
UN VANTAGGIO SOCIALE E COMPETITIVO

la MEDIAZIONE

TRIMESTRALE DI CULTURA DELLA PREVENZIONE E RISOLUZIONE DEI CONFLITTI



SOMMARIO

INTRODUZIONE

di Marco Ceino 2

IL MERCATO E LO SPAZIO DELLA MEDIAZIONE

1° Intervento

Le alternative al giudizio e l'economia di mercato

di Piero Sandulli

3

2° Intervento

Tre aspetti della mediazione: mercato, qualità e accordo

di Edoardo Merlino

8

3° Intervento

Qualità della mediazione e assistenza professionale

di Alessandro Bruni

11

4° Intervento

Un'occasione per fare il punto sulla mediazione

di Monica De Rita

15

5° Intervento

Il mercato e lo spazio della mediazione

di Laura Merlino

17

La presentazione del libro "Il mercato e lo spazio della mediazione" ha rappresentato un momento di riflessione sulla attuazione della normativa prevista in materia di mediazione civile e commerciale introdotta dal decreto legislativo del 4 marzo 2010 n. 28 e successive.

I due incontri organizzati, uno negli spazi della libreria Arion presso il Palazzo delle Esposizioni e l'altro alla libreria Medichini a piazzale Clodio sempre a Roma, hanno costituito occasione dove giuristi, avvocati, consulenti, mediatori, formatori e rappresentanti degli organismi di mediazione si sono potuti confrontare sul tema.

I contenuti del dibattito sono stati raccolti nel lavoro che segue. L'ordine dato agli interventi è lo stesso dei due appuntamenti entrambi iniziati con un intervento del Prof. Piero Sandulli e poi seguito da quelli dei rappresentanti degli organismi di mediazione Dottorssa Monica De Rita della Camera Arbitrale di Roma CCIAA, Dottor Edoardo Merlino Segretario Generale del Centro per la Prevenzione e Risoluzione dei Conflitti e Consigliere e Presidente della Commissione Arbitrato e Conciliazione dell'ODCEC di Roma, Avvocato Alessandro Bruni socio e fondatore di Concilia e per gli autori Laura Merlino.

Ringrazio i relatori, che ho avuto l'onore di moderare, e i partecipanti dei due incontri, per i contributi dati nella convinzione, che il diffondere il dibattito sul tema contribuisca ad affermazione la cultura della mediazione che è anche la cultura della pacificazione.



1° INTERVENTO

(*) Docente di Diritto procedura civile presso l'Università degli Studi di Teramo

Le alternative al giudizio e l'economia di mercato

Posizione del tema

Il tema della valenza della mediazione, nell'ambito del mercato, porta ad affrontare la questione, di particolare attualità, legata alla fruizione delle vie alternative per ottenere la tutela delle situazioni giuridiche protette, strade alternative da utilizzare in competizione con il percorso ufficiale del processo statale, eccessivamente complesso e lento; ciò al fine di verificare se l'alternativa è in grado di giungere al risultato, costituito dal perseguimento della tutela, in tempi celeri ed eventualmente con maggior soddisfazione per le parti¹.

Va, infatti, considerato, al riguardo, che mentre una qualsiasi soluzione etero-determinata dalla lite produce un vinto ed un vincitore (come accade, ad esempio, nel processo civile ed avviene anche per l'arbitrato, dove il lodo determina, per forza di cose, la soccombenza di una delle due parti litiganti) nel procedimento di conciliazione (alla soluzione del quale si perviene attraverso una fase di mediazione ed in virtù dell'adesione all'autorevole "consiglio" reso dal compositore della lite²), non si ha né un vinto, né un vincitore, ma si giunge ad una soluzione della lite determinata consapevolmente dalle parti (auto-determinata), che non scontenta nessuno dei litiganti e non comporta neppure alcuna condanna alle spese.

Del resto il procedimento si compone di due fasi: quella facilitativa dei rapporti e quella valutativa, affidata al compositore su

¹ Per una più ampia e diffusa analisi del tema vedi F. Santagada, *La conciliazione nelle controversie civili*, Bari 2008; F. Cuomo Ulloa, *La mediazione nel processo civile riformato*, Bologna 2011; R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale*, Torino 2011; M. Marinaro, *La mediazione delle liti civili e commerciali*, Roma 2012; M. Marinaro, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie*, Roma 2012.

² Vedi, sul punto, C. Punzi *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. Dir. proc.* 2009, p. 845. L'Autore ha sottolineato come solo il termine di conciliazione ponga nella luce corretta l'attività dell'autorevole compositore, chiamato non solo a facilitare i rapporti tra le parti, ma anche ad esprimere le proprie valutazioni al riguardo.



accordo delle parti. Tali fasi, se ben condotte, sono in grado di chiarire le posizioni dei contendenti e dissipare gli eventuali malintesi tra loro insorti.

Sotto il profilo commerciale questi aspetti assumono, come è evidente, notevole rilevanza in considerazione del fatto che non essendoci soccombenti è più facile mantenere l' "*affectio societatis*", e proseguire l'intrapresa posta in essere, consentendo all'azienda di continuare ad esistere e produrre nella ritrovata armonia dei soci.

Circostanza, invece, difficilmente perseguibile, quando, attraverso una sentenza del giudice, o un lodo degli arbitri, vi sia una pronuncia di condanna di una parte in danno dell'altra.

Il tempo della mediazione

Un aspetto di notevole rilevanza, sotto il profilo dei vantaggi della mediazione (*rectius*: conciliazione) in ambito economico-commerciale, è quello del tempo del procedimento di media – conciliazione, che la normativa in vigore, il decreto legislativo 28/2010, con l'art. 6, indica in quattro mesi, tempo certamente assai più breve di quello del giudizio che, nella sua fase di primo grado, la quale consente la provvisoria esecutorietà della pronuncia resa dal giudice (art. 282 c.p.c.), mediamente non impiega meno di tre anni. Va, inoltre, considerato che il tempo del procedimento di mediazione è spesso più breve anche di quello occorrente per l'ottenimento delle misure cautelari, che, come è noto, sono strumentali al giudizio e non richiedono l'esperimento del procedimento di accesso ad esso; in sostanza la rapidità del procedimento di media-concilia-

zione integra un rilevante vantaggio temporale misurabile anche sotto il profilo economico.

In merito al termine di quattro mesi, previsto dal decreto legislativo n. 28 del 2010 per la conciliazione obbligatoria, ci si è chiesti se esso sia, o no, prorogabile su accordo delle parti.

Il testo del decreto legislativo sembra escluderlo, anche in base a quanto previsto al punto Q) dell'art. 60 della legge di delega la n. 69 del 2009, tuttavia è da considerare che ci si trova in presenza di procedimenti relativi a diritti disponibili e quando la necessità lo richiede, a causa della complessità degli accertamenti relativi alla trattativa in corso (ad esempio la nomina di un consulente o la verifica dello stato dei luoghi), è possibile, su accordo esplicito delle parti (e non dei loro, eventuali, difensori), prorogare il termine, anche per più di una volta, purché l'allungamento del procedimento conciliativo sia utile ad una definizione positiva della vicenda. Del resto anche nel caso di mancato raggiungimento dell'accordo il giudice, del successivo giudizio di merito, potrà valutare al riguardo, a norma dell'art. 116 c.p.c. i comportamenti delle parti.

La costituzionalità

Va, inoltre, ricordato che si è in attesa che la Corte Costituzionale dia risposta (nel mese di ottobre 2012) alle molte domande³ sollevate con le diverse (otto) ordinanze di trasmissione, relative alla costituzionalità dell'istituto della mediazione obbligatoria, qualificata dal legislatore delegato quale "condizione di procedibilità".

³ I quesiti avanzati alla Corte Costituzionale, sostanzialmente, sono così riassumibili: obbligatorietà (anziché facoltatività) del procedimento di mediazione per le controversie nelle materie elencate dall'art. 5 del decreto legislativo n. 28 del 2010; configurazione del preventivo esperimento di esso come condizione di procedibilità della domanda giudiziaria; necessità che l'improcedibilità sia eccepita dal convenuto a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza. Contrasto con la prescrizione della legge delega che vieta di precludere l'accesso diretto alla giustizia. Imposizione di irragionevoli intralci al potere dovere del giudice di conduzione e decisione della causa. Disparità fra utenti della giustizia in base ad irragionevole scelta delle materie in cui la mediazione è obbligatoria. Assoggettamento del cittadino ad un versamento pecuniario in favore degli organismi privati di media- conciliazione. Contrasto con la giurisprudenza costituzionale in materia di accesso alla giurisdizione. Omessa previsione della competenza territoriale per le pretese soggette a mediazione.

I quesiti sollevati dalla giurisprudenza di merito sono – come si è visto – essenzialmente legati alla obbligatorietà della conciliazione anche in relazione alla delega (art. 77 Cost.), alla qualificazione degli organismi di mediazione, individuati dal decreto legislativo n. 28 del 2010 (artt. 16 e ss.) e regolati dal successivo regolamento n. 180, sempre del 2010 (art. 52), nonché all'irragionevole rischio di allungamento dei tempi del processo, in violazione del dettato del secondo comma dell'art. 111, della Costituzione.

