

QUADRA

alternative dispute resolution

MANIFESTO 2016 PER LO SVILUPPO DELLA MEDIAZIONE IN ITALIA*

Premesse

Il regime della mediazione in Italia, come regolata dal decreto legislativo 28/2010, ha subito nei pochi anni dalla sua entrata in vigore una serie di aggiustamenti che ne hanno modificato l'originario impianto.

Tali modifiche sono state, in parte, frutto di una fisiologica necessità di meglio adattare una normativa di nuovo conio all'esperienza pratica via via maturata; in parte, preponderante, frutto dell'azione lobbistica di alcuni gruppi di pressione, che hanno evidentemente percepito la mediazione come una minaccia alla loro attività.

Comunque sia, dall'esperienza fatta possono trarsi alcune considerazioni generali:

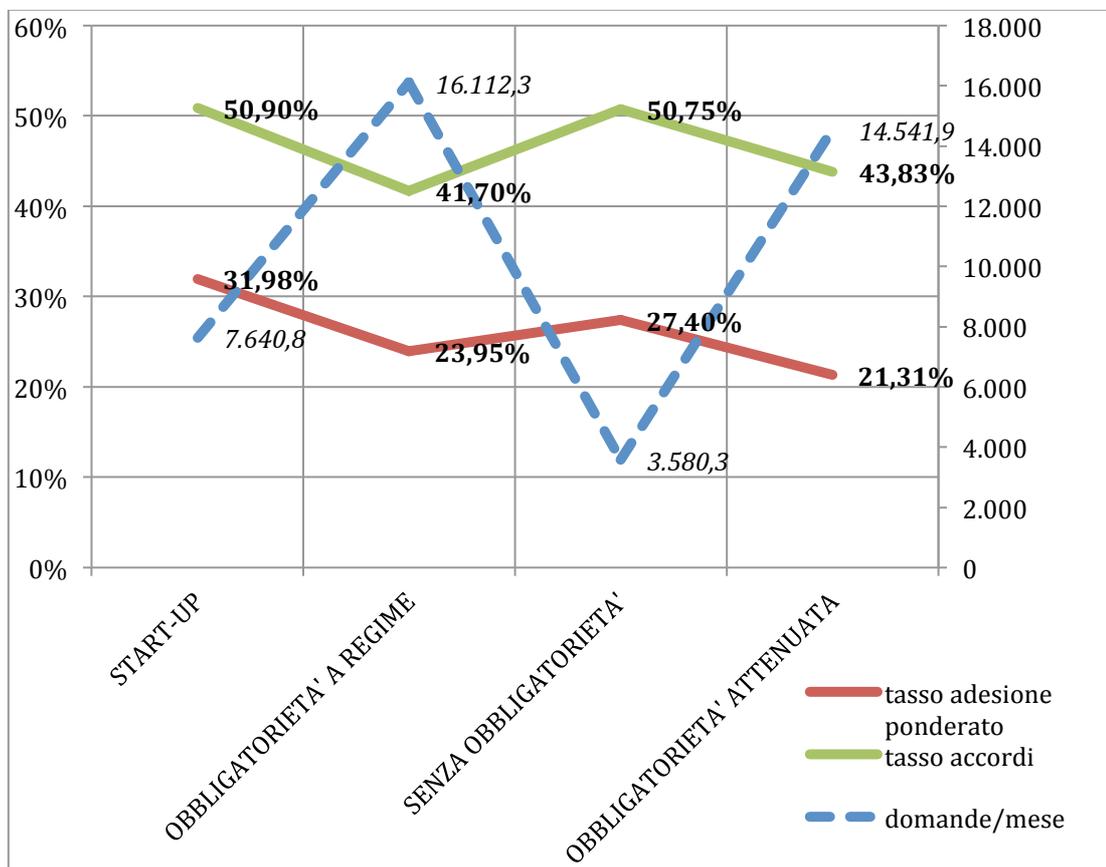
- 1) nel nostro Paese *la previsione di un accesso comunque 'obbligato' alla mediazione si è rivelato il più importante, se non l'unico, fattore in grado di garantire abbrivio all'istituto.*

