

ADRITALIA

www.adritalia.net

*Rivista quadrimestrale del Comitato Adr&Mediazione
diretta da Antonella Fornari*

Anno 1 – Numero 1

Direttore

dott.ssa Antonella Fornari
(afornari@studiotantaloformari.it)

Comitato Scientifico

Maria Cristina Biolchini, Roberta Calabrò, Stefano Cera, Barbara Cocola, Paolo Fortunato Cuzzola, Leonardo D'Urso, Maria Rosaria Fascia, Dante Leonardi, Stefano Patti, Giusy Raimondo, Carlo Recchia, Andrea Sirotti Gaudenzi, Luca Tantalò, Ana Uzqueda, Giuseppe Valenti, Giovanna Elisabetta Zaccheo.

Comitato Redazionale

Paola Bruno, Carlotta Calabresi, Andrea Ceccobelli, Maria Rosaria Di Chio, Claudia Irti, Dante Leonardi, Salvatore Primiceri, Giusy Raimondo, Carlo Recchia, Giovanna Elisabetta Zaccheo.



www.comitatoadrmediazione.it

2014. Tutti i diritti riservati.

Finito di stampare nel mese di marzo 2014

Presso Cromografica Roma

Per conto di Primiceri Editore

Corso Mazzini 14 – 27100 Pavia

ISBN 978-88-98212-32-3

Il ruolo del formatore nella mediazione civile e commerciale, tra requisiti normativi e cultura della facilitazione

di Stefano Cera

(Formatore specializzato nello sviluppo personale e organizzativo e nella gestione delle controversie, nella negoziazione e nella mediazione. Responsabile scientifico e Formatore accreditato presso il Ministero della Giustizia per i corsi sulla mediazione civile e commerciale. Mediatore.)

«Non si può insegnare niente ad un uomo.

Si può solo aiutarlo a scoprire ciò che ha già dentro di sé»

(Galileo)

Le modifiche al D.Lgs. 28/2010 introdotte dal D.l. 69/2013 (c.d. “Decreto del fare”), e la successiva L.98/2013 di conversione, rappresentano l’importante occasione per rivedere alcuni aspetti della mediazione che, attraverso l’esperienza di oltre tre anni e mezzo dalla pubblicazione del decreto, hanno sollevato criticità.

Tra queste anche alcune specifiche che hanno riguardato l’attività di formazione. Ed è su queste che, con il mio contributo, voglio fare qualche specifica considerazione sull’attività e sul significato del “ruolo” del formatore (su cui, forse, anche al “nostro” interno non abbiamo dedicato tempo e riflessioni sufficienti in questo periodo), anche in considerazione dei possibili sviluppi che potrebbero emergere da questo periodo di “ripartenza” (per usare il gergo calcistico), a seguito della re-introduzione della c.d. “obbligatorietà”.

1) “Riconoscere” la formazione come attività specifica

Ritengo che, ai fini del pieno sviluppo della mediazione nel nostro paese, sia fondamentale lavorare sulla “cultura della mediazione” per prevedere, ad es. specifiche attività di informazione presso l’opinione pubblica, ma ritengo anche che sia importante lavorare sulla “cultura della formazione” in generale e, nello specifico, su quella relativa alla gestione e la trasformazione costruttiva delle controversie.

Infatti, questa dovrebbe essere sempre più considerata una competenza “trasversale”, da valorizzare per lo sviluppo della persona, a prescindere dallo specifico percorso di studi intrapreso, e delle organizzazioni in generale. E lo ritengo opportuno soprattutto in un momento come quello attuale, anche alla luce delle recenti modifiche apportate dalla Legge 98/2013, che ha riconosciuto agli avvocati un ruolo diverso nel nuovo modello di mediazione, prevedendo, attraverso l’introduzione dell’art. 16.4-bis nel decreto 28, che gli avvocati iscritti all’albo professionale acquisiscano il titolo di mediatori di diritto. Tale previsione è stata inserita già nel D.l. 69/2013 (c.d. Decreto “del fare”), ma è stata tuttavia

rivista con le legge di conversione. Infatti, se da una parte si riconosce agli avvocati iscritti all'albo tale qualifica, dall'altra si stabilisce che gli avvocati iscritti ad organismi di mediazione debbano «essere adeguatamente formati in materia di mediazione e mantenere la propria preparazione con percorsi di aggiornamento teorico-pratici a ciò finalizzati, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 55bis del codice deontologico».

L'opinione di chi scrive è che la scelta del legislatore di reintrodurre la categoria dei mediatori “di diritto” sia un passo indietro rispetto alla direzione intrapresa con il D.m. 180/2010. Infatti, se è vero che la competenza legale, a seconda dei casi, può essere molto importante per comprendere gli aspetti giuridici della controversia, è altrettanto vero che è necessario che gli avvocati approfondiscano alcuni argomenti “tecnici” molto importanti per la mediazione, come le metodologie delle procedure facilitative ed aggiudicative, la negoziazione, le tecniche per la gestione delle controversie e dell'interazione comunicativa, argomenti che non fanno parte del percorso formativo tradizionalmente seguito da un legale del nostro paese, né possono essere acquisiti con facilità sulla base della sola esperienza professionale.

Inoltre, temo che dal 2010 in poi sulla formazione in materia di mediazione si sia fatto troppo poco per promuovere un modo “virtuoso” di fare formazione in un settore in cui, spesso, la differenza l'ha fatta purtroppo la “corsa” al costo minore da parte degli enti di formazione (a volte alcuni di questi anche piuttosto “improvvisati” e senza alcuna esperienza in questo settore). Da parte loro, i partecipanti, preoccupati di spendere il meno possibile e concentrati unicamente sull'ottenere il “pezzo di carta”, hanno trascurato la qualità della formazione (dell'ente di formazione che organizzava il corso e dei formatori utilizzati dall'ente) con conseguente danno sulla qualità dei mediatori usciti da queste presunte “scuole” di formazione ed evidente danno, in ultima analisi, sulla gestione dei procedimenti e sulla stessa immagine della mediazione. Con questo non voglio dire certo che la qualità media dei mediatori sia, in generale, scarsa ma certo, come operatore del settore, confesso di avere forti riserve su alcune modalità di “fare formazione” perché, a mio avviso, hanno avuto un effetto-boomerang per tutto il settore della mediazione, in termini di immagine presso i partecipanti ai corsi, l'opinione pubblica e la stessa classe forense.

Peraltro, da Responsabile scientifico e formatore accreditato per diversi enti di formazione, la mia impressione è che con il numero limitato di ore che si ha a disposizione per un corso-base sia difficile formare i partecipanti alla mediazione, ma si riesca al massimo ad “informarli”. Infatti, accade che, in generale, nei programmi proposti dagli enti di formazione la parte teorica (soprattutto di taglio giuridico e normativo) assorba spesso almeno l'80% del totale delle ore. Di conseguenza, alla parte pratica si finisce per riservare talvolta solo un esiguo numero di ore di formazione, insufficiente rispetto alle esigenze di preparazione dei partecipanti.

In più, dobbiamo considerare altri importanti fattori: nelle materie del percorso formativo previste dall'art. 18.2.f del decreto 180, a mio avviso, trovano poco spazio le tecniche di gestione dei conflitti e i contenuti più prettamente relazionali e comunicativi; il numero talvolta elevato di partecipanti che (soprattutto nella parte pratica) impedisce spesso la continuità delle attività didattiche e la possibilità di avere un *debriefing* efficace rispetto a esercitazioni e simulazioni; la provenienza quasi esclusivamente giuridica dei formatori che

ha talvolta limitato il taglio e la “prospettiva” del corso (ci tengo a sottolineare che non intendo sminuire il peso della prospettiva giuridica nella formazione, e in generale nella mediazione, quanto sottolineare che, data la particolarità dell'attività del mediatore e del formatore - e la sua “vocazione” trasversale - verso una metodologia didattica che dovrebbe essere improntata alla facilitazione, questa dovrebbe essere necessariamente integrata ed accompagnata da altre prospettive di lavoro, derivanti da diverse competenze professionali, tipiche, ad es., della formazione comportamentale e dello sviluppo personale ed organizzativo); la mancanza di chiarezza su cosa debba intendersi per formazione teorica e pratica (infatti tra gli enti di formazione, i responsabili scientifici e gli stessi formatori ci sono talvolta profonde differenze di interpretazione rispetto ai significati).

Pertanto, la mia personale impressione è che, in generale, molti dei programmi dei corsi-base e di aggiornamento siano orientati su una formazione di tipo essenzialmente normativo e di carattere prevalentemente nozionistico (il “sapere”), a scapito del “saper fare” (come “si fa” mediazione?) e soprattutto del “saper essere” (cosa significa "essere mediatore"?), momenti invece altrettanto importanti nella formazione, non solo sulla mediazione. Senza considerare che a queste tradizionali componenti della formazione, in una società complessa, pluralistica e multiculturale come la nostra, se ne deve sempre di più aggiungere una quarta, fondamentale per la formazione del XXI secolo, ossia “sapere vivere insieme agli altri”. E qui mi ricollego a quanto detto in precedenza a proposito della competenze trasversali, sempre più il vero valore aggiunto, della mediazione come della formazione.

2) “Riconoscere” le competenze specifiche dei formatori

Vorrei ribadire in questo mio contributo un concetto a me particolarmente caro, ossia che il "profilo" di docente (teorico o pratico che sia) di cui si parla nel D.m. 180/2010 è da intendersi nei termini di “professionista dei processi formativi”. Ed i processi formativi riguardano in prima battuta le persone che abbiamo di fronte. Infatti, che ce ne rendiamo conto o no, in aula non ci limitiamo a trattare "contenuti", ma, soprattutto, abbiamo a che fare con le "persone" e sono loro che, pertanto, rappresentano il nostro riferimento principale.

Tuttavia, la mia impressione è che, come docenti, talvolta tendiamo a trascurare le persone (cosa hanno imparato alla fine del corso?) per preoccuparci invece esclusivamente dei contenuti da trattare (sono riuscito a finire il programma?). E questa considerazione mi porta a ritenere che nel mondo della mediazione in Italia esistano soprattutto “esperti dei contenuti” (ammesso che lo siano davvero) più che formatori. Non dimentichiamo che tra queste due figure esiste una differenza fondamentale, data (per i secondi) proprio dalla competenza specifica nella gestione dei processi formativi. E temo, purtroppo, che su questa nel nostro paese ci sia ancora poca sensibilità, non solo nel settore della mediazione. Infatti, sono ancora tanti a credere che per fare formazione sia sufficiente leggersi qualcosa, prepararsi un minimo ed andare in aula. Be', le cose non stanno esattamente così, perché per andare in aula servono competenze specifiche, focalizzate sulla gestione dei gruppi e le dinamiche di aula.

Ed il mio timore è che la normativa attuale, che ha certamente innalzato i requisiti dei formatori rispetto a quella precedente, tuttavia non risolve le criticità riguardo la definizione

delle loro competenze, dando per scontato che le eventuali docenze fatte in mediazione, conciliazione e risoluzione alternativa delle controversie siano sufficienti per acquisire le competenze specifiche per la gestione d’aula. Sinceramente, ho qualche dubbio...

Per la verità, gli enti di formazione cercano (sempre?) di “strutturare” il corso in maniera tale da utilizzare i “docenti giusti al posto giusto” (il Ministero della Giustizia ha sottolineato che siano previsti almeno due diversi docenti: uno per la parte teorica e uno per quella pratica). Tuttavia, alle volte si assiste ad un eccessivo “frazionamento” del corso, nel senso che nell’ambito delle 50 ore (almeno) si registra un vero e proprio *turn-over* di docenti, con mancanza di continuità didattica e con il rischio di sovrapposizioni, ripetizioni e quel che è peggio contraddizioni tra i diversi docenti coinvolti.

Inoltre, una logica che vedo spesso applicare da alcuni colleghi è ritenere che sia sufficiente reperire “batterie di slides” più o meno all’ultima moda da mostrare in sequenza “inondando” di informazioni i malcapitati partecipanti, senza preoccuparsi della progettazione dell’intervento formativo o di quali potrebbero essere gli strumenti più efficaci da utilizzare (spezzoni di filmati, *role-play*, esercitazioni, lavori di gruppo, simulazioni, ecc.).

Ancora, come detto anche in precedenza, ci si preoccupa poco di lavorare sul gruppo di partecipanti, sul clima d’aula, sul necessario coinvolgimento di tutti, a partire dalle loro specifiche esigenze, competenze e professionalità. Ad es. so di alcuni colleghi che non fanno nemmeno un breve giro di tavolo iniziale (!), anche solo della durata di qualche minuto, per far presentare le persone e conoscerle meglio (soprattutto per acquisire informazioni fondamentali ai fini di una efficace “personalizzazione” dell’intervento formativo).