Per la verità il quesito della legittimità costituzionale della conciliazione, quale filtro all'azione, è già stato risolto, in passato, dai giudici sedenti nel palazzo della Consulta, i quali, in particolare con la decisione n. 276 del 2000⁴, hanno già affermato la legittimità costituzionale della conciliazione "filtro" nel rito del lavoro (quando essa era per tale materia obbligatoria)⁵, constatando, in quella ipotesi, il rispetto dell'art. 24 della Costituzione.

Invero, la decisione dei giudici della costituzionalità delle leggi ha affermato anche la conciliazione non rappresenta un irragionevole allungamento dei tempi del processo, ponendosi in contrasto con il dettato dall'articolo 111 della Costituzione, né un illogico differimento della tutela, bensì costituisce una "valida opportunità di razionalizzazione del contenzioso"; certamente detta opportunità si realizza solo se il procedimento di conciliazione viene materialmente esperito, non è sufficiente, dunque, la mera istanza di conciliazione, cui non segua alcun incontro effettivo delle parti. Tale decisione della Corte Costituzionale deve farci riflettere, da una parte, in merito alla utilità dell'istituto, certamente – come si è visto – non in contrasto con l'art. 24 della Costituzione e, dall'altra, deve, però, invogliarci a trovare procedure semplici e di facile accesso presso Organismi di mediazione preparati ed in grado di dipanare i vari profili della vertenza, non ancora divenuta lite conclamata.

⁴ In *Riv. Dir. Proc.* 2000, p. 1219.

⁵ Vedi al riguardo la legge 183 del 2010, che, a partire dal mese di ottobre del 2010, ha eliminato l'obbligatorietà del procedimento di conciliazione, quale condizione di procedibilità del giudizio, per le cause relative al pubblico ed al privato impiego. Di contro, è stato potenziato il procedimento relativo alla conciliazione giudiziale e sono stati incrementati, con la modifica dell'art. 420 c.p.c., i poteri del giudice del lavoro che è oggi chiamato a rendere una propria ipotesi di conciliazione (valutativa), della lite pendente innanzi a lui, all'atto della prima udienza di comparizione delle parti.

Deve essere ancora considerato che, al fine di una effettiva affermazione della media-conciliazione, quale valida alternativa al giudizio, sarà necessario incrementare la qualità dei mediatori (*rectius*: conciliatori), che non possono ritenersi formati soltanto in virtù di un corso *standard* e generale di poche ore, soprattutto se essi sono laureati in materie diverse da quelle giuridiche; meglio sarebbe prevedere *master* validati e gestiti dalle Università. Del resto la complessità delle materie individuate come obbligatorie, dall'art. 5 del decreto legislativo n. 28 del 2010, impone una particolare preparazione, nei diversi settori, dei soggetti chiamati a guidare il procedimento di conciliazione, reso necessario prima della proposizione dell'azione davanti al giudice civile. Va considerato che proprio il mancato aggancio, operato dalla normativa alla competenza territoriale, per ciò che concerne la conciliazione, lascia pensare ad una libera scelta della parte circa l'Organismo di conciliazione, il quale è stato svincolato dal territorio, in favore di una maggiore specializzazione di esso. Infatti, l'Organismo di conciliazione, in virtù di tale sua precipua specializzazione, può essere ricercato anche al di fuori dei limiti territoriali imposti dagli articoli 18 e 19 del codice di rito civile, proprio perché è sulle sue competenze altamente specializzate che occorre fare affidamento.

È, inoltre, necessario chiarire quale sia il ruolo degli avvocati nel "giusto procedimento di conciliazione"⁶ e quali siano le ricadute del procedimento di conciliazione sul processo di cognizione (quando la conciliazione non riesce) e sul processo esecutivo (quando la conciliazione ha, invece, esito positivo); invero, è proprio in considerazione di tali ricadute che non si può escludere il ruolo della difesa nel procedimento di conciliazione. In merito al ruolo degli avvocati nel procedimento di mediazione gli stessi, oltre a svolgere le funzioni di conciliatore, possono assumere la difesa tecnica delle parti. Tale difesa non va prevista come obbligatoria (analogamente a quanto accade nell'arbitrato), tuttavia evidenti ragioni di opportunità suggeriscono il ricorso all'avvocato anche nei procedimenti di mediazione.

In riferimento al secondo tema, quello delle ricadute del procedimento di media-

conciliazione sul successivo (eventuale) giudizio di merito si è, da più parti, rilevata la inopportunità del rilievo d'ufficio del mancato esperimento del procedimento di mediazione (art. 5, comma 5 del D. Lg. 28 del 2010), ritenendosi più logico lasciare tale incombenza all'eccezione del convenuto. Tale rilievo merita adesione per due ordini di ragioni: la prima di natura sistematica, operando più coerentemente una eccezione di parte nel contesto di un processo dispositivo; la seconda di ordine funzionale, perché in caso di mancata eccezione del convenuto sarà più agevole riscontrare il rifiuto delle parti di dar vita alla conciliazione e potendo, in tal modo, evitare allungamenti (irragionevoli) al tempo del giudizio.

È necessario, però, considerare che, anche a causa della pressione esercitata dall'Unione Europea⁷ si è partiti con il piede sbagliato continuando a far considerare la conciliazione soltanto come elemento deflattivo del contenzioso e non come effettiva e valida opportunità per la tutela dei diritti⁸.

La cultura della pacificazione

Certamente non giova all'incremento della "cultura della pacificazione" la scelta della obbligatorietà della conciliazione che il legislatore delegato ha ritenuto di dover operare, anche se nell'articolo 60, della legge n. 69 del 2009, contenente la delega in materia di media-conciliazione, non vi era alcun cenno alla obbligatorietà dell'istituto; invero il legislatore del 2009 nel conferire la dele-

⁷ Pressioni operate sia con il libro bianco (ricognitivo della situazione giudiziaria degli Stati membri) che con il libro verde (che ha disegnato la strada sulla quale i singoli Stati membri avrebbero dovuto incamminarsi al fine di rendere più agile e fruibile l'accesso alla giustizia per i cittadini degli stessi) ed infine con la direttiva n. 52 del 2008, relativa alla conciliazione in materia civile e commerciale per gli Stati transfrontalieri, che è entrata in vigore nel mese di maggio del 2011. Riguardo alla direttiva va, però, riscontrato che essa non prevede l'obbligatorietà del "filtro" all'azione (se non imposto dai singoli Stati membri) e che possa desumersi dalla stessa che il ruolo di conciliatore possa essere assunto esclusivamente da laureati in giurisprudenza.

⁸ Vedi al riguardo l'analisi volta sul *Foro it.* 2011, V. c. 189, da D. Dalfino, *La mediazione alla prova: prime esperienze applicative*; R. Caponi, *Mediazione: il quadro delle ultime novità*; I. Pagni, *La competenza e la praxionalità del mediatore nel difficile equilibrio tra economia negoziale e ruolo del terzo*; G. Armone - P. Porreca, *Costi della mediazione tra dubbi di costituzionalità e giustizia coesistenziale*; P. Lucarelli, *Procedimento di mediazione e questioni di senso*.

⁶ Il concetto di giusto procedimento di conciliazione, nel richiamare il testo dell'art. 111 Cost., tende a sottolineare sia la terzietà del conciliatore, che la equidistanza delle parti rispetto a questo. Vedi, al riguardo: M. Brunialti, *Dovere di riservatezza a seguito professionale nella mediazione* in *Giust. Civ.* 2011, II, p. 487.

ga si era limitato "a prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili senza precludere l'accesso alla giustizia"⁹. In relazione al compito a lui conferito l'esecutivo delegato ha ritenuto di dover, invece, prevedere, per le materie contenute nell'art. 5 del decreto legislativo¹⁰, l'esperimento, obbligatorio, del tentativo di conciliazione e non ha lasciato la fruizione dell'istituto della media-conciliazione alla sola libera scelta delle parti. Sarebbe stato meglio far affermare la conciliazione quale valida opportunità di tutela e non come un angariante obbligo da esperire prima di adire il giudice civile. Del resto il decreto legislativo n. 5 del 2003 (il rito societario), cui pure il legislatore del 2009 si ispira nel dettare la delega, non prevedeva, in materia di conciliazione societaria, alcuna obbligatorietà, ma soltanto la possibilità che le parti inserissero, volontariamente, negli statuti o nei patti parasociali, clausole che prevedessero l'obbligo del preventivo esperimento della conciliazione prima della proposizione dell'azione giudiziaria.

Invero, il limite delle regole in esame è quello di non aver saputo attuare la cultura della pacificazione, consentendo, in tal modo, che venissero considerate le ipotesi di negoziazione, quelle di transazione, i procedimenti di conciliazione e quelli di arbitrato come valide alternative per la tutela dei diritti. Ipotesi alternative da poter, di volta in volta, vagliare e scegliere a seconda del tipo di diritto del quale si chiede l'esecuzione e/o la tutela.