Le statistiche che correlano il numero di domande di mediazione all'esistenza o meno di un fattore di 'obbligatorietà', sono evidenti. Vedi, al proposito, il grafico sotto riportato, elaborato su dati ufficiali del Ministero di Giustizia,

* Il Manifesto è stato elaborato nel maggio 2016 in seno al board (CCI/IAB) di QUADRA (www.adrquadra.com), divisione ADR di Tiaki s.r.l., centro di mediazione e arbitrato operante dal 2003, affiliato all'ISCT – Institute for the Study of Conflict Resolution (www.transformativemediation.org). Tiaki è registrata presso il Ministero della Giustizia italiano sia come organismo di mediazione (n. 231) ed ente di formazione (n. 160).

ripartiti nelle quattro fasi che possono essere distinte alla luce dell'esperienza fatta¹:

- I fase: START-UP (dall'introduzione nel marzo 2011 della mediazione all'entrata in vigore nel marzo 2012 dell'obbligatorietà piena);
- II fase: A REGIME (dall'aprile 2012 allo stop dell'ottobre 2012 a seguito della sentenza della C. Cost. 272/12);
- III fase: SENZA OBBLIGATORIETA' (dal novembre 2012 al settembre 2013 quando l'obbligatorietà è stata reintrodotta limitandola però alla partecipazione ad un incontro orientativo preliminare - c.d. "primo incontro informativo" - ex "decreto del fare" del governo Letta n. 69/13);
- IV fase: OBBLIGATORIETA' ATTENUATA (vale a dire limitata alla sola partecipazione all'incontro orientativo: dal settembre 2013 ad oggi).



2) Il sistema nel suo complesso ha privilegiato, sin dall'inizio, una particolare funzione della mediazione (quella di deflazionare il carico giudiziario) a di-

¹ Il numero di domande non equivale, naturalmente, al numero delle mediazioni effettivamente realizzate. Il grafico dà conto di un tasso "ponderato", che è dato ipotetico perché dalle statistiche ministeriali non è dato conoscere quello reale (queste, infatti, riportano solo il tasso di incontri informativi che si tengono a seguito di domanda - ad oggi il 31,5% ca. su tutto il periodo - il che chiaramente è di gran lunga maggiore a quella delle mediazioni che effettivamente si tengono).

scapito di altre fondamentali funzioni (in particolare, quella di permettere a chi è coinvolto in un conflitto di non delegare a terzi la sua gestione e definizione). Ciò ha comportato – ma si poteva bene evitare di farlo pur mantenendo tale ottica preferenziale –

a) *l'ingabbiamento della mediazione in una struttura formale particolarmente restrittiva dell'autonomia pattizia* (vedansi, in particolare -

- i. , le restrizioni in tema di scelta del mediatore, di fatto riservata ad un ente terzo, l' "organismo di mediazione";
- ii. quelle in tema di determinazione dei costi, secondo tabelle fissate d'autorità;
- iii. criteri selettivi per lo svolgimento dell'attività di mediatore, basati più su titoli che su esperienza e gradimento degli utenti;
- iv. ingiustificato favor riservato agli organismi di mediazione pubblici rispetto a quelli privati, con effetti anti-competitivi;
- v. ingiustificati svantaggi riservati delle mediazioni irrituali, cioè quelle extra decreto 28/2010 (in particolare la mancata copertura del beneficio della confidenzialità e la mancata estensione dei benefici fiscali e dei meccanismi per l'esecutorietà degli eventuali accordi).

b) *L'orientamento verso forme di mediazione 'direttiva', piuttosto che rispettosa del principio di autodeterminazione* (v. il favor per il raggiungimento di un accordo transattivo, il meccanismo della proposta, la sostanziale ignoranza verso orientamenti diversi dai due citati in Relazione illustrativa: m. valutativa e facilitativa).