Peraltro, come abbiamo visto, nei requisiti previsti dal D.m. 180, fermo restando quelli specifici per le diverse categorie di docenti (teorici e pratici, su cui ci sarebbe tanto da dire sia su cosa si intenda per “contributi scientifici” - nel caso dei docenti teorici - sia sul numero di mediazioni - nel caso dei docenti pratici) non si parla di un numero minimo di interventi formativi o ore di docenza effettuate, per cui, in linea di principio, per essere accreditato come formatore, è sufficiente partecipare come relatore a qualche convegno su mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie. Sinceramente, ritengo che questo aspetto sia fortemente critico.

Conclusioni

Nel corso di diversi convegni e seminari mi è capitato talvolta di ascoltare interventi, anche di illustri relatori, che hanno parlato della necessità di allargare il quadro della cultura della mediazione nel nostro paese. In particolare, si ritiene che sia necessario, oltre ad altre iniziative, quali ad esempio lo svolgimento di seminari specifici nelle scuole di diverso ordine e grado o iniziative di informazione ed approfondimento presso l’opinione pubblica, anche l’introduzione di cattedre specifiche sulla risoluzione alternativa delle controversie, la mediazione e la conciliazione soprattutto nelle facoltà di Scienze Giuridiche di tutte le Università.

Ovviamente, non posso che essere d’accordo con questo tipo di proposte; tuttavia, da non giurista mi permetto di sottolineare che, considerando la risoluzione alternativa una

competenza “trasversale”, sarebbe a mio avviso opportuno inserire cattedre specifiche sulla mediazione anche all’interno di altre facoltà, come Scienze Politiche, Economiche, Psicologiche, ecc. (l’elenco è a titolo puramente indicativo).

Infatti, ritengo che finché continuiamo a parlare di mediazione solo all’interno di uno specifico settore professionale ci perdiamo il “resto”, che poi, a ben vedere, tanto “resto” (e tanto piccolo) non è. Pertanto, a mio modesto avviso, se parliamo di ampliare la “cultura” della mediazione nel nostro paese dobbiamo ragionare su interventi che siano a 360° gradi e non che riguardino una sola categoria professionale, per quanto importante e per quanto rappresentativa. D’altra parte che “cultura” (inteso nel senso ampio e generalizzato del termine) sarebbe se non riguarda la crescita di un sistema nel suo complesso?

Ciò significa che forse sarebbe, finalmente, il caso di ragionare secondo un approccio interdisciplinare e globale della mediazione e della formazione, come leve per il potenziamento delle competenze individuali e organizzative. Formazione e mediazione, quindi, ancora una volta legate a doppio filo con un obiettivo comune, quello del miglioramento del nostro paese. Voglio sperare che questo sia uno degli obiettivi della nuova “riformulazione” della mediazione. E’ una sfida che riguarda tutti noi...

Il counseling in mediazione: il metodo del Focusing

di Patrizia Bonaca

(Trainer di Focusing, coach, counselor, formatrice, dottore commercialista. Docente di comunicazione ed ascolto efficace. Presidente dell'associazione Industria dell'Esperienza, si occupa da anni di divulgare il Counseling e il Focusing nel contesto professionale, aziendale e sportivo. Conduce workshop e tiene sedute individuali di Focusing e Coaching, anche on line. Autrice del primo libro italiano sul Focusing: Il Focusing e la Teoria Ponte)

Come dice Michele Vietti *...la giustizia comporta fatica. Fatica per chi la deve rispettare e fatica per chi la deve far rispettare...*¹, in questa “fatica” inserisco l’umiltà di rivedere un paradigma formativo, oramai anacronistico, alla luce di un modello orientato a rafforzare la responsabilità dell’individuo, sia professionista che cliente, nel quale vengano esaltate quelle qualità umane, come l’ascolto empatico e la comunicazione efficace, proprie di una cultura “counseling oriented”.

In pratica un paradigma che fornisca al professionista del settore, quelle competenze che gli permettano di ridare slancio vitale ad una situazione di stallo nel quale sono impantanate delle persone con i loro bisogni, aspirazioni, desideri...che si sono rivolte a lui per uscire e sbloccare questa situazione...e riprendersi la loro vita;

Con questo scritto, il mio obiettivo è quello di mostrare come alcuni metodi di counseling possono aiutare il professionista ad adempiere il suo intento pro- mediazione. Parte da un presupposto: **dietro un conflitto ci sono sempre dei bisogni che richiedono visibilità e riconoscimento, il punto è che spesso non ci si assume la responsabilità di riconoscerli e si addossa all’altro l’onere di farlo.**

Il punto focale di un conflitto è l’incapacità di riconoscere e dare valore ai nostri bisogni prendendo la responsabilità di soddisfarli autonomamente, con scelte autoreferenziali.

Questo processo può avvenire naturalmente quando il professionista si è adeguatamente formato, ad esempio imparando e applicando il metodo del Focusing². Il metodo del Focusing insegna come avere un ascolto autentico verso il racconto delle parti e soprattutto come astenersi dal giudizio e da eventuali interferenze personali....E’ un metodo esperienziale cioè

¹ *è faticoso anche amministrare la giustizia applicando la regola generale al caso concreto...ciò comporta uno sforzo di preparazione tecnica, di conoscenza aggiornata dell’ordinamento, di attenta ricostruzione del fatto, di equilibrata mediazione tra gli interessi delle parti. ... “La fatica dei giusti” di Michele Vietti*

² Il Focusing è una risorsa naturale, scoperta dal professor Eugene Gendlin della University of Chicago, e non inventata. E’ un metodo che necessita di un training breve ma costante, una volta imparato permette di integrare gli aspetti del nostro sé personale con il nostro sé professionale creando una unione di intenti e di rispetto di se e dell’altro. In pratica permette di acquisire dalla nostra saggezza interna quelle sistemazioni comportamentali che sono necessarie ad affrontare il lavoro in maniera diversa e che sono del tutto soggettive....dal mio libro “IL FOCUSING E LA TEORIA PONTE “ Edizione Primiceri

bisogna provarlo per capire esattamente in cosa consiste e per questo riporterò come esempio due sessioni riservate tra mediatore e una delle parti.

Negli esempi sarà possibile vedere come il mediatore senza cercare di convincere, di consigliare, di aggiungere alcunché con un semplice e autentico ascolto può far emergere il reale bisogno nascosto dietro le pretese e agevolare la risoluzione del conflitto.

L'impulso "da combattere" è quello di dire la nostra, di riuscire a stare in silenzio ed è molto più difficile di quanto si pensi, perché è contrario al nostro modo automatico di operare.

Quando offriamo un certo tipo di interazione, la persona cambia in questa interazione, ma non cambia e basta...migliora...la vita può continuare a scorrere. Quindi dipende tutto dalla nostra predisposizione d'animo che deve essere reale e autentica, rivolta verso l'altro. Ed è un attitudine che necessita di un training e che deve essere allenata....

Primo esempio:

Una delle parti in una sessione separata confessa al mediatore...*ho paura di chiamarlo* (lei voleva estinguere a rate il suo debito ma lui per più di tre volte non l'aveva richiamata)...*ho paura di chiamarlo e non so perché!.....anche se mi sono detta che non ci rimetterei niente a chiamarlo di nuovo ...però, guardi....è più forte di me..... non riesco a chiamarlo!...*

Il mediatore, appositamente formato all'arte dell'ascolto autentico, può dire: *in prima battuta sembra anche a me che potrebbe riprovarci ...le propongo però di prendersi qualche minuto per riflettere in maniera calma e nuova sulla frasecosa ci rimetterei se lo chiamassi?.....* la parte dopo qualche minuto, facilitata dall'attenzione del mediatore, riesce a carpire il significato nascosto dietro il conflitto e il suo diniego ad onorare il debito, anche se a rate...*sa qualè il vero motivo? La differenza è che chiamarlo ancora ferirebbe il mio orgoglio!! E questo non lo posso permettere...*

Con un adeguata attenzione e rispetto, dopo pochi minuti, è emerso un dato reale sul quale il mediatore può lavorare facilitando, per esempio, l'incontro telefonico tra i due o in altro modo..... comunque ha ottenuto un qualcosa di diverso di meno oggettivo e più costruttivo sul quale impostare le basi per una conclusione positiva della mediazione.

Secondo esempio:

Una delle parti in una sessione separata spiega al mediatore ... *stanno trasformando lo stabile in cui vivo in appartamenti condominiali, e siamo costretti a traslocare. Mi fa molta rabbia sapere che non hanno cuore a sfrattarci e che lo fanno solo per aumentare le loro finanze, lucreanno molto sulla vendita degli appartamenti! Noi in questo modo perdiamo tutti i nostri punti di riferimento.....e poi in generale odio i traslochi.....non sono pronto a traslocare...*

Il mediatore... *mi rendo conto del problema e ci sarebbe molto da dire a proposito, però voglio proporle un qualcosa di diverso...lasciamo da parte tutte le ipotesi già note e concentriamoci per qualche minuto solo sul grande disagio che in questo momento prova... ..cerchi di descrivere questo disagio....*

La parte dopo qualche minuto...*bè...non sono pronto mi ha colto di sorpresa questo trasloco.....sa qualè la verità è che inizio ad essere un po' stanco per via della mia età e ho paura di non riuscire ad affrontare un trasloco...per trasportare gli oggetti pesanti...cosa dirà mi moglie quando lo scoprirà,....si accorgerà definitivamente che sono invecchiato... ..magari sembrerò ridicolo, ma per me è un problema reale...cioè in pratica mi preoccupa più questo che il resto....*

Ecco il bisogno nascosto dietro il conflitto! E' emerso facilmente con un adeguato atteggiamento del mediatore e cioè rispetto, attenzione e presenza.

Ora il mediatore ha delle notizie maggiori per facilitare la conclusione positiva della mediazione.

Dopo questi esempi appare evidente di come l'istituto della mediazione sia una vera e propria **opportunità di evoluzione personale, professionale del professionista**, che si traduce in una ricaduta positiva nell'intero sistema paese. Maggior responsabilità, meno conflitti e maggior benessere sociale!

L'attività e l'approfondimento dell'attività dell'ascolto diventa fondamentale per il professionista che promuove la mediazione quindi non solo per l'avvocato mediatore di diritto. Ecco che il professionista come intermediario tra le istituzioni e i cittadini fa un "salto", passa di livello nella scala dei valori sociali ...ha in mano la possibilità di migliorare la vita di molte persone e di conseguenza del tessuto sociale ed economico, visto il costo sociale del conflitto.

Il professionista può ascoltare e informare al meglio le persone riguardo la mediazione, rendendoli responsabili del loro conflitto e della propria vita. **I professionisti hanno in mano un potere e una responsabilità sociale: quella di migliorare la vita delle persone che si rivolgono a loro per risolvere un loro conflitto.**

Quindi, facilitare una istanza autoreferente, che si assume la responsabilità dei propri conflitti, ne vede l'origine, capisce il perché, non colpevolizza ma agisce, che diventa parte attiva, non delega, ma acquisisce nuovi punti di vista e a volte riesce anche a scoprire delle potenzialità!

Un nuovo modo di essere, responsabile e proattivo, ed è in questo contesto che si inserisce il metodo del Focusing, **come seme di crescita personale e professionale.**

Il counseling come aiuto formativo per una giustizia senza maiuscole, ma concretamente disponibile: un paradigma che presuppone un notevole grado di maturità civile e di coscienza civica....qualità che richiedono un ulteriore sforzo culturale e sociale. Questo sforzo, però, trae energia da una esigenza, una richiesta, un imperativo che "nasce dal basso" e quindi carico di motivazione, entusiasmo e convinzione. E' facile tra l'altro riscontrare tutto ciò nelle animate discussioni che popolano i social network!

Occorre sostituire la "cultura della decisione" con la "cultura del riconoscimento del bisogno della persona"...ed è questo bisogno che l'istituto della mediazione, a mio avviso, deve tutelare!

Dovunque e a qualunque altezza, artisti della professione

di Roberta Calabrò

*(Avvocato del foro di Roma, mediatore e formatore di ADR Center.
Attualmente è consulente presso l'ufficio legislativo di gruppo parlamentare –
commissione giustizia)*

Se sei un inguaribile appassionato di mediazione e se stai trascorrendo qualche giorno nella Grande Mela, viene da sé che ti ritroverai al 34° floor del grattacelo di Renzo Piano.

