo canone deontologico che, da una parte, preveda un generalizzato obbligo di osservanza degli obblighi propri della nuova funzione e che poi declini, nella successiva articolazione, i profili delle possibili incompatibilità, conflitti di interessi, responsabilità in caso di proposta di conciliazione non conforme al diritto etc.

“In attesa e indipendentemente dagli sviluppi giurisdizionali e politici sulla mediazione”, rileva il Consiglio, “la messa a punto deontologica appare passaggio urgente e ineludibile, nella scia della linea d'azione generale del Consiglio che se, da una parte, è impegnato a contrastare ed a far superare le criticità della mediazione così come disciplinata dalla attuale normativa, dall'altra non può e non deve sottrarsi alla responsabilità di fornire il dovuto e doveroso supporto ai Consigli degli Ordini per il governo dell'istituto anche nei suoi aspetti deontologici e nelle sue ricadute disciplinari”.

Il Consiglio ha ritenuto opportuno procedere per questa strada tenendo conto del fatto che la violazione da parte dell'avvocato-mediatore civile degli obblighi propri come fissati dalla normativa attualmente in vigore determina per lui conseguenze sul piano disciplinare valutabili dal Consiglio dell'Ordine “sia se si ritenga che l'esercizio dell'attività di mediatore civile da parte di un avvocato rappresenta una manifestazione di attività professionale, sia se si ritenga il contrario”.

In particolare la legge 69/2009 prescrive per il mediatore un regime di incompatibilità tale da garantire la neutralità, l'indipendenza e l'imparzialità del conciliatore; il decreto legislativo 28/2010 parla di imparzialità del mediatore, di riservatezza, di inutilizzabilità nell'eventuale successivo giudizio di quanto appreso nel procedimento di mediazione; e impone il divieto di conflitti di interessi; il dm 180/2010, infine, stabilisce che le violazioni degli obblighi inerenti le dichiarazioni commesse da professionisti iscritti ad albi e collegi professionali, costituiscono illecito disciplinare sanzionabile ai sensi delle rispettive normative deontologiche.

Il gruppo di lavoro dovrà elaborare rapidamente il testo da sottoporre ai Consigli degli Ordini per le loro osservazioni, da formulare “in un congruo ma contenuto termine temporale”.

Contemporaneamente, saranno oggetto di approfondimento anche possibili profili deontologici dell'avvocato che assiste tecnicamente la parte nel procedimento di mediazione, stante l'applicazione delle attuali regole deontologiche proprie dell'attività professionale.

D'altra parte, segnala il Cnf, i Consigli degli Ordini stanno già inoltrando quesiti chiedendo delucidazioni sulle prime applicazioni della legge.



LEGAL