Certamente, questo stato di cose patisce la circostanza che l'ordinamento universitario è basato esclusivamente sullo studio dei

processi, mancando, generalmente, cattedre che studiano ed insegnano la fruizione delle ipotesi alternative alla lite (ADR).

È auspicabile, per il futuro, che i corsi di studi universitari tengano conto delle esigenze di celerità delle quali l'economia di mercato ci obbliga la considerazione, in relazione alla tutela dei diritti e delle altre situazioni giuridiche protette, che debbono ricevere soddisfazione e tutela entro tempi compatibili con le celeri leggi dell'economia.

La riforma del processo

Al fine di realizzare la valida cultura dell'alternativa, in riferimento alla tutela dei diritti e delle altre situazioni giuridiche protette, è, però, necessario porre in essere anche una seria e meditata riforma del processo civile, che non può più limitarsi ad inserimenti occasionali e non coordinati, di nuove norme nell'ordito del codice del 1940¹¹, ma deve prevedere una riforma delle strutture di giustizia e della localizzazione delle stesse, che debbono, al di là di estemporanee sistemazioni¹², essere tutte ricollocate sul territorio, tenendo conto delle moderne opportunità di spostamento e delle avanzate tecnologie. Vanno ripristinati i numeri e la funzionalità degli ausiliari dei giudici, i quali debbono garantire, anche con il loro lavoro, il buon funzionamento della macchina della giustizia, e va, in concreto e senza ripensamenti¹³, realizzato il processo telematico, che pone i fruitori della giustizia in condizione di realizzare un risparmio di spostamenti e consente di evitare ad essi l'ingombro dell'archivio cartaceo.

Per realizzare tutto questo è evidente che non si possa fare ricorso a riforme della giustizia operate, come le ultime, a costo zero, perché senza un serio e rilevante investimento sulla funzionalità della macchina giudiziaria non possono ottenersi quei risultati necessari a far sì che la competitività del Paese, che si concretizza anche attraverso un buon funzionamento della giustizia, possa effettivamente essere realizzata, spingendo gli investitori stranieri a tornare a spendere nel nostro Paese.

⁹ Tale scelta appare essere in contrasto con l'articolo 77 della Costituzione per eccesso di delega. Sarebbe opportuno, per evitare l'incostituzionalità potenziare, di una normativa, comunque in linea con l'art. 24 della Costituzione, ma scritta eccedendo la delega, far recepire l'obbligatorietà del procedimento di mediazione da una legge statale, che elimini la incostituzionalità. Circostanza analoga, del resto, si è avuta con la legge n. 205, del 2000, che ha sanato l'eccesso di delega in cui era incorso il decreto legislativo, n. 80 del 1998 (artt. 33, 34 e 35).

¹⁰ Anche la scelta di tali materie appare poco logica e dettata esclusivamente dalla loro incidenza statistica sul carico di lavoro dei giudici.

Non si comprende, infatti, perché le cause per responsabilità dei medici siano chiamate a percorrere la procedura conciliativa quale filtro all'azione, mentre quelle nei confronti degli altri professionisti, iscritti ad albi professionali, non necessitano di tale fase.

¹¹ Ormai divenuto, a detta di Nicola Picardi, un mosaico di sopravvivenze.

¹² Cfr. al riguardo il Tribunale delle imprese, previsto dall'art. 2 della legge n. 27 del 2012, che ha convertito il decreto legge n. 1 dello stesso anno, con sede in ogni capoluogo regionale e neppure in ogni sede di Corte di Appello.

¹³ Vedi, ad esempio, il novellato ultimo comma dell'art. 136 c.p.c.

Conclusioni

Al fine, dunque, di consentire al mercato di potersi giovare dell'istituto della conciliazione, sono necessarie alcune rilevanti modifiche della normativa attualmente in vigore.

La scelta tra ipotesi alternative al processo ed il processo medesimo deve essere il frutto di una consapevole volizione delle parti, le quali debbono essere messe in condizione, dai loro legali (dei quali va profondamente cambiata la cultura giuridica, che non può essere esclusivamente orientata al contenzioso), di comprendere esattamente i vantaggi che discendono dalla negoziazione, dalla transazione, dalla conciliazione e dall'arbitrato, tutte ipotesi che debbono essere consapevolmente scelte a seconda del tipo di tutela che, di volta in volta, si intende chiedere.

Comprendendo, ad un tempo, che non sempre la possibilità di una alternativa è in grado di sostituire la pronuncia del giudice, ciò avviene, ad esempio, quando ci si trova

in presenza di diritti indisponibili o di fattispecie che necessitano l'emanazione di una sentenza costitutiva da parte di un giudice.

È, inoltre, necessario incrementare la valenza della procedura conciliativa nei servizi pubblici e le potenzialità del difensore civico e delle Camere di Commercio in questo settore¹⁴.

È auspicabile che tutto questo avvenga nei tempi più brevi per consentire la crescita non solo della cultura giuridica del Paese, ma, anche, dell'economia di esso, attraverso una macchina della giustizia sempre più funzionale e variegata, nella quale il cittadino (cliente) possa scegliere lo strumento che a lui meglio si attaglia per garantirgli (comunque in tempi rapidi) la miglior tutela della posizione giuridica vantata.

¹⁴ Vedi, al riguardo, *La conciliazione collettiva* a cura di G. Gitti e A. Giussani, Milano 2009.



2° INTERVENTO

(*) Segretario Generale del C.P.R.C. Centro per la Prevenzione e Risoluzione dei Conflitti, Presidente della Commissione Conciliazione e Arbitrato dell'O.D.C.E.C. di Roma

Tre aspetti della mediazione: mercato, qualità e accordo

Leggendo questo libro di Marco Ceino e Laura Merlino e soffermandomi sugli spazi dedicati ai singoli aspetti della mediazione, rilevo tre punti fondamentali che sono quelli del mercato, della qualità e dell'accordo. Questi sono i tre capoversi, i tre capitoli fondamentali di questo volume. Parlando di mercato dobbiamo chiederci che cosa s'intenda per mercato, che cosa sia il mercato della mediazione ovvero della conciliazione. Sotto questo aspetto lessicale è opportuno rilevare che il termine "conciliation" è noto nell'ambito internazionale né più né meno del termine mediation tant'è che esiste una normativa ONU del 2001 che richiama espressamente il termine "conciliation" in alternativa a "mediation". Possiamo quindi ritenere che il mercato della mediazione sia lo stesso della conciliazione e che in realtà il termine conciliation, ancorché utilizzato indifferentemente a livello internazionale rispetto al termine mediation, abbia anch'esso una matrice latina, e che il motivo per cui non si è adottato prima il termine mediazione in Italia è dato dal fatto che il codice civile al capo XI prevedeva già la mediazione, ma la mediazione d'affari che è tutt'altra cosa, e che quindi per evitare una confusione terminologica si era preferito in passato utilizzare il termine conciliazione.

Con la normativa di cui al d.lgs. nr. 28/2010 si è data una chiara identificazione ai due termini stabilendo che la mediazione è l'oggetto e la conciliazione il risultato positivo della mediazione vale a dire l'accordo; definizione scontata, ma che fa chiarezza sul corretto uso dei termini anche sotto il profilo giuridico. Quando si parla di mercato quindi occorre riferirsi al mercato della mediazione ma con un occhio alla conciliazione nel senso che, per poter stare sul mercato, occorre produrre risultati efficienti e quindi riuscire a far giungere ad una conciliazione il numero più alto possibile di mediazioni.

Questo ragionamento vale, sia per gli Organismi di mediazione che saranno valutati dal mercato in termini di efficienza, intendendo come tale un buon rapporto tra le



domande di mediazione ricevute e le conciliazioni realizzate nonché una buona funzionalità dell'Organismo (rispetto dei tempi, accoglienza, capacità comunicative, funzionalità dei servizi di segreteria, ecc.), sia per i mediatori che saranno i principali protagonisti, oltre alle parti, della mediazione ed il cui tasso di successo sarà necessariamente dato dalla loro capacità di raggiungere accordi conciliativi validi ed efficienti.

Ma questo mercato come si sta sviluppando? Quali sono le sue premesse e le sue realtà operative? Le premesse sono quelle legislative del d.lgs. nr. 28/2010 e dei successivi decreti attuativi e, ad onor del vero, tali premesse non sono sempre coerenti; anzi, molto spesso, sono contraddittorie perché seguono due linee di pensiero sostanzialmente diverse e non sempre compatibili.

Da una parte, infatti, il legislatore ha inteso ispirarsi all'esperienza di mercato della mediation già esistente nei paesi di *common law*; paesi che presentano, tuttavia, una realtà notevolmente diversa rispetto a quella italiana sia dal punto di vista giuridico (nei sistemi di *common law* il dettato normativo è sostituito dal precedente giurisprudenziale) sia dal punto di vista sociale e culturale (nei sistemi di *common law* l'approccio al conflitto è più razionale e pragmatico rispetto a quello enfatico proprio del nostro paese).