Magari, prima di salire, è il caso di verificare qualche conoscenza e la disponibilità di un mediatore a farti partecipare a una mediazione di Jams. Al predetto 36° piano, infatti, si trova la sede del più famoso network di mediazione del mondo, certamente noto a tutti gli “addetti ai lavori”.

Ottenuto l'appuntamento, prima di tutto verrai a contatto con l'elegantissima portineria del grattacelo. La portineria non somiglia esattamente alla stanzetta della sig.ra Pina che risponde sempre cordialmente a qualunque richiesta le venga formulata attraverso il vetro dell'androne di casa nostra; la portineria di questo edificio della 8th Ave è perfettamente coerente con la fantastica avventura cui il nostro inguaribile appassionato sta per partecipare: la reception del palazzo è maestosamente elegante e molto professionale; uno dei tre incaricati in divisa blu ti accoglie con determinata cortesia chiedendoti il nome che verrà prontamente riferito dentro uno scintillante telefono interno. Se non hai mentito sulle generalità o millantato appuntamenti non veritieri sarai raggiunto dal più smagliante dei sorrisi e, prontamente fornito di badge, gentilmente introdotto verso il corridoio degli ascensori.

Ne prenderai uno qualsiasi e quasi quasi ti dispiacerà non averne dovuto attendere l'arrivo. Il numero 34 è uno dei 52 disponibili e anche questo non potrà che strapparti un gratificato sorriso.

L'ascensione, manco a dirlo, è rapidissima e il nostro appassionato è ormai prossimo all'olimpico della mediazione.

L'apertura delle porte scintillanti immette in un nuovo corridoi dove il logo di Jams svetta a grandezza d'uomo riuscendo nel contempo a risultare discreto, quasi modesto perché qui è tutto grandioso.

La reception è enorme e l'arredamento minimalista è perfettamente adeguato; dietro una lama d'acqua - termine tecnico per definire una fontana che riversa acqua radente ad una parte di cristallo - si intravede una cucina a vista completa di pensili e mobili a terra, ampio bancone centrale, sgabelli disposti tutti alla stessa distanza l'uno dall'altro, armadio frigorifero, ripiano a parete su cui troneggiano macchinetta per bevande calde, cestino con cialde di vario genere, cestino con merendine dolci e salate.

Ma tu non siete qui per turismo, né per sollazzarti con domande del tipo: “perché una cucina in primo piano in quello che sappiamo essere il tempio della mediazione newyorkese?”. Tu

sei qui per partecipare a una mediazione multimilionaria tra una famosissima fondazione culturale e uno dei suoi studi legali.

Accettato dall'assistente con cui hai appuntamento, vieni introdotto nella sezione interna.

Per arrivarci avrai attraversato corridoi su cui si aprono, lungo il perimetro dell'edificio, sale - spaziose ma non dispersive - dall'arredamento sobrio ed elegante: tavolo rotondo, poltroncine, mobiletto e poco di più. Su ogni stanza si apre una vetrata da cielo a terra che ti fa sentire ancora più grande e grato di essere al 34° piano di un grattacelo di New York.

La sezione interna in cui incontri il tuo ospite è, invece, un ampio openspace suddiviso da paretine a mezz'altezza che contengono, a malapena, una piccola scrivania sommersa di carte.

Siete nell'antro operativo dei mediatori di Jams International dove i guru della negoziazione assistita preparano le loro sessioni con i clienti. Nessun lusso, nessuno sfarzo, nessuna posizione privilegiata: qui si leggono le carte e si fa qualche telefonata. Non si riceve nessuno e non ci si intrattiene; qui si leggono le carte e si fa qualche telefonata; stop.

In piedi, appoggiati alla paretina divisoria, bastano pochi minuti a Mr. David Alpine, il mediatore che ti riceve, per riassumere la vicenda oggetto della mediazione a cui stai per assistere. L'anfitrione cortese e sorridente che dirigerà le prossime memorabili ore non ti parla di diritti, non ti parla di obbligazioni inadempite, non ti mostra documenti. Piuttosto ti "racconta" chi sono le parti e i difensori che le affiancheranno oggi. Ti mette in guardia sul fatto che si tratta di una vicenda importante per entrambi segnalandoti un paio di motivi per cui ciascuno di loro avrà buone ragioni per mostrarsi rigido. Naturalmente non mancherà di sottolineare l'entità dell'oggetto del contendere: una parcella professionale da qualche milione di dollari.

Ed eccoci alla prima sorpresa procedurale: David ti anticipa che, prima di iniziare con la sessione congiunta, ha intenzione di incontrare separatamente le parti. Il semplice motivo è che pare che esse siano restie ad accettare il tentativo di mediazione e siano lì solo per avere quello che noi definiremmo "il verbale negativo".

Ebbene sì, il fatto di essere nel cuore della mediazione professionale anglosassone non rende affatto le cose più facili. Signore e signori, tutto il mondo è paese e, a quanto pare, il primo problema con cui il mediatore deve misurarsi anche nel bel mezzo dello skyline newyorkese, è la reticenza delle parti e dei loro consulenti ad accettare di partecipare alla procedura di mediazione.

Mr David Alpine ha un approccio morbidissimo, una breve introduzione come da manuale e la doverosa premessa che "non siamo qui per trovare necessariamente un accordo ma per valutare insieme la possibilità di sfruttare al meglio uno strumento che in altri casi si è dimostrato utile alle parti".

Questa fase propedeutica fatta di tre sessioni separate dura per oltre tre ore e sono le stesse parti ad entrare nel merito della vicenda e accettare l'idea che, male che vada, il tentativo di mediazione darà ad entrambe la misura delle rispettive potenze di fuoco, fatto assolutamente fondamentale per istruire al meglio una causa.

Si passa alla sessione congiunta e poi a quelle separate con estrema naturalezza e senza strappi; la conduzione è perfetta e le parti quasi non si accorgono che sono entrate nella procedura.

Ogni volta che uscite da una sessione David ti invita in una saletta adiacente alle stanze che accolgono le parti e si permette una breve riflessione su quanto ascoltato nella sessione separata appena intercorsa. Poche battute, la verifica insieme a te di aver ben compreso ciò che è stato detto o soltanto uno scambio di occhiate di intesa. Mai un giudizio, mai un commento nel merito.

Trascorrono le ore, le luci artificiali dentro e fuori dal grattacielo hanno lasciato il posto alla luce del sole e poi del tramonto. La giornata è quasi al termine.

A distanza di oltre due anni ricorderai come fosse oggi un commento che è il più bel esempio di empatia scevra da pregiudizi che avrai mai ascoltato: “Hanno entrambi forti ragioni”.

Per chi scrive non è importante cosa le parti si siano dette nel corso di una mediazione che è durata dalle 9 alle 18; capitava anche di distrarsi, di guardare attraverso la vetrata Manhattan che cambiava luce e capitava di pensare che a New York come a Roma, con parti illustri o sconosciute, povera o milionaria, la mediazione è una sottile e sofisticata esplorazione di potenzialità, studio di posizioni, utilizzo di tattiche.

Nel passaggio da una stanza all'altra, ad ora ormai avanzata, potrebbe accadere che il mediatore ti chieda cosa ne pensi della vicenda.

È una domanda semplice e forse avresti dovuto anche aspettartela. Ma, vuoi per l'altezza, vuoi per l'ebrezza, potrebbe accadere che la semplice domanda ti colga alla sprovvista e che la tua risposta sia: “I have no idea”.

Stupito per essertelo sentito dire, comprenderai che nella realtà, per quanto tu possa essere esperto e ne abbia viste di tutti i colori, la mediazione ti coglierà sempre di sorpresa e prima di ogni cosa richiederà la chiara consapevolezza che bisogna saper improvvisare perché le varianti sono veramente troppe e una casistica esaustiva e impossibile.

Ma sarai ancora più sorpreso quando il grande Mr. David Alpine, entrando nella stanza delle parti, di nuovo in sessione congiunta, esordirà raccontando di averti fatto quella domanda e di aver ricevuto quella risposta. E sulla divertita risata di tutti lo vedrai costruire la premessa per congedare i presenti non senza avere assicurato tutti sul fatto che, per quanto la mediazione sembri giunta al suo epilogo senza accordo - sintesi benevola e lungimirante del tuo ormai celebre “I have no idea” , il lavoro di disarmo delle ostilità, l' avvicinamento delle posizioni e la presa di coscienza della reciproche potenzialità potranno fornire riflessioni per le giornate future e, come ti avrà confidato David in uno dei passaggi intermedi, passi importanti per la costruzione di un probabile accordo fuori dalle eleganti sale di Jams.

A distanza di anni forse riuscirai a fare pace con la tua ingenua risposta e potrai trarre le conclusioni di una esperienza memorabile.

Comprenderai che la grandezza della location sin dall'impatto con la “portineria” ti ha introdotto gradualmente in una realtà che ti ha imposto contegno e serietà; che la “cucina a vista”, oltre che assolvere alla importante funzione di “sfamare” le parti senza interrompere la concentrazione, serve a creare la piacevole sensazione di “sentirsi a casa”; che la tanto

criticata fase prodromica può costituire una doverosa preparazione delle parti nei casi più difficili dove l'accettazione della procedura è meno scontata.

Ti sarà sempre più chiaro, infine, che non bisogna mai scoraggiarsi ma essere sempre consapevoli che il più gratificante degli epiloghi potrebbe non essere la norma e che le sottigliezze del lavoro del buon mediatore, quelle “pennellate da artista” che ciascuno di noi sa inventare sul più bello, saranno chiare solo a lui stesso anche se, nel suo intimo, il buon mediatore penserà sempre che qualcosa in più... chissà, forse avrebbe potuto fare la differenza.

È un lavoro meraviglioso. Buone pennellate a tutti.

Il Patrocinio a Spese dello Stato nella Mediazione Civile e Commerciale

di Paolo Fortunato Cuzzola

*(Avvocato, mediatore professionista e formatore teorico pratico ai sensi del
D.Lgs. 28/2010)*

1. Introduzione

Il “ Gratuito Patrocinio”, ovverosia il patrocinio a spese dello Stato, è un istituto giuridico previsto nell'ordinamento italiano dal testo unico in materia di spese di giustizia (DPR n. 115/2002 - artt. dal 74 al 141). Ha lo scopo di attuare l'art. 24 della Costituzione e garantire l'accesso al diritto di difesa a persone non in grado di sostenere le relative spese legali. Nel nostro ordinamento erano presenti due discipline generali: quella sul gratuito patrocinio nel processo civile (RD n. 3282/1923) e quella del patrocinio a spese dello Stato nel processo penale (L. 217/1990).

La L. 134/2001, aggiornando la L. 217/1990, oltre ad alcune modifiche relative al patrocinio nel processo penale ha riformato la disciplina della procedura di ammissione e degli effetti del beneficio nei processi diversi dal penale.

Per ciò che concerne gli effetti dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, occorre distinguere:

- **processo penale** (art. 107, 3° co. lett. c)): sono spese anticipate dall'erario le indennità di trasferta, i diritti, le spese di spedizione per le notifiche degli ufficiali giudiziari a richiesta d'ufficio o di parte;
- **procedimento civile** (art. 131, 5° co.): sono anticipate o prenotate a debito con le modalità dell'art. 33 T.U. per le notifiche a richiesta di parte le indennità di trasferta, i diritti e le spese di spedizione;

2. Requisiti

- Per essere ammessi al Patrocinio a spese dello Stato è necessario che il richiedente sia titolare di un reddito annuo imponibile, risultante dall'ultima dichiarazione, non superiore a euro 10.776,33 lordi.³
- Se l'interessato convive con il coniuge o con altri familiari, il reddito è costituito dalla somma dei redditi conseguiti nel medesimo periodo da ogni componente della famiglia, compreso l'istante.
- Quando vi è interesse di uno dei familiari nel contenzioso che sta nascendo, non si deve computare il suo reddito in sommatoria: il reddito per la determinazione del

³ [Importo aggiornato con Decreto 2/07/2012 del Ministero della Giustizia.](#)

rispetto della soglia di ammissibilità verrà calcolato facendo riferimento solo al richiedente ed agli altri eventuali familiari conviventi non in conflitto.⁴

- Chi è ammesso al patrocinio può nominare un difensore scelto tra gli iscritti negli elenchi degli avvocati per il patrocinio a spese dello Stato, istituiti presso i consigli dell'ordine del distretto di Corte d'appello nel quale ha sede il magistrato competente a conoscere del merito della causa o il magistrato dinanzi al quale pende il processo⁵.

