

INDICE

1. Introduzione alla mediazione dei conflitti
 - 1.1. Il conflitto ed i tipici modi di reazione
 - 1.1.1. Definizione di conflitto e controversia
 - 1.1.2. Tipici modi di reazione a situazione di conflitto
 - 1.1.3. Triangolarizzazione del conflitto e ruolo del terzo
 - 1.1.4. Modelli negoziali e modelli decisori
 - 1.1.5. I c.d. metodi ADR
 - 1.2. La mediazione nel quadro dei metodi ADR
 - 1.2.1. Il momento opportuno per mediare
 - 1.3. La mediazione nei diversi contesti
 - 1.3.1. Il mediatore tradizionale
 - 1.3.2. Il mediatore istituzionale
 - 1.3.2.1. Court-annexed mediation
 - 1.3.3. Il mediatore professionista
 - 1.4. Finalità dell'intervento del mediatore
 - 1.4.1. L'approccio *problem-solving* "valutativo"
 - 1.4.2. L'approccio *problem-solving* "facilitativo"
 - 1.4.3. L'approccio "trasformativo"
 - 1.4.3.1. L'*insight mediation*
 - 1.4.3.2. La *narrative mediation*
 - 1.5. Best practices
 - 1.5.1. ... nella mediazione valutativa
 - 1.5.2. ... nella mediazione facilitativa
 - 1.5.3. ... nella mediazione trasformativa
 - 1.5.4.
 - 1.5.5.
 - 1.6. La mediazione normata
 - 1.6.1. Lo Uniform Mediation Act (USA), 2001
 - 1.6.2. La legge-modello UNCITRAL 2002
 - 1.6.3. La Direttiva 2008/52/CE
 - 1.6.4. Discipline settoriali

Codici di comportamento

1.6.4.1. Il Codice di comportamento europeo

2. La mediazione ex decreto 28/10
 - 2.1. Premessa
 - 2.2. Il modello adottato per il procedimento
 - 2.2.1. Adesione ad entrambi i modelli di mediazione facilitativa e valutativa
 - 2.3. Caratteri essenziali
 - 2.3.1. Qualità richieste al terzo neutrale
 - 2.3.2. Confidenzialità dei dati comunicati
 - 2.3.3. Efficacia esecutiva dell'accordo eventualmente raggiunto
 - 2.3.4. Effetti preclusivi su prescrizione e decadenza dei diritti fatti valere
 - 2.4. Le controversie possibili oggetto di mediazione
 - 2.4.1. Controversie escluse
 - 2.5. Obblighi informativi a carico dei legali
 - 2.6. Profili di possibile mancato recepimento della Direttiva 2008/52
3. Ruolo e requisiti dei centri di mediazione ("organismi")
 - 3.1. La canalizzazione delle mediazioni ex decreto 28/10 attraverso organismi abilitati
 - 3.1.1. Accordi di collaborazione fra organismi
 - 3.1.2. Monitoraggio dell'attività degli organismi
 - 3.2. I requisiti per l'abilitazione ed il Registro ministeriale
 - 3.2.1. Organismi con abilitazione facilitata
 - 3.3. Sospensione e cancellazione dal Registro degli organismi abilitati
4. Caratteristiche del procedimento
 - 4.1. Tipologia
 - 4.2. Attivazione della mediazione
 - 4.2.1. Domanda basata su precedente clausola di mediazione
 - 4.2.2. Domanda non basata su clausola
 - 4.2.3. Domanda congiunta