3) Pur criticabile sotto vari versi, il disegno originale del decreto 28/2010 è andato peggiorando nel tempo a causa di *ripetuti interventi correttivi, tutti nel segno di una maggiore compressione dell'autonomia negoziale* (in particolare, si consideri –

- i. la restrizione delle parti nella scelta dell'organismo di mediazione, con vincoli di 'competenza' territoriale, espressamente considerati irrilevanti nel decreto 28/2010 originario;
- ii. la chiara preferenza data all'approccio valutativo rispetto a quello facilitativo, con la qualifica di mediatore 'di diritto' agli avvocati, anche qui contro la preferenza per interventi facilitativi apertamente espressa nella Relazione Illustrativa iniziale;
- iii. l'impossibilità per le parti di non avvalersi di avvocati, almeno per le mediazioni c.d. 'obbligatorie';

- iv. restrizioni in tema di posizionamento 'logistico' degli organismi per evitare ogni commistione fra mediatori ed avvocati (in sede di codice deontologico forense)
 - v. l'impossibilità per le parti di farsi assistere da avvocati che siano anche mediatori presso l'organismo adito [disposizione questa ora espunta a seguito pronuncia TAR Lazio 1-4-16].
- 4) Per contro, in questi primi anni di operatività dell'istituto, i regolatori hanno mancato di porre in essere quelle azioni che avrebbero potuto supportare lo sviluppo di un approccio alla mediazione moderno e rispettoso delle parti (in particolare:
- i. totale assenza di campagne di promozione al grande pubblico;
 - ii. totale assenza di un controllo di qualità sostanziale su enti di formazione ed operato dei mediatori;
 - iii. totale assenza di ricerche qualitative relative alla qualità dei servizi erogati;
 - iv. restrizione dell'area già ridotta interessata alla mediazione 'obbligatoria';
 - v. mancata sensibilizzazione dei giudici al ricorso alla m. delegata e mancata predisposizione di norme procedurali che ne possano garantire l'effettività.
 - vi. mancata estensione alle mediazioni extra decreto 28/2010 di quanto previsto in direttiva 52/2008 (in particolare, in tema di efficacia esecutiva degli eventuali accordi, protezione del carattere confidenziale e non utilizzabilità in giudizio delle informazioni scambiate).

Proposte di riforma in un'ottica di liberalizzazione ed incentivazione

Alla luce di quanto sopra, appare agli scriventi opportuno un deciso ripensamento di come l'istituto è oggi strutturato, nel senso di –

- I) affermare la generale *valenza positiva del ricorso alla mediazione* per la risoluzione dei conflitti, non solo in ragione dei possibili effetti deflattivi sul carico giudiziario, ma *soprattutto per la possibilità offerta agli interessati di poter riguadagnare il controllo diretto della situazione e poter prendere decisioni autonome al riguardo*, con l'essenziale supporto di un terzo qualificato che li aiuti in tale processo senza sostituirsi a loro o imponendo la sua volontà.

- II) *Limitare al minimo indispensabile l'ingerenza sulle parti* quanto all'organizzazione della mediazione, preservando così il principio di libera autodeterminazione.
- III) Promuovere effettivamente il ricorso alla mediazione da parte di professionisti del settore, secondo programmi di sostegno monitorati periodicamente soprattutto attraverso rilevazione sul livello di gradimento dei servizi ricevuti dagli utenti il servizio.
- IV) Mantenimento del sistema basato sul colloquio orientativo (c.d. 'primo incontro informativo'), con allargamento del relativo campo di applicazione. È ipotizzabile il mantenimento al riguardo del canale obbligatorio costituito dagli organismi di mediazione al fine di facilitare il controllo pubblico sulla reale effettuazione dell'incontro orientativo.