3. Il c.d. gratuito patrocinio in mediazione

All'interno del D.lgs. 28/2010 all'art. 17 intitolato “*Risorse, regime tributario e indennità*” al comma 5 bis si legge testualmente: “*Quando la mediazione è condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell'articolo 5, comma 1-bis, ovvero è disposta dal giudice ai sensi dell'articolo 5, comma 2, del presente decreto, all'organismo non è dovuta alcuna indennità dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, ai sensi dell'articolo 76 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, e successive modificazioni. A tale fine la parte è tenuta a depositare presso l'organismo apposita dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, la cui sottoscrizione può essere autenticata dal medesimo mediatore, nonché a produrre, a pena di inammissibilità, se l'organismo lo richiede, la documentazione necessaria a comprovare la veridicità di quanto dichiarato*”⁶

Dubbi interpretativi sorgono in merito alla concreta applicabilità del c.d. gratuito patrocinio qualora si proceda ad una interpretazione sistematica del comma in esame con gli artt. 78 - Capo III ed 79, 80, 81 e 82 - Capo IV del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 recante il titolo Testo unico in materia di giustizia.

L'art. 78 - Istanza di Ammissione recita: “*L'interessato che si trova nelle condizioni indicate nell'articolo 76 può chiedere di essere ammesso al patrocinio in ogni stato e grado del processo.*

L'istanza è sottoscritta dall'interessato a pena di inammissibilità. La sottoscrizione è autenticata dal difensore, ovvero con le modalità di cui all'articolo 38, comma 3, del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445.”

La disposizione in esame prevede che si possa essere ammesso “*al patrocinio in ogni e stato e grado del processo*”.

La mediazione in quanto procedura A.D.R. è alternativa al processo e, ad ogni buon conto, non è una fase processuale ma uno strumento inibitorio della lite, ragion per cui nel momento del deposito dell'istanza di mediazione si è ancora in una fase stragiudiziale, e ciò potrebbe comportare una inapplicabilità dell'istituto del gratuito patrocinio alla procedura di mediazione.

⁴ [Manuale per la separazione ed il divorzio con il gratuito patrocinio](#)

⁵ [Guida Breve per l'Accesso al Gratuito Patrocinio in Creative Commons - III° Edizione.](#)

⁶ Comma inserito dall'art. 84, co. 1, lett. p), n. 2), [D.L. 21 giugno 2013, n. 69](#), convertito, con modificazioni, dalla [L. 9 agosto 2013, n. 98](#); per l'applicabilità di tale disposizione si veda il comma 2 dell' art. 84 del medesimo [D.L. n. 69/2013](#).

Stesso ragionamento si può formulare nell'ipotesi di mediazione c.d. delegata dal giudice: “..... ovvero è disposta dal giudice ai sensi dell'articolo 5, comma 2, del presente decreto” poiché anche in questo caso il rinvio in mediazione operato dal magistrato interviene in una fase pregiudiziale, benché il processo si sia incardinato, atteso che il magistrato procedente verifica alla prima udienza che la mediazione sia stata espletata, in difetto, senza avere compiuto alcuna attività processuale, domanda in mediazione.

Pertanto il mero richiamo all'art. 76 del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, e successive modificazioni operata dal legislatore, senza avere compiuto una modifica legislativa degli articoli in esame, provoca notevoli incertezze applicative della normativa sul patrocinio a spese dello Stato all'interno della procedura di mediazione.

Proseguendo nell'analisi esegetica dell'art. 17, comma 5 bis ulteriori problemi esegetici sorgono leggendo il passaggio: “A tale fine la parte è tenuta a depositare presso l'organismo apposita dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, la cui sottoscrizione può essere autenticata dal medesimo mediatore, nonché a produrre, a pena di inammissibilità, se l'organismo lo richiede, la documentazione necessaria a comprovare la veridicità di quanto dichiarato”

A tal proposito sorge un contrasto interpretativo con quanto disposto dall'art. 78 nella parte in cui prevede “..... La sottoscrizione è autenticata dal difensore, ovvero con le modalità di cui all'articolo 38, comma 3, del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445.”

La domanda sorge spontanea: Ma chi deve autenticare la firma ?

Nulla quaestio sul potere di autentica del legale di fiducia, ma attribuire un potere di autentica di una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà ad un soggetto, il mediatore, che non solo non è un pubblico ufficiale, ma non è autorizzato da nessuna norma di legge ad autenticare delle firme, lascia molto perplessi.

A ciò si aggiunga che il deposito dell'istanza di ammissione al gratuito patrocinio avviene contestualmente al deposito dell'istanza di mediazione presso la segreteria del Ente di Mediazione prescelto.

Per espressa previsione legislativa “All'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre trenta giorni dal deposito della domanda”⁷

Pertanto il mediatore “designato” non sarà mai presente all'atto del deposito dell'istanza, posto che la nomina è atto successivo al deposito, che la stessa incombe al Responsabile dell'organismo sulla scorta dei parametri fissati dal D.M. 145/2011 e della successiva Circolare Ministeriale: tutte ipotesi che rendono poco agevole una interpretazione lineare della normativa in oggetto.

Ulteriori dubbi interpretativi sulla concreta applicabilità della disciplina del c.d. gratuito patrocinio alla mediazione sorgono nell'ipotesi disciplinata dall'art. 80 - (Nomina del difensore) del sopracitato D.P.R.

⁷ Art. 8 – Procedimento – D.Lgs. 28/2010

L'articolo in esame dispone: *“Chi è ammesso al patrocinio può nominare un difensore scelto tra gli iscritti negli elenchi degli avvocati per il patrocinio a spese dello Stato, istituiti presso i consigli dell'ordine del distretto di corte di appello nel quale ha sede il magistrato competente a conoscere del merito o il magistrato davanti al quale pende il processo.”*

Alla luce di tale dettato normativo, in caso di istanza di mediazione soggetta a gratuito patrocinio, potrebbe rappresentarla solo *“un difensore scelto tra gli iscritti negli elenchi degli avvocati per il patrocinio a spese dello Stato, istituiti presso i consigli dell'ordine del distretto di corte di appello nel quale ha sede il magistrato competente a conoscere del merito o il magistrato davanti al quale pende il processo”*.

La legge di conversione del c.d. Decreto del fare⁸ ha previsto la competenza territoriale di uno degli organismi di mediazione avente sede nel luogo del giudice territorialmente competente per il corrispondente giudizio.

Allo stato sono sorti ulteriori problemi interpretativi circa la corretta individuazione dell'Ente di Mediazione competente territorialmente e tale circostanza ricade a cascata sulla possibilità dell'utente di operare una scelta corretta in ordine al nominativo del legale da designare.

Infine, se l'art. 17, comma 5 bis prevede espressamente che l'Ente di Mediazione, sia esso pubblico che privato, sono tenuti a svolgere il servizio di mediazione senza potere pretendere alcun compenso, nulla si prevede in ordine all'onorario ed alle spese del difensore, figura ormai necessaria nel procedimento di mediazione.

A tal proposito l'art. 82 al comma 1 del D.P.R. prevede che : *“L'onorario e le spese spettanti al difensore sono liquidati dall'autorità giudiziaria con decreto di pagamento, osservando la tariffa professionale in modo che, in ogni caso, non risultino superiori ai valori medi delle tariffe professionali vigenti relative ad onorari, diritti ed indennità, tenuto conto della natura dell'impegno professionale, in relazione all'incidenza degli atti assunti rispetto alla posizione processuale della persona difesa.”*

Le problematiche interpretative sono molteplici: quale autorità giudiziaria liquida l'onorario e le spese al difensore? Essendo la procedura di mediazione prevalentemente orale come fa il legale a giustificare la propria attività? Chi emette il decreto di pagamento?

Allo stato sono questi i vari quesiti che rimangono senza risposta poiché frutto di una normativa lacunosa ed approssimativa. A parere dello scrivente sarebbe bastato prevedere delle norme di raccordo al fine di integrare la normativa preesistente a quella attuale per fugare ogni dubbio interpretativo.

⁸ [L. 9 agosto 2013, n. 98](#)

La mediazione del fare – recenti esperienze di mediazione

Atti del convegno del 9 dicembre 2013: Generazione mediazione, la Giustizia cambia, e noi?

Organizzato dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Bari, unitamente alla rete ADRin ed al CIASU.

A cura di Dante Leonardi, avvocato in Bari e mediatore ADR Aequitas

Questo intervento si articolerà in due parti.

Preliminarmente, un'analisi secca sulla procedura di mediazione così come configurata nel decreto del fare; poi alcune esperienze ed opportunità; infine qualche commento e considerazione di carattere generale.

La mediazione del fare

Com'è noto il DL 69/13 (cd “decreto del fare”), convertito con Legge 98 del 20 agosto 2013, ha reintrodotto la condizione di procedibilità precedentemente dichiarata costituzionalmente illegittima a causa di un mero eccesso di delega.

Materie

Le materie oggetto di mediazione obbligatoria sono sempre le stesse: è uscita (per fortuna) l'infortunistica ed è entrata (opportunamente) la responsabilità sanitaria, oltre a quella medica. Rimangono le controversie in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

Non hanno considerato i legislatori le indicazioni che venivano sia dagli organismi privati che da alcune associazioni forensi, tra le quali ANF, sull'opportunità di inserire le controversie di competenza del tribunale delle imprese. In tal caso, infatti, i costi elevati della strada giurisdizionale e la circostanza che la controversia verta su di un rapporto ben determinato (e la mediazione funziona molto meglio nelle ipotesi di responsabilità contrattuale ed in quelle in cui il conflitto è all'interno di una comunità ristretta), avrebbero consigliato una maggiore apertura a soluzioni alternative.

Deposito dell'istanza, competenza territoriale

Il decreto del fare ha altresì introdotto il principio della territorialità. Prima, infatti, si poteva promuovere una mediazione ovunque in Italia, anche molto lontano dal foro competente. Adesso, invece la domanda dev'essere depositata presso un organismo nel luogo del giudice competente per la controversia. La circolare del 27 novembre ha definitivamente chiarito che

possiede tale requisito anche l'organismo che nel circondario del **tribunale competente** possiede una sede secondaria.

Pertanto non si fa riferimento alla competenza dei GdP, ma unicamente a quella del tribunale distrettuale. In pratica, Bari è competente su tutti i territori delle ex sezioni distaccate e dei GdP relativi.

Prima di esaminare che accade quando la domanda viene regolarmente depositata, vediamo un attimo cosa succede quando si cerca di aggirare l'obbligo.

Condizione di procedibilità e processo

Nel processo, l'improcedibilità può essere rilevata, d'ufficio o dalla parte, solo entro la prima udienza.

Se il giudice accoglie l'eccezione di improcedibilità, si limita a rinviare la causa ad altra udienza, disponendo di intraprendere nei quindici giorni la procedura di mediazione. Alla successiva udienza, le parti dovranno dimostrare di aver esperito il tentativo di mediazione, altrimenti il giudizio si estingue per sopravvenuta improcedibilità.

Il dott. Ruffino – magistrato della II sezione civile del tribunale di Bari - ha spiegato che i quindici giorni stabiliti dalla legge per intraprendere la procedura di mediazione non sono qualificati come “perentori”, per cui, all'udienza successiva, è sufficiente dimostrare di aver intrapreso la procedura di mediazione, anche oltre il predetto termine.

Il decreto del fare ha inserito la possibilità per il giudice di “ordinare” alle parti di andare in mediazione, e non più di “proporre” come avveniva nella precedente versione del DLGS 28/10.

In realtà, la nuova legge limita tale possibilità fino alla fase precedente la precisazione delle conclusioni. Detta limitazione rende lo strumento poco efficace ed efficiente. Il magistrato intervenuto ha infatti rilevato che, di fatto, il giudice esamina attentamente la questione solo quando se la riserva per la decisione. Potrebbe pertanto essere molto utile, in sede di calendario del processo, stabilire un'udienza filtro – prima della decisione e dopo la chiusura dell'istruttoria – onde valutare compiutamente possibilità alternative di risoluzione o composizione della controversia.

In ogni caso, con la nuova legge, se il giudice dispone la mediazione delegata, introduce automaticamente una nuova condizione di procedibilità. Difatti, se le parti non ottemperano, all'udienza successiva dovrà dichiarare il processo improcedibile, anche in grado di appello.

Con un recente provvedimento del Tribunale di Roma (ord. 5.12.2013, pubblicato sul Sole24ore on line), il giudice ha ritenuto di dover rimandare le parti in mediazione dopo che la fase obbligatoria si era chiusa per la mancata comparizione della parte invitata, ritenendo che mediazione obbligatoria e mediazione delegata siano due cose profondamente differenti e possano coesistere nel medesimo procedimento.