L'affermarsi anche in Italia di sistemi di risoluzione alternative delle controversie simili a quelli già sviluppatasi nei paesi di matrice anglosassone, comporterebbe certamente l'incremento della pace sociale perché sostanzialmente muterebbe l'atteggiamento delle persone rispetto al conflitto.

Tuttavia, come già precedentemente af-

fermato, il mercato di riferimento di matrice anglosassone a cui si è ispirato, in parte, il nostro legislatore nasce su presupposti completamente diversi da quelli esistenti nel nostro paese e richiederebbe, per essere realizzato, un cambiamento di mentalità e di diverso approccio al conflitto che, se lasciato alla fisiologica maturazione sociale dei comportamenti, sarebbe possibile solo in tempi molto lunghi.

Per tale motivo, al fine di accelerare questo cambiamento di mentalità, il legislatore, se da una parte, in via di principio, ha inteso ispirarsi alla *mediation* di tradizione anglosassone; dall'altra, in via di attuazione pratica, ha inteso, piuttosto, seguire uno schema già esistente che è quello proprio della normativa, ora abrogata, della conciliazione societaria; vale a dire un tipo di conciliazione vigilata, burocratizzata che prevede una serie di regole imposte per legge ed organismi iscritti in un apposito registro tenuto dal Ministero di Giustizia che vigila sull'attività degli organismi e dei mediatori.

Un meccanismo, quindi, estremamente proceduralizzato di conciliazione che non sempre collima con i principi ai quali la normativa stessa si richiama e che sono appunto quelli alla base del successo della *mediation* nei paesi di *common law*. Questa contraddizione produce nel mercato una situazione non omogenea in quanto gli organismi sono chiamati a svolgere una funzione quasi pubblica soprattutto nelle mediazioni per le quali il tentativo di conciliazione costituisce passaggio obbligato per poter accedere alla giurisdizione statale senza che però tale funzione sia esplicitamente e chiaramente definita.

La funzione quasi pubblica cui sono chiamati ad adempiere gli Organismi di mediazione nelle materie in cui la mediazione rappresenta condizione di procedibilità della domanda giudiziale è stata in qualche modo voluta ed attuata dal legislatore anche a causa del non soddisfacente funzionamento della giustizia in Italia.

Tale malfunzionamento dipende, soprattutto, dall'eccessiva durata dei processi che comporta un notevole arretrato di cause con conseguente appesantimento della struttura giudiziaria, mentre di segno opposto, invece, appare la situazione giudiziaria attuale emersa da un recente studio elaborato dall'Osservatorio sui conflitti nella capitale.

Questo studio ha posto in evidenza che le cause risolte presso il Tribunale di Roma negli ultimi cinque anni sono di poco inferiori al numero di quelle che vengono iscritte al ruolo, c'è, quindi, in tal senso un percorso abbastanza virtuoso, per lo meno a Roma.

Tale ultimo dato è, dunque, un ulteriore

conferma di quanto ciò che realmente appesantisce il sistema giustizia in Italia è l'arretrato giudiziario determinato dall'eccessiva durata dei processi. È una situazione simile a quello che accade col debito pubblico italiano: il debito pubblico in Italia è altissimo ed è pari al 120 % del pil, mentre il deficit annuale è uno dei più virtuosi d'Europa intorno al 4%; stessa cosa accade nella Giustizia, in Italia abbiamo un numero di processi pendenti molto elevato, circa sei milioni e abbiamo però un numero di cause che entrano quasi simile a quelle che vengono risolte con un giudicato definitivo.

Sotto questo aspetto si è pensato ad un incentivo della conciliazione per risolvere perlomeno in parte questo problema.

Pensare però alla conciliazione sotto l'aspetto deflattivo del contenzioso giudiziario presenta un grosso rischio se non c'è una adeguata preparazione e formazione degli organismi di mediazione e dei mediatori, in quanto la mediazione potrebbe perdere buona parte del suo appeal poiché i tempi delle mediazioni potrebbero allungarsi e potrebbero venir meno, a causa del gran numero di organismi di mediazione già esistenti e dell'inevitabile scarso controllo del Ministero, quelle garanzie di riservatezza, di rapidità ed efficienza che dovrebbero essere il punto forte delle mediazioni.

Per costruire la qualità, infatti, occorrono investimenti e capacità operative e non ci dobbiamo dimenticare che gli organismi sono aziende che per stare sul mercato devono necessariamente, accanto alla programmazione degli investimenti, prevedere anche flussi di ricavi in grado di coprire gli investimenti e dare adeguata remunerazione all'impiego dei capitali. Se si vuole quindi che gli organismi generino efficienza occorre non deprimere le aspettative di carattere economico degli operatori i quali possono investire nella qualità ma si attendono un premio all'investimento.

Purtroppo così come si è andato sviluppando il mercato della mediazione, le aspettative di carattere economico degli operatori, per lo meno al momento, vengono deluse.

Dove attingono le risorse economiche per gestire l'efficienza, per gestire le segreterie che sono fondamentali?

È un problema che il legislatore dovrebbe porsi, poiché dal momento che si è voluto creare un mercato sostanzialmente regolamentato ed irrigidito sulla base di regole procedurali e burocratizzato nei controlli; da una parte, si è rinunciato all'automatica libera selezione del mercato, dall'altra, si è voluto dare a questi organismi una funzione quasi pubblica ma senza consentire loro di

poter perseguire risorse adeguate per realizzare la qualità e l'efficienza e si è consentita l'iscrizione presso il registro del Ministero ad un numero eccessivo di Organismi senza effettuare adeguati controlli e rendendo ancora più difficile la gestione dell'efficienza.

Questo è un problema che dobbiamo tener ben presente quando parliamo di mercato. Mi ricordo che in un contesto nel quale erano presenti anche organismi pubblici si diceva "va beh ma se gli organismi privati non trovano convenienza a essere sul mercato ci sono sempre gli ordini professionali", come se poi gli ordini professionali o gli altri organismi pubblici non dovessero poter essere gestiti in termini di efficienza attraverso il reperimento di risorse adeguate senza sovraccaricare i conti pubblici.

Tutto quello che si è detto, significa che il percorso non è breve, che costruire un mercato efficiente della mediazione vuole anche dire fare scelte normative che possano stimolare la crescita e lo sviluppo di una mentalità ed allo stesso tempo favorire l'efficienza degli organismi e dei mediatori dando loro la possibilità di operare più liberamente ma sanzionando puntualmente i comportamenti scorretti e ponendo maggiore attenzione alle domande di iscrizione presso il registro degli organismi.

D'altra parte il mercato della mediazione deve essere visto in un orizzonte a medio termine dove necessariamente sarà la qualità a fare la differenza ed a favorire la selezione.

Perché si formi un mercato che possa soddisfare i mediatori e gli organismi ci vorrà tempo, bisognerà passare da una cultura

avversariale a una cultura che favorisca la composizione amichevole del conflitto tra le persone e, pur mantenendo la condizione di procedibilità per alcune materie, determinare tariffe più adeguate che consentano una adeguata remunerazione dei mediatori e degli organismi. Quando poi il mercato si sarà sviluppato la mediazione rappresenterà una scelta volontaria delle parti e gli organismi potranno modulare tariffe più remunerative che le parti saranno disposte a pagare a fronte di una maggiore qualità dei mediatori e degli organismi. Sarà allora il mercato a determinare il successo o l'insuccesso degli organismi e dei mediatori.

Terzo punto è quello dell'accordo. L'accordo è fondamentale perché rappresenta il punto auspicabile di arrivo di ogni mediazione, perché sia possibile realizzarlo occorre però che gli organismi funzionino in modo efficiente ed efficace e che i mediatori siano adeguatamente formati e rispettosi del codice etico.

La formazione efficace deve essere svolta soprattutto sul campo mentre a volte succede che la formazione discende più che altro dai libri, dai testi sacri, ma non dalla pratica effettiva, vale a dire dal reale svolgimento dell'attività di mediazione. Anche dal punto di vista formativo, c'è, quindi, una difficoltà da superare per dar vita ad una formazione realmente efficace. Fare il mediatore è, infatti, attività complessa e difficile e richiede, oltre ad una buona preparazione teorica e ad una buona preparazione professionale di base, soprattutto una preparazione pratica ed operativa fatta da professionisti che svolgono realmente le mediazioni.



3° INTERVENTO

(*) Socio fondatore dell'Organismo di mediazione CONCILIA, attivo dal 1999 in Italia ed all'estero

Qualità della mediazione e assistenza professionale

(Marco Ceino) *"Io passerei la parola al, all'avv. Bruni, che poi peraltro mi pare che sta aprendo pure la sede a Londra, e che quindi, diciamo, ha sicuramente molta esperienza anche internazionale nella materia della mediazione. L'Avv. Bruni è fondatore di CONCILIA, organismo di mediazione e ente di formazione per mediatori fondato nel 1999, quindi ha una lunga e vasta esperienza in questo settore. Potremmo dire che l'esperienza dell'Av. Bruni è andata parallelamente, all'esperienza camerale, forse è nata con l'esperienza camerale anche, ci dirà lui...."*

E poi, se ci puoi dire anche qualche cosa della tua esperienza internazionale, magari, penso che sia utile a tutti noi. Grazie".