- 4.3. Rifiuto di mediare
 - 4.3.1. Rifiuto da parte dell'organismo
- 4.4. Logistica e incontro
- 4.5. Durata e termini procedurali
- 4.6. Costi
- 4.7. Difensori e consulenti delle parti
- 4.8. Modalità operative del mediatore
 - 4.8.1. Controversie minori
- 4.9. Formalizzazione dell'accordo
- 4.10. Ipotesi di mancato accordo
 - 4.10.1. Proposta del mediatore
- 5. Selezione del mediatore
 - 5.1. Soggetti abilitati alla designazione del mediatore
 - 5.2. Requisiti richiesti al mediatore
 - 5.2.1. La formazione del mediatore
 - 5.2.2. Gli "enti di formazione"
- 6. Connessione con procedimenti giudiziali e arbitrali
 - 6.1. Premessa
 - 6.2. Exceptio mediationis
 - 6.3. Mediazione su invito del giudice
 - 6.4. Cause per le quali l'esperimento della mediazione è condizione di procedibilità
 - 6.5. Tutela della natura confidenziale dei dati emersi in mediazione
 - 6.5.1. Obbligo di riservatezza ed inutilizzabilità nel processo
 - 6.6. Effetti dell'ingiustificata mancata partecipazione alla mediazione
 - 6.7. Effetti dell'esito della mediazione sulla ripetizione delle spese di lite
- 7. Incentivi fiscali ed altre agevolazioni
 - 7.1. Il credito d'imposta per le spese di mediazione
 - 7.2. L'esecutività dell'accordo
- 8. Conclusioni
 - 8.1. Un giudizio complessivo sulla mediazione ex decreto 28/10
 - 8.2. Proposte di modifica

Appendice

Direttiva 2008/52/CE

L. 69/09

Decreto 28/10

Relazione Illustrativa

d.m. 180/10

Codice di comportamento europeo (2004)

Model Standards Of Conduct For Mediators (ed.
2005)

Uniform Mediation Act (USA) 2001

INTRODUZIONE

La mediazione può esser definita in termini generali come l'intervento di un terzo a supporto neutrale di parti in conflitto.

Già all'inizio degli anni '90, l'impetuoso sviluppo negli Stati Uniti di strumenti ADR, in particolare la mediazione, adottati in funzione di supporto ad un sistema giudiziario onerato da un carico eccessivo di procedimenti, è stato annotato da autorevoli commentatori con queste parole: *"... c'è il rischio che il legislatore, nello sforzo lodevole di conseguire qualità, correttezza e efficacia, renda la mediazione eccessivamente rigida e costosa e ne impedisca il ricorso"*¹. È stato anche osservato² che, in generale, la normazione del fenomeno rischia di avere, di per sé, un impatto sullo stesso: *"si verifica uno slittamento dal linguaggio comune a quello legale ... il fatto di venir disciplinata rischia di trasformare la pratica della mediazione da una tecnica di vita, life skill ad una professione protetta, closed profession ..."*

¹ ROGERS, MCEWEN, 1994, § 11, 1.

² ALEXANDER, 2009: 89 ss.

e soprattutto che “*leggi e regolamenti sono filosoficamente agli antipodi dei valori sui quali poggia la mediazione: l'autonomia negoziale e la partecipazione alla formazione di un processo decisionale democratico*”.

La tesi assunta da questo libro è che le medesime osservazioni possano essere fatte nei riguardi di quanto accade oggi nel nostro Paese.

L'adozione nel marzo 2010 del decreto legislativo 28/10³ e del regolamento attuativo ministeriale del successivo novembre (il 180/10)⁴, in esecuzione della delega data al governo con la l. 69/09⁵ ha per la prima volta inteso introdurre nel paese – in ossequio a direttiva comunitaria che richiedeva attuazione entro il 21 maggio 2011⁶ – una normativa generale sul fenomeno “mediazione”, intesa come gestione negoziale di una situazio-

³ Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 “Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali” (in G.U. del 5 marzo 2010, n. 53). Il provvedimento è entrato in vigore il 20 marzo 2010 prevedendo peraltro che le disposizioni di cui all'art. 5.1 – mediazione “obbligatoria” in talune materie – si applichino solo ai processi iniziati decorso 12 mesi, cioè dopo il 21 marzo 2011), termine poi ulteriormente prorogato di un anno per alcune di dette materie (v. sotto sub 6.4).

⁴ Decreto del Ministero della Giustizia 19 ottobre 2010, n. 180 “Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 decreto legislativo n. 28 del 2010” (in G.U. 4 novembre 2010, n. 258).

⁵ Legge 18 giugno 2009, n. 69 “Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile” (in G.U. 19 giugno 2009, n. 140).

⁶ Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 “relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale” (in G.U.C.E. 24 maggio 2008, n. L136). Ad oggi (giugno 2011) la direttiva risulta esser stata recepita in Belgio, Estonia, Francia, Portogallo e Regno Unito, Irlanda. Solo nel nostro paese i principi della Direttiva sono stati applicati anche alle controversie interne (simile progetto figura nel disegno di legge all'esame in Germania).

ne conflittuale in cui le parti sono assistite da un terzo neutrale.