C'è da dire che, ovviamente, il giudice può demandare in mediazione anche controversie non rientranti nel comma 5-bis. In tal senso, la recente ord. Trib MI 29.10.2013, rel. Dott.

Buffone, che ha inviato in mediazione ex art. 5, comma 2, due coniugi che discutevano del mantenimento dei figli.

Condizione di procedibilità e primo incontro

Vediamo ora che accade quando la domanda viene correttamente introdotta.

La principale novità della “mediazione del fare” è la seguente.

Il primo incontro è costituito essenzialmente da due fasi: una, obbligatoria, in cui il mediatore si limita ad illustrare le caratteristiche e le opportunità del procedimento di mediazione; l'altra, eventuale e su base esclusivamente volontaria, in cui la mediazione, per così dire, entra nel vivo.

Per tale fase illustrativa la parte istante dovrà corrispondere solo i diritti di segreteria, pari a 40,00 euro più IVA, come chiarito dalla circolare del 27 novembre. Altrettanto farà la parte invitata.

All'esito di questa fase informativa il mediatore *“invita le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento”*.

Se le parti decidono di proseguire, s'impegnano a pagare l'intera indennità. Altrimenti non è dovuta alcun'altra somma all'organismo di mediazione e la condizione di procedibilità si considera superata.

La ratio dell'innovazione normativa è stata quella di non aggravare eccessivamente la posizione della parte che vuole assolutamente andare dinanzi al giudice se non c'è la minima possibilità di discutere di un accordo.

Se invece anche una sola delle parti vuole continuare, allora può passare alla seconda fase, magari chiedendo la proposta al mediatore, nel tentativo di far cambiare idea alla controparte.

In compenso, il legislatore agostano ha voluto fare in modo che nelle mediazioni il convenuto sia effettivamente presente nel maggior numero possibile di casi. Infatti, nella previgente norma, l'obbligo di pagare l'intera indennità da subito, dissuadeva non poche volte l'invitato. Per cui si aveva il contraddittorio completo solo nel 30% dei casi ed in quei casi, la percentuale di successi era piuttosto elevata (una media nazionale del 42%, con punte del 70-80% nei migliori organismi privati).

Nella nuova mediazione, se l'invitato si presenta al primo incontro, come detto, paga solo 40 euro più IVA, mentre se non compare, incorre in tutte le conseguenze previste dal comma 4-bis dell'art. 8, ovvero la valutazione del comportamento ex art. 116 cpc e la condanna al pagamento di un'indennità pari al contributo unificato a favore della cassa delle ammende. Per cui non comparire al primo incontro è davvero controproducente.

Prescrizione e decadenza

La domanda di mediazione interrompe la prescrizione anche nelle azioni potestative (laddove occorre la domanda giudiziale, ad es. revocatoria), può essere trascritta, e sospende la decadenza per tutto il periodo in cui dura la mediazione (anche se, su accordo delle parti,

dovesse protrarsi oltre i limiti di legge), fino al deposito del verbale. Il comma sesto dell'art. 5 precisa che l'effetto interruttivo si ha dal momento della comunicazione alle altre parti della domanda.

Per tal motivo, quando i colleghi chiedono informazioni sulle modalità per proporre istanze di mediazione e vi è un problema di decadenza imminente, consigliamo di inviare immediatamente essi stessi la domanda di mediazione alle controparti. Difatti l'organismo ha bisogno di qualche giorno per inserire la pratica nel gestionale nazionale, formare il collegio, fissare l'incontro ed inviare la convocazione vera e propria. Questo avviene molto spesso per l'impugnativa di delibera di assemblea condominiale.

Il procedimento vero e proprio

Le caratteristiche fondamentali del procedimento di mediazione sono la **riservatezza**, l'**inutilizzabilità** degli atti e dichiarazioni prodotte durante il procedimento e, fondamentale, il mancato rispetto del principio del contraddittorio e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Gli incontri possono anche svolgersi mediante **sessioni separate**, durante le quali il mediatore può sentire le parti in modo totalmente riservato, senza la presenza dell'altra parte. In pratica, tali sessioni sono utilissime per tantissimi motivi. Qui si scopre spesso il vero "interesse", ovvero il motivo concreto per cui si sta litigando, che spesso è molto lontano dalla pretesa che si vorrebbe far valere in giudizio.

La domanda introduttiva restringe il *thema decidendum* solo relativamente alla condizione di procedibilità. In realtà, in mediazione, si può parlare di tutto. Spesso intervengono **soggetti "ombra"**, che in un giudizio non possono neppure presentarsi. Alla fine, il parere di costoro può essere determinante. La libertà di forme e l'inutilizzabilità degli atti, consente di percorrere strade altrimenti impossibili.

Così come, d'altra parte, la presenza personale delle parti e la riservatezza consentono un'attività "maieutica" che si rivela fondamentale. Capire le ragioni della lite per arrivare a soluzioni condivise. Il mediatore, insieme ai consulenti ed alle stesse parti, non si limita a valutare le fattispecie, come avviene in giudizio, ma può mettere le mani nella vita reale, nel rapporto sottostante, nelle mille ragioni che caratterizzano una storia personale e di comunità. Per far questo occorre equilibrio, empatia, partecipazione emotiva. Strumenti che non sempre appartengono al bagaglio di un buon avvocato, ma che sicuramente ne fanno un avvocato migliore nel momento in cui vengono padroneggiati adeguatamente.

La durata della mediazione è stata contenuta nel limite massimo di tre mesi, derogabile su accordo tra le parti.

La proposta

Se non si riesce a trovare un accordo, il mediatore, come detto, può formulare una "proposta" ai sensi dell'art. 11, con gli effetti di cui all'art. 13. Prima di parlare degli effetti processuali, è utile chiarire cosa sia questa proposta.

Si tratta di uno strumento ibrido, poco amato dai puristi della *mediation* anglosassone. Difatti, senza l'accordo delle parti, il mediatore dismette i panni di "conciliatore" e diventa una sorta di arbitro: deve decidere la controversia.

Nella maggior parte dei casi, in realtà, abbiamo utilizzato la proposta per far cadere "l'ultima parete": il mediatore si rende conto che le parti sono piuttosto vicine e studia una soluzione che può essere condivisibile da entrambe. In alcuni casi, il mediatore ha chiesto, in sessione separata, le idee di ciascuna parte per la soluzione della lite, facendosi dare un range di soluzioni possibili. All'esito, ha sovrapposto i due range, individuando quella che avrebbe potuto essere una soluzione condivisibile da entrambi.

Ma è anche possibile una proposta senza indicazioni precise provenienti dalle parti. In quel caso, diventa quasi di puro diritto.

Se la richiesta di proposta è congiunta, il mediatore è obbligato a formularla. Le parti però non sono obbligate ad accettarla (anche se gli effetti processuali varranno poi per entrambe). Alla fine sono sempre loro che hanno l'ultima parola.

La proposta, infine, può consentire di limitare la discussione su un solo aspetto della controversia, o addirittura provocare una controproposta da una delle due parti sulla quale eventualmente riprendere la discussione.

Gli effetti processuali della proposta sono stabiliti dall'art. 13 che sostanzialmente stabilisce una forma specifica di responsabilità processuale aggravata. Per cui chi rifiuta una proposta che poi viene ripresa nella sentenza finale, verrà condannato al pagamento delle spese processuali, di quelle di mediazione e di un ulteriore somma pari al contributo unificato da versarsi in favore della cassa delle ammende.

Il verbale di accordo

Altra importante novità della mediazione 2.0 è l'immediata esecutività del verbale di accordo. Mentre prima, anche in caso di parti assistite dagli avvocati, il mediatore attestava la conformità dell'accordo alle norme imperative ed all'ordine pubblico e comunque l'esecutorietà era rimessa ad un provvedimento di omologa del Tribunale che aveva una funzione di controllo ulteriore e superiore, adesso l'omologa è prevista solo laddove il verbale di accordo sia stato sottoscritto unicamente dalle parti, senza l'ausilio dell'avvocato. Negli altri casi, l'accordo è immediatamente esecutivo. Anche per le spese dell'avvocato che assiste la parte in mediazione.

Sul punto, in sede di lavori preparatori, si è registrata una singolare convergenza tra i principali ODM nazionali e il CNF, che premeva per l'introduzione in Italia della cd "negoziante assistita" alla francese. Il compromesso è stato quello di passare sempre dall'ODM ma con un'efficacia esecutiva immediata.

D'altra parte, nel previgente regime, in alcuni casi le parti venivano all'ODM solo per formalizzare un accordo già trovato ed erano anche costrette ad omologarlo.

La possibilità di creare un titolo esecutivo immediato su accordo delle parti ha dato la stura ad una serie infinita di possibilità applicative. Difatti il contenuto dell'accordo può essere molto più vario di qualsiasi sentenza e più tutelato di un semplice contratto.

Agevolazioni fiscali

In ultimo, vi è da dire che la mediazione usufruisce di particolari agevolazioni fiscali: le somme sborsate per l'indennità di mediazione sono detraibili fino a 250 euro a parte, se l'accordo non riesce, e fino a 500 euro se invece l'accordo riesce. Infine, in caso di atto soggetto a registrazione, l'imposta di registro usufruisce di una franchigia fino a 50.000,00 euro, il che significa, ad esempio, che per il trasferimento di una seconda casa che vale 100.000 euro, non si pagheranno 5.000 di imposta di registro.

Esecutorietà e trascrivibilità – l'usucapione

Nel corso del convegno è emerso che gli accordi di mediazione non devono essere muniti di formula esecutiva. Gli accordi dovranno disporre obblighi chiari ed immediatamente eseguibili, dovranno chiarire la qualifica degli avvocati che lo sottoscrivono, eventuali penalità, somme di denaro ed obblighi di fare a cui le parti si sottopongono.

Per ciò che concerne la trascrizione, i notai intervenuti hanno chiarito che chiedere la trascrizione di un accordo meramente autenticato da un ufficiale giudiziario – come pure la legge dispone – può essere estremamente pericoloso per la sicurezza dei traffici immobiliari.

In realtà, in un atto a titolo derivativo, il notaio è tenuto a fare una serie di accertamenti a pena di nullità. E allora, o tali accertamenti li fa il mediatore (o direttamente la parte, con i suoi consulenti), oppure li deve fare un soggetto particolarmente qualificato, come il notaio. Ma è necessario un controllo del genere a pena di nullità (norme imperative).

In tal senso, il dott. Labriola ha suggerito di valutare protocolli tra notai e principali ODM per il contenimento delle spese e lo studio di prassi che rendano più rapide le operazioni preliminari.

La trascrizione dell'accordo che accerta l'usucapione, comporta qualche difficoltà in più.

L'unico strumento previsto nell'ordinamento per accertare l'esistenza di un diritto è la sentenza.

L'accordo circa l'esistenza di un'usucapione, secondo il notaio intervenuto – dott. Pantaleo, è in realtà una transazione in cui le parti dispongono dei propri diritti.

Pertanto la specifica disposizione in cui si è prevista la trascrivibilità di tali accordi è ultronea, in quanto specie del genere "transazioni".

Detto questo sulla "mediazione del fare", andiamo adesso a vedere alcuni casi pratici di mediazione.

Recenti esperienze di mediazione

Divisione ereditaria

Il cambio di *thema decidendum*

Una famiglia con undici fratelli doveva dividersi un appartamento di tre vani ed accessori in un quartiere popolare di Bari.

La difficoltà era che, dalla morte della madre, in quell'appartamento era sempre vissuto l'unico fratello non sposato, il quale aveva un modesto impiego al cimitero comunale, con il quale, sicuramente, non avrebbe potuto acquistare alcunché, nemmeno con l'undicesimo di casa cui aveva diritto.

Ad un certo punto, si è introdotto il seguente elemento: il fratello single era ormai grande, non si sarebbe mai sposato e, alla sua morte, la casa sarebbe stata comunque ereditata dagli altri fratelli e dai loro figli. Tale considerazione è servita per cambiare l'oggetto della domanda: da divisione pura e semplice, si è incominciato a discutere di come mantenere la cosa comune.

Così si è sviluppato un accordo che prevedeva un contratto di locazione pro quota, per i fratelli che volevano monetizzare, ed a titolo gratuito nei confronti degli altri, che venivano esentati da ogni spesa, anche straordinaria, con l'impegno a non vendere nessuna quota di appartamento, se non agli altri partecipanti alla comunione.

L'analisi del problema sottostante

Una mediazione tutt'ora in corso, con i due colleghi che assistono le due parti, anch'essi mediatori.