(Alessandro Bruni) *"Dopo aver sentito tante esperienze diverse: l'esperienza accademica, l'esperienza della Camera di Commercio, l'esperienza ordinistica, evidentemente la mia è un'esperienza che fa da chiusura, se vogliamo, no? Come diceva il Marco, sì, tanto tempo fa siamo nati per la mediazione, nel 1999 come CONCILIA. In realtà me ne occupo personalmente già dal '96, quindi insomma, tre anni prima rispetto alla costituzione della società, però debbo dirvi che in questi anni ho assistito a vari steps, se vogliamo, di crescita della mediazione. Non è una crescita esponenziale come sembrerebbe, come, all'occhio di un terzo osservatore potrebbe essere, perché appunto siamo invasi ormai da norme sulla mediazione, siamo invasi da blog su internet che parlano di mediazione, siamo invasi da articoli di giornale che – non dico ogni giorno, ma quasi "parlano di mediazione e conciliazione. Non ultimo, non so, al Salone della Giustizia di Roma, dove come CONCILIA abbiamo partecipato come espositori con un prestigioso stand, presso la Fiera di Roma dall'1 al 4 Dicembre – quest'anno, sono stati organizzati numerosi convegni, seminari, workshop sulla mediazione. Quindi veramente la mediazione può considerarsi la regina, se vogliamo, o meglio uno dei focus di attenzione dei professionisti italiani negli ultimi anni. Però io tornerei indietro, prima di tutto, perché mi ero preparato un intervento, in realtà – lo farò "però mi ha solleticato un po' la sua*



domanda, no?, un po' provocatoria e un po' anche da, come dire.., in buona fede probabilmente, dice: 'ma è un fallimento questa mediazione?'"

Avv. Bruni: no, non è un fallimento. Non è un fallimento anche perché è vero che i numeri sono ridotti rispetto alle ottocento mila – un milione di controversie, che evidentemente si sarebbero volute risolte con la mediazione, prima addirittura dell'entrata in vigore della mediazione obbligatoria per la Rc Auto e per dispute condominiali. Però è pur vero che purtroppo alla mediazione, cioè all'Istituto della mediazione, non è stata data libertà di azione. Io faccio sempre un esempio durante i corsi di formazione o durante i convegni a cui sono invitato come relatore.

Quando le case automobilistiche testano un nuovo modello di macchina sul mercato, che cosa fanno? Prima di inviare i dati, non so... a "Quattroruote" o ad altre riviste del settore., insomma prima di metterla sul mercato quest'auto, prima quindi di stabilire quali sono i dati medi di consumo, il cx, quindi l'incidenza, oppure, non so, i vari tipi di standard che la macchina abbia, che cosa fanno? La testano nella c.d. "galleria del vento", cioè la testano in condizioni normali, ottimali; quindi in pianura, quindi in assenza di vento, quindi con tutte le caratteristiche giuste e necessarie affinché la macchina possa dare i migliori risultati. Non la testano in una carrettiera in salita, evidentemente, la macchina perché se poi la casa automobilistica fornisse dati sballati, asserendo che l'autovettura consuma, non so, 10 litri ogni 100 m, è ovvio che nessuno la comprerebbe. Beh la mediazione purtroppo è stata testata in ambienti ostili, cioè diversi rispetto

a quelli di una ipotetica "galleria del vento". Cioè non è stato dato alla mediazione il mercato, o meglio lo spazio prima del mercato, giusto. Quindi, non essendo stato dato lo spazio giusto alla mediazione, il mercato evidentemente è in una fase – potremmo dire – quasi "de iure condendo" – mi passi il termine il prof. Sandulli – cioè stiamo a vedere cosa succede, nel breve e medio periodo, come diceva Edoardo Merlino nella sua relazione precedente.

La mediazione purtroppo è stata un po' per così dire frenata: scioperi, contro scioperi, azioni dilatorie nei confronti della mediazione, acquisto di pagine intere sui giornali con scritto "con la media conciliazione è morto l'art. 24 della Costituzione".

Beh, allora sinceramente può dirsi che questa situazione non è assolutamente stata una bella partenza per la mediazione.

La risposta che mi sento di fornire, però, nonostante questi intoppi iniziali, è che sicuramente la mediazione fornirà, nel breve-lungo periodo, risultati ottimali, perché così è stato e continua ad essere in tutto il mondo, non solo negli Stati Uniti o in Inghilterra, cioè nei paesi di matrice anglosassone, quindi di matrice common law, ma anche e soprattutto nei paesi di matrice civil law, quindi in Francia, Germania, negli stati dove comunque il diritto ha avuto da sempre un suo peso specifico molto importante. Quindi lo spazio c'è. Basta dare alla mediazione evidentemente lo spazio giusto, cioè basta dare alla mediazione la possibilità di partire e di, come dire, dare il suo contributo senza freni, allorché, evidentemente, passato un periodo di tempo, più o meno lungo, si potranno vedere risultati concreti evidentemente. E quindi poi su quei risultati reali, effettivi, senza freni, si potrà dire se la mediazione ha un mercato e ha uno spazio, come dire, decisivo o comunque uno spazio reale all'interno del contesto della risoluzione delle liti.

Secondo punto. Parlerò un po' più approfonditamente di qualità, perché a me piace molto la qualità nella e della mediazione, mi sta proprio a cuore la qualità, anche perché ho molta esperienza, Marco la ricordava, negli States e in Inghilterra; quindi posso parlarvi – appunto – di che cosa significhi qualità vera di una mediazione. Spero di riuscirci in poco tempo. I relatori che mi hanno preceduto parlavano anche loro di mercato della mediazione, dicendo che il mercato effettivo, reale, è quello degli organismi e dei mediatori. In realtà io ho identificato un terzo spazio di mercato per la mediazione e, non ce lo dimentichiamo, soprattutto noi professionisti, cioè lo spazio degli assistenti che assistono i propri clienti in mediazione.

Allora l'assistenza dei clienti in mediazione, nonostante non esista una norma che preveda ad oggi almeno l'obbligo di assistenza in mediazione dell'avvocato o del professionista in genere, evidentemente chiunque, anche il grande manager societario, possono intervenire alla mediazione anche da soli, senza farsi assistere da un professionista. Ciò detto, tuttavia, nella media nazionale, ma io vi parlerò della media di CONCILIA, cioè dell'Organismo di mediazione che nel lontano 1999 ho contribuito a fondare, non esiste mediazione, (almeno mediazione complessa) che non veda la presenza accanto a ciascuna parte litigante almeno di un avvocato, se non di un commercialista, o di un consulente del lavoro o di un esperto in marketing e così via.

Contrariamente a quello che si dice, e cioè "se la parte non è presente la mediazione non funziona", dipende dalla mediazione: ci sono anche mediazioni talmente complesse, dove l'avvocato, il rappresentante della parte, che può essere avvocato ma anche un commercialista, effettivamente riesce ad aiutare e a risolvere veramente il problema perché assume posizioni tecniche che non sarebbero comprensibili alla parte.

Devo dire, quindi, che l'assistente ha un ruolo, a volte, fondamentale. E sicuramente il ruolo fondamentale lo ha alla fine della mediazione, cioè quando l'accordo dalla mera e semplice oralità, deve essere trascritto, cioè deve essere messo per iscritto, perché come voi sapete tra il dire e il fare evidentemente c'è un sacco di distanza. E infatti molte volte dalla nostra esperienza, che è un'esperienza probabilmente diffusa, esiste una seconda fase della mediazione che diventa una mediazione in sé, cioè la mediazione nella mediazione è proprio nel momento in cui deve accordarsi sul testo della soluzione trovata dalle parti.

Dopo che è stato redatto il verbale di avvenuta conciliazione, che indica se le parti hanno o non hanno trovato una via di soluzione conciliativa. L'accordo successivo, invece, che poi deve essere, come dice il legislatore, allegato al testo del verbale, evidentemente può creare dei problemi perché è proprio nell'accordo (che può avere natura transattiva, di negozio di accertamento, novativa o natura mista) evidentemente che si pongono seri problemi di interpretazione e redazione.

Allora nell'esperienza straniera che io ho potuto vedere in questi sedici anni di lavoro su questa materia, non è vero che la mediazione è un'unica fase in cui le parti arrivano o sole o con il loro assistente e permangono o sole o con il loro assistente dall'inizio alla fine della procedura, ma è pur vero invece

che la mediazione può essere – a livello di assistenza – frazionata.

Cioè, durante la fase centrale della mediazione, quella in cui si opera una negoziazione pura tra le parti, in cui – con l'ausilio insostituibile del mediatore le parti sono portate a scandagliare gli interessi e i bisogni propri ed altrui, l'assistente della parte può anche non essere necessariamente presente.

In questi succitati momenti, infatti, in cui le parti direttamente negoziano in termini di ricerca di soddisfazione di propri interessi e bisogni, chi meglio di loro può sapere quali sono i propri reali "desiderata", come chiuderebbero quella controversia, o a quanto la chiuderebbero?