Per raggiungere tali obiettivi, si auspica conseguentemente una riforma del sistema oggi basato sul decreto 28/201 e relative norme regolamentari (d.m. 180/2010) nonché sul Codice deontologico forense, che si conformi alle seguenti **proposte**:

1. LIBERALIZZAZIONE DEL MERCATO DEI SERVIZI DI MEDIAZIONE - CONTRIBUTO ALLA CREAZIONE DI UNA PROFESSIONALITÀ AUTONOMA

- 1.1. Liberalizzazione dei servizi di mediazione e conseguente apertura del mercato a chiunque (individui o organizzazioni, con nazionalità UE) riceva incarico a prestarli.
- 1.2. Restringimento dell'attuale esclusiva riservata agli organismi di mediazione alla sola emissione di un documento che comprovi che le parti hanno effettivamente partecipato all'incontro orientativo (condizione di procedibilità – v. sotto proposta n. 4).
- 1.3. Mantenimento del sistema di controllo sugli organismi di mediazione, con eliminazione di tutte le restrizioni attuali non giustificate da esigenze di controllo sull'attendibilità delle attestazioni emesse relativamente all'esperimento degli incontri informativi. Salvo quanto sub 3.1, sottoposizione degli organismi presso i tribunali, gli ordini professionali e le camere di commercio alle stesse regole generali dettate per gli altri organismi.

2. LIBERALIZZAZIONE DEL PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE

- 2.1. Abrogazione di qualsiasi norma imperativa.
- 2.2. Introduzione in sede di codice civile di un "contratto per la prestazione di servizi di mediazione" fra le parti, il mediatore ed eventualmente l'organismo di mediazione adito, che disciplini in via sussidiaria l'erogazione dei servizi stessi, stabilendo norme derogabili in tema di compenso e rimborso

spese, responsabilità, durata, confidenzialità, non producibilità in giudizio e conseguente esenzione delle persone coinvolte nel procedimento dall'obbligo di rendere testimonianza. Unica previsione inderogabile: esenzione dall'obbligo di mantenere la confidenzialità in caso di pericolo grave ed imminente a persone o cose.

- 2.3. Previsione generale secondo la quale la mediazione si svolge in conformità al citato contratto per la prestazione di servizi di mediazione.

3. SUPPORTO ALLO SVILUPPO DELLA MEDIAZIONE

- 3.1. Obbligo per gli organismi di mediazione pubblici di effettuare campagne di sensibilizzazione al pubblico verso la mediazione in generale, anche a favore degli organismi privati operanti in zona.
- 3.2. Mantenimento degli attuali incentivi fiscali in tema di tassa di registro e credito d'imposta.
- 3.3. Campagna di sensibilizzazione presso i giudici, ed eventuali modifiche ai codici di rito, al fine di incentivare il ricorso alla mediazione delegata, come oggi prevista.
- 3.4. Abrogazione della previsione di "successo" della mediazione legata all'esistenza di un accordo transattivo, e sua sostituzione con il criterio di soddisfazione delle parti coinvolte.

4. MEDIAZIONE E PROCESSO

- 4.1. Qualificare come condizione di procedibilità, rilevabile anche d'ufficio, in tutti i procedimenti civili e amministrativi (con gli opportune eccezioni in relazione a quelli di natura cautelare, sommaria o urgenti) la partecipazione ad un incontro informativo gratuito o a costi calmierati fissati in sede ministeriale, realizzabile con libertà di forme ed anche fra parti distanti, senza obbligo di assistenza legale, comprovato da attestato rilasciato da un organismo di mediazione operante nel distretto in cui ha sede l'ufficio giudiziario competente di cui si prospetta l'avvio.
- 4.2. In caso di mancato assolvimento dell'obbligo sub 4.1, previsione di sanzioni monetarie a carico della parte non adempiente e obbligo per il giudice di sospendere il giudizio sino all'avvenuto effettivo esperimento.
- 4.3. Tutela della fondamentale differenza concettuale fra attività del mediatore e attività del giudice, evitando che il secondo svolga funzioni di mediatore nelle cause che è chiamato a decidere o comunque nell'ambito della sua attività.