Conoscendo le tecniche e lo spirito del gioco, la discussione si è spostata su più livelli. In sostanza, è emerso che vi erano profondi rancori ed inimicizie tra il fratello grande ed il cognato (marito della sorella) che impedivano qualsiasi discussione. In particolare, impedivano alla nipote, figlia della sorella, di andare a trovare con tranquillità l'anziana nonna, che viveva presso lo zio. In mediazione, allora, abbiamo proposto di regolamentare il diritto di visita tra nonna e nipote, come fosse un coniuge non affidatario. Risolto questo problema, la discussione si è incanalata in binari più civili e, dopo aver sentito le proposte di soluzione di entrambe le parti in sessioni separate ed averle oggettivate facendo ricorso a parametri verificabili, è verosimile che si possa addivenire ad un accordo.

Diffamazione a mezzo stampa

È capitata una questione molto particolare ed interessante.

Un giornale a diffusione nazionale aveva scambiato l'immagine di un avvocato con quella del suo cliente, indicando, nell'occhiello di commento ad una grande fotografia, "il Sig. Tizio esce dal carcere" laddove, nella foto, era rappresentato il solo legale. In pratica, un errore di persona.

La vicenda ineriva ad uno scandalo molto importante, ripreso dalle testate di tutto il mondo.

Inoltre, nella specie, la pubblicazione era stata reiterata, non solo sul giornale, ma anche sul sito internet della testata. Dopo un tentativo di mediazione relativa alla sola pubblicazione cartacea, il danneggiato aveva intrapreso l'azione giudiziaria. Nell'atto di costituzione, il giornale aveva eccepito l'improcedibilità relativa alla pubblicazione on line. Il dott. Federici ha dato ragione all'impostazione del difensore del giornale ed ha mandato le parti in mediazione.

Dinanzi al mediatore, si è discusso molto di diritto. Dapprima della configurabilità di una fattispecie così particolare e successivamente della quantificazione del danno.

Com'è noto, gran parte delle pronunce che si occupano di diffamazione utilizzano criteri soggettivi, basati, fondamentalmente, sulla qualità dei danneggiati e su valutazioni equitative dei tribunali.

Si è invece scelto di privilegiare le poche pronunce che si sforzavano di oggettivare il criterio di liquidazione, considerando la diffusione dello stampato, i contatti del sito ed il potenziale guadagno dell'editore.

In tal modo, si è arrivati ad una forchetta – abbastanza ampia – di quantificazione del danno.

A questo punto, il mediatore ha ritenuto, previa autorizzazione delle parti, di formulare una proposta che, dopo ulteriori incontri e discussioni, è stata accettata.

Mediazione internazionale

In questo caso, le parti avevano già un accordo di massima. Serviva ottenere il verbale di accordo dinanzi al mediatore per avere un titolo esecutivo europeo. Il lavoro del mediatore è stato unicamente formale, di adattamento alle normative in vigore degli accordi già intrapresi dalle parti.

In sostanza, un'azienda di Bari cedeva in proprietà i macchinari per la produzione di sacchetti di plastica alla propria consociata bulgara – dove in effetti aveva da tempo trasferito la produzione – la quale scontava un credito con la commerciale cinese. In tal modo, la società italiana ha evitato di chiedere un pagamento alla società bulgara che sarebbe stato estremamente difficoltoso ottenere, ed in cambio ha ceduto dei beni che, in effetti, erano già a disposizione della medesima azienda, ricavando un credito che l'azienda bulgara aveva nei confronti della commerciale cinese, in parte già esistente, in parte mediante la cessione di guadagni futuri. Molte compensazioni sono state eseguite off shore con notevole risparmio per le aziende coinvolte. Una pronuncia di un tribunale locale, invece, a parte i problemi sulla giurisdizione in una triangolazione così complessa, avrebbe comportato un passaggio di capitali in Italia con notevoli problemi. In tal modo, invece, si è stipulato un semplice contratto, soggetto alle leggi dei luoghi dove sarà eseguito. Questi accordi, per divenire titoli esecutivi, devono tutt'ora essere omologati presso i tribunali del luogo dove devono essere eseguiti.

Mediazioni bancarie

La casistica sulle mediazioni bancarie è buona, nel senso che, laddove le banche compaiono e proseguono nella mediazione, l'accordo è stato raggiunto nella quasi totalità dei casi. Nell'unico caso di mediazione negativa, si è comunque raggiunto un risultato positivo per l'istante, come vedremo.

Per la verità, spesso le banche si affacciano, ovvero compaiono al primo incontro, chiedono una improbabile discovery e poi decidono di andare in giudizio.

Si tratta, per lo più, di mediazioni molto tecniche, nelle quali una buona perizia di parte aiuta non poco. Di solito, i grandi gruppi aderiscono e vengono in mediazione o con dei funzionari (anche via Skype) o, meglio, con i fiduciari locali. Le banche locali, purtroppo, non sono ancora adeguatamente organizzate per comprendere l'opportunità che le si prospetta.

Nell'unica mediazione negativa, in realtà, il mediatore ha “svoltato” la discussione come fosse una sorta di pre trial: si discuteva della mancata consegna di determinati titoli e del presunto danno causato. Da un'analisi attenta delle prove a disposizione dell'attore, per lo più in fase di sessione separata, lo stesso collega che difendeva la parte istante ha capito che l'azione si sarebbe rivelata infondata. La mediazione si è chiusa negativamente, ma il cittadino ha evitato inutili e costosi anni di causa. A volte, una discussione aperta con altri professionisti consente di avere uno sguardo più obiettivo sulla controversia, che non sempre si riesce ad ottenere nel chiuso dei nostri studi, dove, magari, ci si innamora di una tesi e poi è difficile scorgerne le pecche.

Discovery del contratto dissimulato

Il capostipite di una numerosa famiglia decide, ad un certo punto della sua vita, di acquistare le quote di una cooperativa edilizia.

Continua a pagare le quote di quello che, ad un certo punto, avrebbe dovuto trasformarsi in un appartamento, per molti anni, addirittura decenni.

Mentre ci si avvicinava alla realizzazione dell'investimento, il presidente della cooperativa gli contesta di aver perduto le caratteristiche per mantenere la qualità di socio, in quanto, nelle more, si era reso intestatario di un appartamento nel medesimo comune della cooperativa.

Il capostipite, allora, cede le quote ad un figlio, che si rende intestatario dell'appartamento, sottoscrivendo contestualmente una scrittura privata con gli altri fratelli in cui disponeva che l'appartamento sarebbe stato diviso tra tutti in parti uguali.

Negli anni trascorsi tra la sottoscrizione della scrittura privata, l'assegnazione definitiva dell'appartamento in favore del fratello prescelto ed oggi, si sono sviluppati debiti e crediti inerenti alla comunione.

Normalmente, per far emergere tali accordi ed arrivare ad un titolo trascrivibile, sarebbe stata necessaria una sentenza di accertamento o, in alternativa, un atto di disposizione che trasferisse i diritti nello stato attuale, riproducendo l'assetto pensato dal padre in un atto completamente nuovo.

Con la mediazione, invece, si può retroagire al momento della sottoscrizione della scrittura privata, o quanto meno dell'assegnazione, con effetti compensativi per le ulteriori poste, che in un atto di trasferimento puro e semplice avrebbero comportato problemi di giustificazione delle poste difficilmente superabili.

Si è proceduto ad un accordo di mediazione, con l'assistenza del notaio, che accertava i patti previsti nella scrittura privata, le spese, le compensazioni e l'assegnazione finale. L'atto è stato registrato con le agevolazioni fiscali previste dalla legge.

Subappalto

Un'azienda barese aveva ottenuto in subappalto alcuni lavori presso un ospedale da costruirsi vicino Milano.

L'appaltatore principale era un'importante Spa milanese che aveva contestato i lavori, dopo aver pagato circa 700.000 euro su un valore complessivo di circa 1.000.000.

In mediazione è venuto personalmente l'amministratore delegato della Spa, senza avvocato.

In sessione separata, il mediatore ha fatto rilevare che i difetti riscontrati erano davvero di poco conto, sembravano, più che altro "pretesti" per non pagare.

A quel punto l'amministratore ha candidamente confessato che la sua azienda era in grossa difficoltà per il mancato pagamento di ingenti crediti da parte della PA, tant'è che era allo studio un piano di ristrutturazione con un pool di banche. Ma allora, si è fatto notare, che senso ha andarsi ad impelagare in una causa lunga, difficile e costosa se il problema era solo recuperare tempo e liquidità? Così si è arrivati ad un accordo che prevedeva dilazioni ed un piccolo sconto e la rinuncia all'azione di vizi.

Questa mediazione ha anche un sequel importante, soprattutto per gli avvocati.

L'accordo si era concluso prevedendo che le spese del Collega che aveva difeso l'azienda barese (e che aveva avuto l'idea di andare in mediazione volontaria) sarebbero state ad esclusivo carico della sua cliente. Quest'ultima, nonostante il brillante risultato ottenuto in appena due incontri ed un totale di quindici giorni di lavoro, ha contestato la parcella presentata dal professionista.

Bene, il collega ha chiesto il parere di congruità al consiglio dell'Ordine utilizzando, come base, la fase preliminare e quella introduttiva del giudizio, ai massimi, aumentate del 40% per la conciliazione. Il consiglio ha emesso parere favorevole e gli è stata liquidata una parcella di € 10.000 + IVA e CPA che non sempre, al termine di lunghe cause, vengono riconosciute.

Conclusioni

In conclusione, praticare la mediazione ha consentito, a noi avvocati – mediatori, di sviluppare un approccio completamente nuovo alle controversie ed ai metodi di soluzione.

Un approccio che è servito tantissimo anche nella vita professionale.

Questa è una professionalità che va assolutamente aiutata, preservata e fatta crescere. L'incontro con un avvocato – mediatore può fare molto bene ad un Collega che vuole risolvere presto e bene una controversia e, magari, si trova dinanzi a clienti riottosi, a controparti pigre o difficili da prendere, agli stessi colleghi di controparte che non si adoperano correttamente per la soluzione pacifica.

Esercitare la fantasia in soluzioni *extra ordinem* serve a creare una giustizia più vicina alle esigenze del cittadino che, sempre più spesso, non vede la sentenza come una vera soluzione. Per i tempi, principalmente, ma anche perché la decisione della lite può distruggere un rapporto civile, umano o d'affari. E molto spesso il rapporto è molto più importante di qualsiasi lite.

In tal senso, lo sviluppo di una mediazione di assoluta qualità è nell'interesse di tutti. Così come è di estrema utilità il confronto con altre professionalità in sede di mediazione. Nel nostro organismo i mediatori non avvocati vanno sempre in comediazione con mediatori avvocati e spesso hanno trovato soluzioni tecniche che risolvevano in modo semplice problemi giuridici complessi.

Insomma, occorre un approccio più maturo alla controversia, in grado di risolvere il problema del cliente presto e bene. Nei momenti di crisi, la creatività è la risorsa più importante. La risposta alla domanda di giustizia non può essere solo quella giurisdizionale. Il cittadino che ha un problema, vuole, principalmente, che sia riconosciuto il suo diritto e tutelato il suo interesse. Che poi tale riconoscimento avvenga mediante una sentenza o un contratto, non importa. Anzi, l'ordine negoziato ha molte più probabilità di essere rispettato autonomamente dalle parti, perché prodotto da loro stesse. L'ordine dato, invece, viene spesso sentito come imposizione calata dall'alto e non aderente alla realtà. Rispettata perché esiste un corpus normativo, ma certamente non condivisa.

L'avvocatura si deve appropriare di questo nuovo approccio, ridiventare arbitra del proprio destino. Gli avvocati devono ritornare ad essere giureconsulti e non più tecnocrati della lite. Solo così potremmo ritrovare quel rapporto con il cliente che avevano i nostri padri, i quali si facevano davvero carico dei problemi dei loro assistiti, portandoli a soluzione, e non a morire in un limbo indefinito di attesa di una sentenza che arriverà, invariabilmente, quando le ragioni della lite si saranno ormai dimenticate.