Non potrebbe un assistente di parte sostituirsi al suo cliente durante la mediazione e dirgli ad esempio: "guarda.. non fare più affari con l'altra azienda perché sicuramente ti porteranno in malora!".

Chi sono io, assistente di parte, per dire una cosa del genere? Evidentemente non posso dirlo. Allora il mio cliente può negoziare tranquillamente benissimo senza di me in quella fase.

Evidentemente in una seconda fase invece, la fase di tipo giuridico, cioè la fase in cui c'è necessità di conoscenze giuridiche, lì non si può fare a meno di un giurista, di un avvocato o comunque di un tecnico che affianchi la parte.

Quindi assolutamente il mercato degli assistenti è un mercato amplissimo e vi do anche un'altra indicazione referenziale: gran parte degli assistenti che hanno assistito i propri clienti in mediazione presso CONCILIA, ci riferiscono che – nel corso del tempo – hanno visto aumentare il loro parco clienti.

Ciò può risultare ovvio, perché il cliente accompagnato in mediazione che risolve le sue controversie in maniera, come dire, puntuale, precisa, veloce, con una spesa di denaro relativamente bassa, farà una pubblicità positiva dello "strumento" della mediazione e, evidentemente, anche dell'assistente che lo accompagna.

Tornando al discorso principale, cioè quello della qualità che tu, Marco, hai inserito molto puntualmente all'interno del tuo libro, debbo dire che – evidentemente – bisogna scindere alcuni aspetti: qualità degli organismi, qualità dei mediatori, qualità della formazione, cioè sono questi i tre punti della qualità.

Allora, a livello di mediatori, la qualità può essere avvalorata principalmente per il tramite di controlli molto severi, serrati ed efficaci da parte di chi deve garantire il rispetto delle regole e delle normative.

Cosa succede in Europa? Cosa succede quindi a livello internazionale? A livello in-

ternazionale esiste un'unica forte esperienza che si chiama International Mediation Institute, cioè l'Istituto Internazionale della Mediazione, che non è un ente di formazione né, tantomeno, un organismo di mediazione (se no non sarebbe credibile), ma è un'associazione no profit di stampo olandese che è stata mutuata da tre organismi di importanza mondiale. Quali sono? L'American Arbitration Association, quindi l'Associazione Americana degli Arbitrati, poi la Singapore Mediation Association, quindi dall'altra parte del mondo, e il Netherland Mediation Institute, quindi l'Istituto Olandese per la Mediazione.

IMI certifica la qualità dei mediatori nel mondo, cioè è come se desse un bollino blu di qualità, cosicché la parte che vuole proporre una mediazione, ove dovesse mediare sia con il mediatore Rossi italiano oppure con il mediatore Watson americano, saprebbe bene che ognuno di quei sopracitati mediatori accreditati IMI, avendo il medesimo tipo di certificazione, hanno la medesima qualità. Questo ve lo dico perché io ho sperimentato realmente che cosa significhi essere mediatore IMI, perché il percorso per diventare mediatore certificato è ovviamente molto difficile – io sono felice di essere uno dei primi (ed unici ad oggi) due italiani ad essere certificato IMI – e vi assicuro che evidentemente la qualità quest'Istituto per la Mediazione Internazionale la richiede costantemente ai mediatori che certifica.

IMI quindi prevede: revisione costante dell'operato dei mediatori, feedback da parte dei cosiddetti reviewer, cioè mediatori esperti che controllano costantemente l'operato di un mediatore certificato IMI.

Questa esperienza di IMI l'ho voluta rimarcare perché credo fermamente che il controllo dei mediatori sia fondamentale e possa farsi esclusivamente non per il tramite di bollini etichettati da parte di organismi pubblici o privati che siano nel mercato della mediazione, perché evidentemente sarebbe un controllo veramente poco credibile: deve esserci un terzo ente, che sia al di fuori di questo mercato, che dica cosa e come in maniera inattaccabile e veritiera.

Noi avevamo riposto moltissima speranza – e credo, come dire, anche gli enti pubblici lo avranno fatto – e lo continuiamo a fare, sperando sempre per il meglio, nel Ministero della Giustizia. Cioè il Ministero della Giustizia non solo dovrebbe, come dire, porre un'attenzione particolare all'accesso sul mercato degli organismi di mediazione, ma dovrebbe addirittura porre un'attenzione particolare al controllo successivo al loro accredito, cioè a come i mediatori gestiscono le mediazioni e a come gli organismi di

formazione, una volta accreditati, gestiscono la formazione, perché questo è il problema: mancanza di qualità e di uniformità di gestione, cattiva concorrenza tra organismi.

Ecco che evidentemente, come Marco Ceino e Laura Merlino dicono nel loro libro, il mercato vero, cioè la sana concorrenza tra organismi pubblici e privati di mediazione farà la differenza e cercherà nell'assenza di regole e di controllo forti e ferrei da parte di chi dovrebbe farli, il proprio fondamento.

In chiusura del mio breve intervento volevo anche soffermarmi brevemente sul un altro tipo di qualità: la formazione del mediatore professionista da parte di enti di formazione qualitativamente preparati.

Le camere di commercio, ad esempio, fin dal maggio 2005, con gli standard di formazione di maggio 2005, avevano approvato un sistema, un pacchetto di formazione di qualità, che era evidentemente un pacchetto ragionato, che era forte dell'esperienza camerale condotta sin dalla legge 580 del '93, e che evidentemente trovava anche un plauso e un accoglimento da parte di noi operatori privati, perché – quando Marco ci diceva che CONCILIA è nata con l'esperienza- voleva ricordare che CONCILIA deve molto al mondo delle camere di commercio.

CONCILIA deve grandemente ringraziare le Camere di Commercio, perché CONCILIA è nata nel 1999 sulla scorta della offerta di formazione in mediazione e conciliazione proposta proprio alle camere di commercio.

Evidentemente le camere di commercio di Roma e Milano non necessitavano di troppa formazione esterna, perché si auto formavano, in un certo qual senso, nonostante

abbiano fatto qualcosa insieme a CONCILIA. Personalmente, ad esempio, mi ricordo di un CD-Rom di una simulazione di mediazione che realizzammo come CONCILIA insieme alla Camera Arbitrale della Camera di Commercio di Roma.

Questi standard formativi importanti per i mediatori/conciliatori delle camere di commercio sono stati ripresi dal Ministero della Giustizia che ha voluto in un certo senso ampliare la formazione, nonostante la mancanza di serrati controlli sulla qualità dell'erogazione della formazione.

In chiusura si può sintetizzare che – quindi – la mediazione ha un mercato, ha uno spazio che deve essere ancora grandemente scoperto e probabilmente scoprire lo spazio della mediazione significa riflettere sulle parole che Marco e Laura hanno inserito nel loro libro e io gli faccio un augurio di molte vendite e diffusione del libro, visto che sono l'ultimo a chiudere il seminario di presentazione del libro. Vi auguro che questo libro, che è un libro molto scorrevole, ma anche molto diverso rispetto a tutta la nomenclatura dei libri che sono usciti sul mercato negli ultimi tempi, possa offrirvi molte soddisfazioni. Ve lo dice uno che, come sapete, ha scritto e continua a scrivere libri sull'argomento delle ADR e mediazione.

Vi auguro che questo libro sia il primo di una lunga serie. L'augurio finale che mi sento di farvi è che ci sia un "il mercato e lo spazio della mediazione" bis, ter e così via, cioè che continuiate a seguire "lo spazio della mediazione" nel corso degli anni futuri, mediante la pubblicazione di molte altre edizioni del manuale".



4° INTERVENTO

(*) Vicedirettore Generale della Camera Arbitrale di Roma

Un'occasione per fare il punto sulla mediazione

Di questo libro mi sono piaciuti determinati aspetti. Innanzitutto è stata un'occasione per fare un po' il punto della situazione.

Come è stato messo già in luce precedentemente, io lavoro presso un organismo di mediazione e cioè un organismo che si occupa da diversi anni di amministrare strumenti di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione ordinaria, non solo la mediazione o conciliazione – come la vogliamo chiamare – ma, come diceva prima il prof. Sandulli, anche arbitrato, l'arbitrato di cui vi ha parlato e vi ha detto la differenza.

Di questo libro mi è piaciuta l'occasione che ha dato, in un momento estremamente particolare per lo strumento della mediazione, di fare il punto della situazione, ma di farlo – se posso dirlo – scevro da tutte quelle polemiche che in questo momento animano i dibattiti sulla mediazione.

Dall'entrata in vigore della nuova disciplina della mediazione le occasioni di confronto sono aumentate ed io mi sono accorta, che spesso, tuttavia, in questi dibattiti e analisi sul tema, non si affronta il contenuto della mediazione e spesso emerge come lo strumento sia poco conosciuto nella sua natura e nei suoi benefici.