Invero, il legislatore ha sostanzialmente ignorato il fenomeno nelle sue forme più moderne (e se ne ha percepito l'esistenza, certamente non ha mostrato di tenerne debito conto) e si è collocato sulla scia tradizionale di un procedimento regolamentato, non resistendo alla tentazione di irreggimentare ulteriormente l'esistente. Quel che ne è risultato è la strutturazione di una via alternativa al procedimento giudiziario ordinario, con forti connessioni con lo stesso; una sostanziale delega gestoria ad enti privati e pubblici qualificati (gli "organismi di mediazione") ed una forte compressione dell'autonomia negoziale dei maggiori interessati, le parti in lite e chi ha comunque un interesse coinvolto. In altri termini, l'iniziativa legislativa italiana (solo in parte fondantesi sulla citata direttiva comunitaria, nonostante venga declamato il contrario) ha disciplinato un particolare tipo di mediazione, quella che in questo libro definiamo come "istituzionale" o "istituzional-burocratica" la cui finalità ultima non è tanto la soddisfazione degli interessati coinvolti nella lite, quanto il "buon andamento" del sistema pubblico di contenimento e gestione dei conflitti civili e commerciali. Purtroppo pare aver giocato in tal senso, un'acritica adesione al criticabile modello della conciliazione societaria introdotto nel 2003 in occasione della riforma della normativa in tema di società di capitali⁷

⁷ Artt. 38-40 del d. lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003 frutto del lavoro della Commissione Vietti (fra i componenti della quale non figurava alcun mediatore di fama).

Ciò è ragione di preoccupazione quanto alla qualità stessa del procedimento. Se da un lato è prevedibile che l'implementazione del decreto 28/10 favorirà la diffusione della mediazione nel nostro Paese, ciò potrebbe dare spazio allo sviluppo di forme degeneri che prendano il sopravvento sulle migliori pratiche che nel tempo si sono formate. Ancor peggio, l'eccessiva irreggimentazione del fenomeno potrebbe determinarne l'implosione ed il pratico abbandono da parte dei fruitori insoddisfatti, come più volte è accaduto in passato per i vari procedimenti di "conciliazione" previsti nel codice di procedura e in varie leggi speciali.

Secondo e forse più pregnante rilievo è che, concentrandosi solo su tale genere di mediazione istituzionale, e ricorrendo al metodo del bastone e della carota (nel senso di prevedere da un lato sanzioni per il mancato ricorso a dette procedure, dall'altro incentivi per chi le utilizza), il legislatore non solo rischia di ostacolare in futuro il ricorso ad altre - e più libere e più funzionali - forme di mediazione, ma ha pure perso un'eccellente occasione per strutturare una complessiva offerta di strumenti alternativi alla classica via giudiziaria.

Questa infatti continua ad essere regolata dagli usuali meccanismi e non sarà grazie al decreto 28/10 che verrà rovesciata la filosofia che informa la gestione del contenzioso civile nel nostro paese e che lo rende particolarmente poco efficiente. Perché non aver preso spunto - in una legge che espressamente ha in rubrica l'obiettivo della competitività - dalle migliori intuizioni dottrinali ed esperienze legislative già elaborate in altri Paesi? L'idea sanderiana della *multidoor court house*, come pure la più recente riforma woolfiana delle CPRs

inglesi -- sulle quali si soffermeremo nel capitolo conclusivo - forse potrebbero dare utili spunti di riflessione.

In definitiva, non è affatto criticabile che il legislatore abbia pensato di utilizzare la mediazione come fattore frenante all'input del contenzioso nel sistema giudiziario, al fine di render questo più efficiente essendo sgravato della gestione di un numero eccessivo di casi⁸.

Tale uso strumentale è assai diffuso anche all'estero e sta producendo notevoli risultati positivi. Il punto consiste piuttosto in "quale" mediazione utilizzare e francamente siamo assai dubbiosi che il modello del 2003 sia fra i più meritevoli di attenzione.

⁸ Tale input viene valutato oggi in circa 4.800.000 casi l'anno (laddove l'output, pur assai considerevole - circa 4.600.000 - è minore ed ha nel tempo fatto accumulare un arretrato di circa 5.600.000 posizioni).