La Mediazione Facoltativa. Le clausole contrattuali di mediazione e conciliazione: loro efficacia ed operatività

di Andrea Sirotti Gaudenzi

(Avvocato cassazionista e docente universitario. Patrocina innanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea e alla Corte europea dei diritti dell'Uomo. Direttore di Trattati giuridici, è autore di numerosi testi e collaboratore delle riviste del gruppo "Il Sole 24 Ore". Presidente del Centro Studi di diritto europeo delle telecomunicazioni, è responsabile scientifico dell'Istituto Nazionale per la Formazione Continua)

SOMMARIO: 1. La mediazione facoltativa - 1.1. Prolegomeni - 1.2. Le clausole di mediazione nella novella - 2. Valore ed efficacia delle clausole nell'analisi della giurisprudenza precedente al d. lgs. n. 28/2010 - 2.1. Natura delle clausole - 2.2. Il valore meramente obbligatorio delle clausole di mediazione - 2.3. Particolari ipotesi controverse - 2.4. Segue. Le clausole «multistep»

1. La mediazione facoltativa

1.1. Prolegomeni

Come noto, la mediazione è un procedimento che rappresenta un obbligo per le parti della lite solo nei casi elencati dal primo comma dell'art. 5 del d. lgs. n. 28/2010 e nell'ipotesi di avvio del procedimento di mediazione per ordine dell'Autorità giudiziaria. Tuttavia, come nel passato, le parti di una controversia possono decidere di rivolgersi ad un mediatore anche in ipotesi per le quali la mediazione non è condizione di procedibilità⁹.

Del resto, sono particolarmente diffuse (da vari anni) le clausole contrattuali che contemplano l'obbligo per le parti di rivolgersi ad un mediatore al fine di esperire il tentativo di conciliazione prima dell'avvio del giudizio¹⁰.

Nella pratica sono largamente utilizzate anche le clausole «multistep», ovvero le clausole compromissorie che prevedono il tentativo di conciliazione prima di dare avvio al giudizio arbitrale propriamente detto¹¹.

⁹ *Ex pluribus*: M. CARADONNA, *La mediazione civile: novità e dubbi interpretativi*, in *Corr. trib.*, 2010, fasc. 45, pag. 3792.

¹⁰ Sul tema: M. CURTI, *Profili processuali delle clausole di conciliazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, pag. 1039; F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Cedam, Padova, 2008, pagg. 373 e ss. Come rilevato da un risalente *dictum*, si tratta di «un accordo sulla comune utilizzazione di uno strumento conciliativo (...) allo scopo di consentire alle parti stesse una rapida definizione della lite» (Pret. Prato, 21 luglio 1987, in *Toscana lav. giur.*, 1988, pag. 373). Si rinvia altresì a: P. GIANNITI – R. PICCIONE, *La mediazione professionale nel sistema degli A.D.R.*, Utet, Torino, 2012, pagg. 179 e ss.

¹¹ In dottrina: M. RUBINO – SAMMARTANO, *International Arbitration, Law and Practice*, WK, London, 2001, pag. 39.

1.2. Le clausole di mediazione nella novella

Il quinto comma dell'art. 5 del d. lgs. n. 28/2010, tra le altre cose, si occupa del caso in cui la mediazione sia prevista dalla parti tramite una clausola di mediazione o conciliazione presente nel contratto, nello statuto o nell'atto costitutivo dell'ente, recuperando in parte quanto previsto dal d. lgs. n. 5/2003¹². Qualora il tentativo non risulti esperito, pur in presenza di tale clausola, «il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6»¹³. Sembra che tale previsione, tuttavia, non si riferisca a tutte le ipotesi di clausole di mediazione o di conciliazione¹⁴, ma solo a quelle in cui le parti richi amino la mediazione amministrata da un organismo di mediazione¹⁵.

Non si indica la “sanzione” prevista nel caso in cui alcuna delle parti non presenti la domanda di mediazione, ma sul punto appare possibile aderire alla tesi espressa da un illustre Autore¹⁶, il quale ritiene che l'inosservanza di tale prescrizione rappresenti un reale ostacolo alla prosecuzione del giudizio¹⁷.

Inoltre, un problema particolare si pone con riferimento alla «clausola multistep», alla quale non sembra potersi applicare quanto previsto dal quinto comma dell'art. 5, laddove appaia

¹² Il sesto comma dell'art. 60 prevedeva quanto segue: «qualora il contratto ovvero lo statuto della società prevedano una clausola di conciliazione e il tentativo non risulti esperito, il giudice, su istanza della parte interessata proposta nella prima difesa, dispone la sospensione del procedimento pendente davanti a lui fissando un termine di durata compresa tra trenta e sessanta giorni per il deposito dell'istanza di conciliazione davanti ad un organismo di conciliazione ovvero quello indicato dal contratto o dallo statuto. Il processo può essere riassunto dalla parte interessata se l'istanza di conciliazione non è depositata nel termine fissato. Se il tentativo non riesce, all'atto di riassunzione è allegato il verbale di cui al comma 2. In ogni caso, la causa di sospensione si intende cessata, a norma dell'art. 297, comma 1, c.p.c., decorsi sei mesi dal provvedimento di sospensione». Sul tema: P. BARTOLOMUCCI, *La clausola di conciliazione e il nuovo processo societario*, in *Dir. prat. soc.*, 2004, pag. 45.

¹³ Art. 5, comma quinto, d. lgs. n. 5/2010.

¹⁴ U. CARNEVALI, *La nuova mediazione civile*, in *Contratti*, 2010, fasc. 5, pag. 439

¹⁵ In tal senso: V. CUFFARO, *Spontaneità della conciliazione e obbligatorietà della mediazione*, in *Corr. mer.*, 2011, fasc. 1, pag. 5, il quale peraltro sottolinea che «la presenza di clausole conciliative o di preventivo accordo bonario determina una improcedibilità relativa, giacché solo alla parte è consentito di formulare l'eccezione, senza che il giudice possa rilevarla d'ufficio».

¹⁶ M. RUBINO – SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, sesta edizione, Cedam, Padova, 2010, pag. 17. Tale impostazione è confermata da C. BESSO (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, Giappichelli, Torino, 2010, pag. 331; P. GIANNITI – R. PICCIONE, *La mediazione professionale nel sistema degli A.D.R.*, cit., pag. 179.

¹⁷ Incidentalmente, si rinvia ad un *dictum* contenente interessanti epifanie: Trib. Milano, 17 luglio 2009, in *Trust*, 2009, fasc. 6, pag. 649. La dottrina evidenzia che «la clausola di mediazione diventa oggi previsione avente carattere obbligatorio e determina la sospensione (seppur temporanea) del processo instaurato in violazione della stessa» (P. GIANNITI – R. PICCIONE, *La mediazione professionale nel sistema degli A.D.R.*, cit., pag. 179).

chiara la comune volontà delle parti di affidare il tentativo di conciliazione allo stesso arbitro, anziché ad un diverso mediatore¹⁸.

2. Valore ed efficacia delle clausole nell'analisi della giurisprudenza precedente al D. Lgs. n. 28/2010

2.1. Natura delle clausole

In passato, la giurisprudenza di Cassazione si è occupata della natura delle cd. «clausole di mediazione o di conciliazione»¹⁹. Tali clausole, con la quale le parti conferiscano ad un terzo il solo incarico di esperire un tentativo di conciliazione, per le eventuali controversie che insorgano sull'interpretazione e sull'esecuzione di un determinato contratto, non implicano affatto rinuncia alla tutela giurisdizionale²⁰. A questo proposito, si deve evidenziare la netta distinzione rispetto alla diversa ipotesi di compromesso per arbitrato irrituale (in cui il terzo ha il compito di definire la contesa in via transattiva con effetto vincolante per i contraenti)²¹. Sulla base di tali premesse, si giungeva ad affermare che il mancato esperimento del tentativo previsto pattiziamente non fosse affatto di ostacolo alla proponibilità e procedibilità dell'azione giudiziaria²². Pertanto, secondo la (diffusa) opinione passata²³, il mancato esperimento del tentativo di conciliazione non avrebbe comportato l'improcedibilità, neppure temporanea²⁴, dell'azione giudiziaria promossa senza il previo esperimento del concordato tentativo di conciliazione²⁵.

Conseguenza di tale impostazione è che la clausola di mediazione o conciliazione, prima della riforma²⁶, non potesse essere ritenuta vessatoria ai sensi dell'art. 1341 c.c.²⁷ (o abusiva

¹⁸ Si veda: U. CARNEVALI, *op. cit.*, pag. 439.

¹⁹ L'argomento è stato più ampiamente trattato in R. BARBERIO - D. LUPO - A. SIROTTI GAUDENZI, *Mediazione e conciliazione delle liti*, Experta, Forlì, 2011.

²⁰ Cass. civ., sez. I, 3 dicembre 1987, n. 8983, in *Mass. Foro it.*, 1987.

²¹ In effetti, la decisione, di natura negoziale, che li conclude è sfornita dell'elemento che caratterizza l'arbitrato rituale, ossia l'attitudine a divenire "sentenza" a seguito del deposito del lodo. Tuttavia, rispetto al procedimento di mediazione, è pur presente un qualche elemento decisorio (Cass. civ., sez. I, 28 aprile 2010, n. 10221, in *Mass. Foro it.*, 2010).

²² Cass. civ., sez. I, 3 dicembre 1987, n. 8983, cit.

²³ Si richiama: A. CASTAGNOLA - F. DELFINI, *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, Cedam, Padova, 2010, pag. 108.

²⁴ M. CURTI, *Obbligatorietà e pregiudizialità delle clausole di conciliazione*, in *Foro pad.*, 1999, I, col. 235. Si veda inoltre: I PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Società*, 2010, fasc. 5, pag. 619.

²⁵ Cass. civ., sez. I, 3 dicembre 1987, n. 8983, cit.

²⁶ Sugli effetti della novella del 2010, in particolare, cfr.: C. BESSO (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, cit., pag. 331

²⁷ Sul tema, si richiama l'eccellente intervento di P. BARTOLOMUCCI, *Arbitrato e conciliazione nelle controversie del consumo, pulitintorie e turismo*, in A. BUONFRATE - C. GIOVANNUCCI ORLANDI (a cura di), *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, Utet, Torino, 2006, pag. 283 (in particolare, si vedano le pagg. 292 e ss.).

ai sensi delle disposizioni ospitate dal cd. «codice del consumo»²⁸), in quanto non derogativa della competenza, né contenente ostacoli reali alla proposizione della domanda giudiziaria²⁹.

2.2. Il valore meramente obbligatorio delle clausole di mediazione

Anche recentemente, la Suprema Corte³⁰ ha evidenziato che l'inosservanza di clausole contrattuali che impongano alle parti, prima di promuovere l'azione giudiziaria, l'esperimento di un tentativo di amichevole componimento della lite non comportano l'improcedibilità, neppure temporanea, dell'azione giudiziaria promossa senza aver ottemperato all'obbligo previsto, dato che tali clausole non implicano una rinuncia alla tutela giurisdizionale³¹. Pertanto, prima della novella del 2010, si tendeva ad affermare esclusivamente che l'inosservanza del patto potesse determinare, fra le parti, conseguenze di carattere «sostanziale», quale l'obbligazione del risarcimento del danno eventualmente

²⁸ Cfr.: P. BARTOLOMUCCI, *La clausola di conciliazione nei contratti dei consumatori tra vessatorietà e garanzia di accesso alla giustizia*, in *Contratti*, 2003, fasc. 1, pag. 101.

²⁹ Infatti, la clausola di limitazione delle azioni giudiziali, quantomeno sotto il profilo temporale è stata reputata abusiva *iuris et de iure* ai sensi dell'art. 1469 *quinquies*, secondo comma, n. 2, c.c. (oggi art. 36, secondo comma, n. 2, del codice del consumo). Pertanto, se la clausola fosse così interpretata, dovrebbe esserne rilevata d'ufficio l'inefficacia e/o la nullità, con la conseguenza che l'azione spiegata sarebbe comunque proponibile (Trib. Taranto, sez. Ginosa, 25 novembre 2008, in *Platinum*, 2013; Trib. Lamezia Terme, 23 dicembre 2009, *ivi*, 2011).

³⁰ Cass. civ. Sez. III, 28 novembre 2008, n. 28402, in *Imm. e propr.*, 2009, fasc. 2, pag. 117. La decisione della Suprema Corte è stata richiamata recentemente da: Trib. Torre Annunziata, 30 maggio 2013, inedita (secondo cui «costituisce (...) orientamento giurisprudenziale consolidato che il patto che preveda l'obbligo di esperire il tentativo di amichevole composizione di una lite non comporta alcuna preclusione all'esercizio dell'azione giudiziaria, atteso che i presupposti processuali per la validità del procedimento, rispondendo ad esigenze di ordine pubblico, possono trovare ragione di sussistenza soltanto nella legge e non nell'autonomia privata, per cui soltanto il legislatore può derogare al principio del libero ed incondizionato esercizio dell'azione civile, ove non ricorra un patto compromissorio o una rinuncia all'azione stessa, e imporre condizioni di procedibilità»). Naturalmente, il *dictum* reso dal Giudice campano si riferisca ad una clausola inserita in un contratto precedente all'entrata in vigore della riforma del 2010.