Il libro mi sembra che non affronti il problema di chi è a favore o contrario alla mediazione, ma rende una descrizione puntuale dello strumento, soffermandosi su due aspetti che condivido: uno, che è già emerso abbastanza, è quello della necessità di un cambiamento culturale che porti ad una visione della risoluzione pacifica e non conflittuale della controversia. Questo cambiamento necessita, tuttavia, di un approccio alla vita diverso da quella che noi abbiamo in questo contesto storico e sociale. Senz'altro la mediazione trova come strumento la sua radice in esperienze culturali straniere che il popolo italiano sta soltanto di recente sperimentando.

L'altro aspetto che condivido del libro è quello di illustrare lo strumento della mediazione conducendo un'analisi del contesto economico che essa stessa realizza.

Questa modalità trova riscontro in un la-



voro che sto conducendo da anni e cioè quello di illustrare lo strumento ai suoi potenziali utenti evidenziandone i vantaggi economici piuttosto che gli aspetti giuridici.

In effetti, negli ultimi anni l'attenzione del Legislatore si è rivolta molto agli strumenti di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione ordinaria quali l'arbitrato e la mediazione.

Eppure coloro che dovrebbero utilizzarli, e cioè gli operatori economici, vi fanno ancora poco ricorso.

Ciò forse è dovuto alla circostanza che questi strumenti di risoluzione delle controversie sono spesso qualificati dai mass media quali potenziali risorse in grado di "defatigare" i Tribunali italiani dall'elevato numero di cause iscritte a ruolo e in ciò ingenerando la generale convinzione che se gli operatori vi ricorreranno, saranno i Tribunali, in primo luogo, a beneficiarne.

In realtà non è esattamente così. Questi strumenti sono ben noti all'uomo anche in tempi in cui non esistevano Tribunali in crisi, sia in Italia che all'estero, e sono stati introdotti nei vari ordinamenti giuridici poiché essi presentano caratteristiche tali da essere frequentemente preferiti alle ordinarie vie della giustizia civile. In effetti sarebbe più esatto parlare di essi come di una strada non alternativa ma parallela alla giurisdizione ordinaria; un percorso, quindi, che l'operatore economico può intraprendere al fine di godere di diversi benefici.

Attraverso la mediazione gli operatori economici in lite si incontrano e si siedono intorno ad un tavolo dove il dialogo è condotto da un terzo imparziale e neutrale,

il mediatore, che cerca di far raggiungere alle parti un nuovo accordo. Se la conciliazione è raggiunta, i litiganti stipulano un accordo che pone fine alla controversia e attribuisce un nuovo assetto economico al rapporto commerciale. La conciliazione non è una transazione e, quindi, non si limita nella sua discussione ad analizzare la materia del contendere ma può andare oltre. È qui infatti il suo pregio indiscusso poiché i litiganti non si limitano ad analizzare la propria controversia ma esaminano i propri interessi, positivamente valutabili nei reciproci rapporti, e, in tal modo, possono far emergere altre esigenze e valutare altri benefici. In poche parole gli operatori economici possono incontrarsi al tavolo conciliativo per discutere dell'esecuzione del contratto e possono alzarsi da quel tavolo con una nuova intesa che oltre a comporre quella controversia prevede il raggiungimento di nuovi accordi economici. Questo strumento possiede una elevata potenzialità di essere uno strumento a favore dello sviluppo delle imprese; uno sviluppo basato sulla negoziazione e comunicazione dei rapporti commerciali.

La procedura di mediazione ha trovato una prima vasta applicazione già nel 2002 quando l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha adottato la delibera n. 182, attuativa della Legge 249 del 1997, con la quale l'Autorità ha regolamentato un tentativo di conciliazione obbligatorio per le controversie fra società di telefonia e loro utenza da esplicitarsi presso i CORECOM e cioè organi istituiti a livello regionale o, in alternativa, presso altri organismi di composizione delle controversie, come le Camere di Commercio.

Le Camere di Commercio, sin dal loro sorgere, hanno offerto la propria competenza alle imprese per dirimere le controversie. All'inizio, si è trattato per lo più di un'attività di mediazione sollecitata da alcune imprese che tentavano di espandersi sui mercati internazionali e che, in caso di controversia, sollecitavano un intervento terzo alla Camera di Commercio territoriale di riferimento. In realtà questa pratica è andata perfezionandosi nel tempo sino a diventare per alcune Camere di Commercio una vera e propria offerta di servizi arbitrali e conciliativi ed anche una attività di formazione di arbitri e conciliatori.

Questa funzione si è evoluta ulteriormente quando ha trovato riconoscimento formale da parte del Legislatore che con la Legge 580 del 1993 ha stabilito che le Camere di Commercio "... possono costituire commissio-

ni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie fra imprese e fra imprese e consumatori" (art. 2, comma 4).

Questa normativa e la Legge di riforma dell'arbitrato del 1994 hanno dato notevole impulso a questi strumenti in Italia e nel 1998 il Legislatore ha emanato la Legge 192 del 1998 per disciplinare una nuova figura contrattuale quella della subfornitura e in questo ambito ha introdotto, per la prima volta in Italia, un tentativo di conciliazione obbligatorio che le parti contrattuali in lite devono esperire presso la Camera di Commercio dove ha sede il subfornitore.

In questo contesto le Camere di Commercio hanno perfezionato la loro attività specialmente in ambito conciliativo dove hanno elaborato un modello di procedura c.d. facilitativo - e cioè un modello dove il conciliatore non propone l'accordo conciliativo ma facilita le parti nel raggiungimento dello stesso - e hanno adottato un regolamento unico (sia per le controversie fra imprese che per quelle fra imprese e consumatore) ed un Tariffario; ciò come frutto dell'esperienza maturata dall'applicazione della Legge 580 del 1993.

Come vi dicevo all'inizio del mio intervento, io lavoro presso un organismo di mediazione. La mia struttura appartiene, appunto, al sistema delle Camere di Commercio.

Da allora continuiamo ad amministrare sempre più procedimenti di mediazione e, nonostante l'esperienza maturata, continuiamo a svolgere quest'impegno con molta attenzione poiché lo sviluppo maggiore dello strumento probabilmente deve ancora venire. Rispetto a quanto accaduto in questi ultimi dieci anni, mi auguro che molto di più verrà nei prossimi cento anni!

Non è stato facile, magari, per gli addetti ai lavori adattarsi ad alcune modifiche dello strumento stabilite recentemente dal Legislatore ma approvo profondamente lo spirito innovativo che emana dall'attuale normativa.

Io non voglio togliere spazio agli altri relatori. In ultimo, desidero solo porre l'accento sull'elemento che secondo me è importante per conoscere questo strumento, e voglio farlo nel modo che ritengo più efficace e cioè desidero invitarvi a provarlo perché quella è l'esperienza migliore per capire quali sono i vantaggi e altro.

Questo è uno strumento che, perché se ne possano avere maggiori vantaggi, deve essere utilizzato, poiché esso esprime e realizza la volontà degli utenti che ne sono gli unici protagonisti.

5° INTERVENTO

(*) Mediatore

Il mercato e lo spazio della mediazione

Buonasera a tutti, vi ringrazio di essere presenti qui oggi, un particolare ringraziamento al Prof. Piero Sandulli e all'avv. Monica De Rita per essere intervenuti e per aver introdotto in modo così significativo il tema del libro ed un ringraziamento speciale al Dott. Marco Ceino per avermi reso partecipe dell'idea della pubblicazione ed avermi coinvolta in quest'opera.

Venendo al libro, diciamo che lo scopo che ci siamo prefissati è stato quello di fornire spunti di riflessione sul tema della mediazione soprattutto in un momento, quale quello attuale, dove ormai la mediazione è diventata una realtà conosciuta anche in Italia per effetto della normativa vigente sulla mediazione civile e commerciale, parlo del D.lgs. 28/2010 e dei successivi decreti attuativi.

L'ottica da cui abbiamo inteso guardare alla Mediazione è stata quella di mercato; abbiamo, dunque, guardato alla mediazione come ad un nuovo "mercato" emergente, di qui il titolo "Il Mercato e lo Spazio della mediazione"; focalizzando l'attenzione su due elementi imprescindibili propri di ogni mercato: la domanda e l'offerta e sulla necessità che vi sia un equilibrio tra domanda e offerta perché lo strumento della mediazione possa essere davvero efficace e divenire valido strumento di risoluzione alternativa delle controversie.

L'approccio, dunque, a differenza dei tradizionali manuali sul tema, è stato più pragmatico, proprio nella convinzione che è solo nella prassi quotidiana, vale a dire nell'attuazione concreta della procedura di mediazione, che la stessa potrà dimostrare la sua capacità di essere valido strumento alternativo di risoluzione delle controversie rispetto alla giustizia ordinaria.

Ma cosa abbiamo inteso per domanda e offerta della mediazione?

Per domanda abbiamo inteso far riferimento al c.d. ricorso alla mediazione; vale a dire abbiamo svolto una panoramica su tutte le possibili modalità di avvio di una procedura di mediazione, valutandone l'impatto sul mercato e le possibili prospettive future di sviluppo.

Abbiamo, quindi, analizzato primariamente la mediazione a carattere volontario;



chiunque, infatti, ai sensi dell'art. 2 D.lgs 28/2010, può accedere alla mediazione per la risoluzione di una controversia civile e commerciale purché verta su diritti disponibili; abbiamo, dunque, verificato come attualmente il ricorso volontario alla mediazione rappresenti in Italia ancora un aspetto marginale del mercato; ciò perché manca una cultura della mediazione, a differenza, invece, di ciò che è accaduto in America o nel mondo anglosassone laddove la risoluzione dei conflitti attraverso sistemi di A.D.R. è già in uso da molti anni e dove le tecniche sono state perfezionate.

Abbiamo, quindi, messo in evidenza come la mediazione volontaria sia quella che dovrebbe essere più incentivata nel nostro Paese in quanto è la più rispondente allo spirito originario proprio della conciliazione, in cui le Parti volontariamente scelgono di presentarsi davanti ad un mediatore, che dev'essere una persona professionalmente competente ed esperta in tecniche di mediazione, per tentare di risolvere amichevolmente la controversia tra di loro insorta.

Abbiamo, poi, affrontato la mediazione quale condizione di procedibilità ai sensi dell'art. 5, co. 1 D.lgs 28/2010, che attualmente investe, come ben sappiamo, importanti materie tra cui cito: i diritti reali, divisione, le successioni ereditarie, patto di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e da diffamazione a mezzo stampa o con ogni altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari e che, a partire dal 21 marzo 2012, investirà altre due materie il cui contenzioso in Italia è ingente, vale a dire il risarcimen-

to dei danni derivante dalla circolazione dei veicoli e natanti e la materia condominiale.

La mediazione quale condizione di procedibilità è stata oggetto di numerosi dibattiti e critiche ed attualmente siamo in attesa della pronuncia della Corte Costituzionale in merito al ricorso presentato dall'OUA, con il quale sono state rilevate alcune eccezioni di legittimità costituzionale relative a determinati aspetti della normativa vigente.

Senza entrare nel merito della questione, quello che vorrei evidenziare è che, se da una parte, la mediazione quale condizione di procedibilità in una prima fase certamente può rappresentare il modo più rapido per rendere visibile la procedura di mediazione alla più ampia platea possibile di utenti, dall'altro, ritengo che essa non debba essere la strada auspicabile e preferibile per il futuro della mediazione che dovrebbe affermarsi soprattutto come espressione della volontà delle parti e, dunque, come mediazione volontaria.

Abbiamo, inoltre, analizzato la mediazione demandata dal giudice sia nelle materie in cui la mediazione rappresenta condizione di procedibilità (art. 5 D.lgs. n. 28/2010) sia nelle altre materie civili e commerciali nelle quali il ricorso alla mediazione è l'espressione di una libera scelta delle Parti (art. 2 D.lgs. n. 28/2010).

Abbiamo, infine, analizzato l'inserimento volontario delle clausole negli statuti societari e nei contratti: in tal caso le Parti si obbligano ad esperire la mediazione prima di adire il giudizio ordinario sulla base di format standard inseriti nei contratti o negli statuti societari.

Anche tale tipo di mediazione andrà incentivata in quanto espressione della volontà delle Parti di vincolarsi ad adire la procedura di mediazione prima di instaurare il giudizio ordinario.

Con l'entrata in vigore dell'obbligatorietà a partire dal 21/03/2011, sulla base delle stime dell'allora Ministro della Giustizia Alfano, ci si sarebbe dovuti attendere un notevole incremento delle domande di mediazione presso gli organismi accreditati, viceversa, l'impatto è stato meno rilevante di quello atteso, come era stato già previsto dall'Osservatorio sui conflitti e sulla conciliazione che aveva elaborato il primo rapporto sullo stato dei conflitti nella città di Roma; vale a dire un'indagine sul territorio presso tutte le circoscrizioni di Roma e sulla base di dati offerti dal Tribunale di Roma ed in base a tale rapporto era emerso, appunto, che l'impatto delle materie obbligatorie sul totale delle cause pendenti sarebbe stato pari al 4% della materia oggetto di contenzioso.

Tuttavia nonostante questa partenza a ri-

lento della mediazione si presume che ormai la domanda di mediazione sarà sempre più frequente; e ad una domanda così ingente bisognerà far corrispondere un'offerta di mediazione altrettanto adeguata; per offerta adeguata s'intendono soprattutto: mediatori professionali e capaci, organismi di mediazione efficienti e puntuali.

In merito agli Organismi di mediazione tengo, innanzitutto, ad evidenziare l'importante attività di coordinamento che il CNDCEC, tramite la Fondazione ADR Commercialisti ed il suo Presidente Dott. Felice Ruscetta, sta svolgendo al fine di consentire agli ODCEC Territoriali di istituire al proprio interno Organismi di mediazione e di accreditarsi presso il Ministero di Giustizia.

Il Ministero di giustizia attualmente conta all'incirca 700 Organismi di mediazione accreditati e tale numero è in continuo aumento.

In un regime concorrenziale quale quello attuale, dunque, un ruolo fondamentale verrà innanzitutto svolto dall'attività di vigilanza del Ministero di giustizia al fine di garantire una buona qualità dell'offerta di mediazione.

Riteniamo, altresì, che ancora di più potrà fare la prassi costante, la concorrenza di tanti organismi servirà, infatti, alla fine, a mettere in evidenza ed a premiare gli organismi ed i mediatori professionalmente più virtuosi.

Si può dire, comunque, che, allo stato attuale, anche sulla base dei dati statistici del Ministero, uno degli ostacoli più grandi alla mediazione è rappresentato dalla scarsa partecipazione della parte aderente al tentativo di mediazione, in particolare dalla direzione generale di statistica del Ministero si rileva che i procedimenti di mediazione con comparizione dell'aderente sono solo il 30,62%, dato questo che viene controbilanciato dal dato positivo in base al quale laddove la parte aderente compare il 52,58% delle mediazioni si risolve con un accordo.

Al fine, comunque, di contrastare la mancata partecipazione della parte aderente al tentativo di mediazione dei correttivi normativi già sono stati improntati: mi riferisco in particolare alla L. n. 148 del 14/09/2011 che ha previsto la condanna al versamento di una somma pari al contributo unificato dovuto per il successivo giudizio nei confronti della parte che, nelle materie di cui all'art. 5 D.lgs. 28/2010, non abbia partecipato al procedimento di mediazione senza giustificato motivo; nonchè, alla possibilità data al giudice di desumere argomenti di prova, ai sensi dell'art. 116, 2° co., c.p.c. dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione.

Qualità dell'offerta, vuole dire anche qua-

lità degli operatori del settore e cioè dei mediatori: attualmente, come sappiamo, la preparazione per diventare mediatore è rivolta a coloro che abbiano come requisito minimo una laurea universitaria triennale o siano iscritti ad un albo o collegio professionale, la formazione consta in un corso di 50 h svolto presso un ente di formazione abilitato dal Ministero della giustizia, nonché in un aggiornamento biennale di 18 ore e nella partecipazione in forma di tirocinio assistito ad almeno 20 casi di mediazioni.

Riteniamo, tuttavia, che tale formazione non sia sufficiente per divenire dei buoni mediatori; il buon mediatore, infatti, dev'essere non solo una persona professionalmente competente e capace a trattare la materia oggetto di mediazione ma dev'essere soprattutto una persona adeguatamente preparata nelle c.d. tecniche A.D.R.; dev'essere, quindi, una persona capace a gestire il conflitto, a riattivare il dialogo tra le parti, a facilitare ed a coadiuvare le parti nel raggiungimento di un accordo il più possibile soddisfacente per entrambe.

Per concludere posso dire che la mediazione è uno strumento nuovo e, come tale, perfezionabile soprattutto a livello normativo; ancora di più è necessaria una rivoluzione culturale capace di non vedere più il conflitto solo ed esclusivamente in chiave negativa

ma in chiave di opportunità, un'opportunità di confronto con l'altra parte attraverso l'opera di un mediatore terzo neutrale, indipendente ed imparziale.

Molti, del resto, sono in termini economici i vantaggi della mediazione; oltre a quelli ormai noti dei tempi brevi e dei costi contenuti, uno tra tutti è il mantenimento di buoni rapporti tra le parti in conflitto anzi quasi sempre di potenziamento dei rapporti pre-conflitto e questo è già di per sé un elemento innovativo della mediazione; elemento che, invece, non esiste nel giudizio ordinario, laddove, si arriva, è vero, ad una vittoria ma ad una vittoria per certi versi "miope" perchè, nella maggior parte dei casi, la conseguenza immediata di un giudizio è la rottura dei rapporti commerciali o di altra natura tra le parti in conflitto.

La mediazione, invece, tende proprio a far sì che le parti tornino ad essere protagoniste del conflitto che se ne riappropriano e che, attraverso l'opera di mediatori altamente preparati e specializzati, possano superare il conflitto e giungere ad un accordo soddisfacente per entrambe.

Vi ringrazio per la cortese attenzione e spero che il libro sia di Vostro interesse.

Cedo ora la parola per un ultimo saluto al co-autore, nonché, ideatore di questo libro Dott. Marco Ceino.