³¹ Nell'occasione la Suprema Corte ha evidenziato quanto segue: «è indubbio che una previsione contrattuale non possa mai precludere l'esercizio di un'azione giudiziaria, ma nulla osta a che una previsione contrattuale possa, invece, differire nel tempo l'esercizio dell'azione stessa, come nel caso di specie, subordinando quest'ultima all'infruttuoso esperimento del tentativo di conciliazione. Se la legge ordinaria è una fonte idonea a istituire tentativi obbligatori di conciliazione, anche il contratto, nella misura in cui tra le parti ha forza di legge, deve reputarsi una fonte del diritto altrettanto idonea. La previsione del tentativo di conciliazione, legale o volontaria, non solo non contrasta con la Costituzione, ma addirittura risulta conforme alla stessa (...). Inoltre, soppesando da un lato l'interesse generale a perseguire tutte le strade che possano portare a un contenimento del contenzioso giudiziario e dall'altro l'altrettanto preminente interesse a non sopprimere i mezzi di tutela giurisdizionale ordinaria, dovrebbe attribuirsi prevalenza al primo dal momento che questo non implica una rinuncia definitiva al secondo ma semplicemente un differimento cronologico, nell'interesse dello stesso asserito titolare del diritto che si intende far valere».

prodotto³², ma non avesse rilevanza nell'ordinamento processuale³³, tanto da spingere un'autorevole voce a coniare un ὀξύμωρον, definendo la clausola una ipotesi di «mediazione «facoltativamente obbligatoria»³⁴.

2.3. Particolari ipotesi controverse

Nel 2001 la Suprema Corte ha affermato che non ci si deve limitare al *nomen* imposto dalle parti, dovendosi effettuare un'analisi in senso soggettivo delle previsioni contrattuali³⁵.

E' bene, infatti, evidenziare che quella che viene indicata come «clausola compromissoria» sia in realtà una clausola con cui le parti si impegnano ad esperire un tentativo di conciliazione. Nel caso concreto si era analizzata una clausola contenuta in un contratto che prevedeva quanto segue: «per tutte le controversie resta incaricata una commissione di arbitrato che dovrà essere composta dal presidente del tribunale o da un suo delegato, da un tecnico di un ente territoriale e da un tecnico di parte; resta convenuto che per adire la magistratura ordinaria dovrà comunque essere esperito il tentativo dell'arbitrato»³⁶.

I Giudici della Suprema Corte, a tal proposito, hanno affermato che una clausola del genere «non configura un vero e proprio arbitrato, rituale o irrituale»³⁷. La stessa, infatti, non può che essere interpretata nel senso che le parti abbiano previsto una specie di tentativo di conciliazione, sulla base della proposta formulata dalla commissione³⁸, prima di potersi rivolgere al giudice secondo le regole ordinarie.

³² Difficilmente configurabile, peraltro, secondo attente voci (M. CICOGNA – G. DI RAGO – G. N. GIUDICE, *Manuale delle tecniche di mediazione nella nuova conciliazione*, Maggioli, Rimini, pag. 375, i quali si riportano all'esperienza anglosassone. Sul tema, si rinvia a: Trib. San Remo, 27 agosto 1998, in *Foro pad.*, 1999, I, col. 234.

³³ Cass. civ., sez. III, 17 dicembre 1986, n. 7626, in *Rass. equo canone*, 1987, pag. 193.

³⁴ *Sic*: F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, cit., pag. 373.

³⁵ Cass. civ., sez. I, 27 gennaio 2001, n. 1191, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, pag. 13, con nota di M. CURTI.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ La formula esaminata, considerata nel suo complesso, fa emergere chiaramente che le parti non hanno voluto rinunciare alla tutela giurisdizionale, ma solo prevedere, prima di poter adire il giudice ordinario, un fase di carattere obbligatorio, finalizzata alla ricerca di una soluzione extragiudiziale della controversia. Nell'espressione «tentativo di arbitrato», utilizzata nella clausola, il termine arbitrato è evidentemente usato non nel suo significato tecnico, atteso che l'arbitrato comporta una rinuncia alla tutela giurisdizionale, avendo una funzione sostitutiva rispetto ad essa. Dato che le parti hanno voluto mantenere la possibilità di adire la magistratura ordinaria, deve escludersi che la clausola in questione configuri un vero e proprio arbitrato, rituale o irrituale (Cass. civ., sez. I, 27 gennaio 2001, n. 1191, cit.).

³⁸ O, *rectius*, dal collegio arbitrale.

2.4. Segue. Le clausole «multistep»

Come anticipato³⁹, si stanno diffondendo le clausole compromissorie che prevedono l'esperimento di un tentativo di conciliazione prima dell'inizio del giudizio arbitrale⁴⁰.

Il modello, di derivazione anglosassone⁴¹, si è affermato anche nel nostro Paese⁴². Ad esempio, la Camera arbitrale di Milano ha elaborato una clausola *standard* che prevede la "tappa" obbligatoria della mediazione, prima di instaurare il giudizio innanzi agli arbitri⁴³.

Analizzando le istituzioni arbitrali di respiro internazionale, si segnala che la Corte arbitrale europea ha predisposto una clausola «multistep» particolarmente completa, che può offrire garanzie, grazie al rinvio ad un regolamento noto per la sua efficacia⁴⁴.

³⁹ Si rinvia al par. 1.1. di questo Capitolo.

⁴⁰ ISDACI, *Terzo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, Global Print, Milano, pag. 165.

⁴¹ Negli U.S.A., ad esempio, si parla, quindi, di *sequence* di formule di «ADR» (M. RUBINO – SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., pag. 31).

⁴² Incidentalmente: F. CARBONE, *Introduzione alla conciliazione*, in *Temi rom.*, 2005, fasc. 3, pag. 139.

⁴³ Si veda la clausola «multistep» della Camera arbitrale di Milano del seguente tenore: «Le parti sottoporranno le controversie derivanti dal presente contratto al tentativo di conciliazione previsto dal Servizio di conciliazione della Camera arbitrale di Milano. Nel caso in cui il tentativo fallisca, le controversie derivanti dal presente contratto o in relazione allo stesso, saranno risolte mediante arbitrato secondo il Regolamento della Camera arbitrale di Milano, da un arbitro unico/tre arbitri, nominato/i in conformità a tale Regolamento». Anche la Camera di Commercio di Firenze ha predisposto, sin dall'entrata in vigore del d. lgs. n. 5/2003, alcuni modelli, utilizzabili soprattutto nell'ambito delle controversie societarie.

⁴⁴ Questo è il testo: «Any dispute between the parties relating to or arising from this contract shall be submitted to a procedure of mediation conducted by a sole mediator, appointed and proceeding in accordance with the Mediation Rules of this body by the local branch – if any – of the Mediation Centre for Europe, the Mediterranean and the Middle East having its seat in Strasbourg, which Rules are in force at the date of filing of the application for mediation. In the event of the mediation proceedings not taking place or being unsuccessful, any dispute arising from said relationships between the parties shall be determined in accordance with the Arbitration Rules and the Internal Rules of the European Court of Arbitration – being part of the European Centre of Arbitration having its seat at Strasbourg (in force at the time the application for arbitration is filed), with right to appeal – unless forbidden by the applicable procedural law – including for wrong choice of the substantive law and or for errors of substantive law and errors of fact, by way of rehearing by an appellate arbitral tribunal (if so allowed by the applicable procedural law), of which adoption of this clause constitutes acceptance. The arbitration proceedings will be conducted according to the provisions of the said Rules by a sole arbitrator who will be appointed, if the dispute is domestic, by the local Chapter – if any – of the European Court of Arbitration and in the absence of a local Chapter, as well as to all non domestic disputes, by the Central Registrar competent for that area: Strasbourg for Northern and Central Europe ; Valencia for disputes between parties belonging even one of them to Southern Europe, the Mediterranean and the Middle East (as to France, the Department of Provence, Alpes, Côte d'Azur, les Bouches du Rhône, Var, Roussillon and

Languedoc) Portugal, the Balkans, Romania, Bulgaria, Ukraine, the Black Sea and in general all the countries of Eastern Europe. The parties undertake to keep, and to cause their Counsel, advisors, managers, employees and agents to keep strictly confidential the dispute, the facts, the documents, the evidence and the award. The parties agree to conduct and to cause their Counsel to conduct themselves in a manner which limits the duration of the proceedings to six months, and to avoid the production of documents and the calling of witnesses who are unnecessary or irrelevant, restraining motion practices, avoiding delays, vexatious or repetitive conduct and in general any overlawyering and accepting to pay to the other parties all legal costs caused by a breach of such commitment, even in cause of final success in the dispute. Each party further undertakes to promptly reimburse the other parties which should pay its share of any advance requested by the European Court of Arbitration or by its local competent Chapter – if any – for the proceedings and to recognise that the other parties shall be entitled to an ex parte summary judgment, or other summary proceedings, against it for such repayment. The parties request the arbitrator to issue as soon as possible an interim award for the part of a claim or cross claim which is undisputed or manifestly grounded».

Togliamo la toga

di Maria Cristina Biolchini

(Avvocato, mediatore professionista presso l'Organismo di mediazione forense di Roma, vicepresidente del Comitato ADR & Mediazione, responsabile dei rapporti istituzionali del Progetto mediazione dell'Ordine Avvocati di Roma.)

In questi ultimi tempi ho partecipato ad una serie di convegni sulle nuove norme relative alla mediazione nella duplice veste di ascoltatore e relatore.

Abbiamo iniziato a settembre, commentando il decreto “del fare” per arrivare alla fine di questi tre mesi ad occuparci della circolare “interpretativa” del Ministero della Giustizia del 27 novembre e della circolare del CNF del 6 dicembre, entrambe dedicate a chiarire gli aspetti ambigui del novellato decreto 28/10.

La valutazione generale che si è potuta trarre da tutte le riflessioni fatte in quelle occasioni è che l'istituto della mediazione civile e commerciale è stato profondamente modificato, pur mantenendo l'ossatura originaria del decreto prima versione, ed è stato modificato in modo da esasperarne la processualizzazione, già in parte resa necessaria dall'introduzione dell'obbligatorietà sull'impianto della mediazione facoltativa.

Un esempio tra tanti: l'inserimento della competenza territoriale, esclusa nella prima versione del decreto. Precedentemente qualsiasi organismo sul territorio nazionale poteva essere scelto per la presentazione della domanda di mediazione, anche se la parte chiamata era residente o aveva sede da tutt'altra parte. Apparentemente il chiamato era nella posizione o di non aderire e sopportarne le conseguenze sanzionatorie sul piano giudiziario, o di sottoporsi a uno scomodo spostamento. Per ciò l'introduzione del criterio della competenza. Nella pratica però, la distanza dell'organismo di mediazione costituiva giusto motivo di mancata presenza, accettato dal giudice per non sanzionare la parte assente in mediazione. Quello della competenza territoriale era quindi un falso problema. Anzi, nella precedente normativa non ne era stata volutamente prevista la regolamentazione per non rischiare eccessive lungaggini in caso di contestazioni sul rispetto della competenza. Contestazioni che ora, con la previsione dell'art.4 novellato, si dovranno necessariamente avanzare in giudizio, dato che non si può ricorrere al regolamento di competenza “pre - giudiziale”. La libertà di competenza era stata prevista anche per non pregiudicare la parte debole di un rapporto contrattuale che volesse chiamare in mediazione una grossa società con sede legale lontana, ma capillarmente presente sul territorio con sedi commerciali.

Oggi la norma ci dice invece che l'organismo prescelto deve essere situato nel luogo del giudice territorialmente competente, e per individuare esattamente il “luogo” ci si deve domandare se si tratta di Giudice di Pace o di Tribunale, quindi coordinare la competenza per materia a quella per valore per stabilire se si parla di territorio come “mandamento” o territorio come “circondario”. In più e' stata sancita la competenza territoriale per tutte le mediazioni e non solo per quelle sulle materie per cui vi e' la condizione di procedibilità, dato che l'articolo 4 del decreto che la introduce e disciplina, fa riferimento all'art. 2, che parla di

diritti disponibili. Per la mediazione delegata l'ambito territoriale della competenza dovrebbe invece coincidere con "il distretto", dato che le parti possono essere inviate in mediazione anche in sede d'appello. Se l'organismo scelto ha sede principale e sedi secondarie, si può scegliere la sede secondaria situata nel "luogo" del giudice territorialmente competente, o almeno così interpreta la circolare ministeriale citata.

In ambito commerciale e industriale l'introduzione del criterio della competenza risulta penalizzante, poiché le aziende che vogliono adottare la clausola di mediazione nei propri contratti standard non potranno indicare un organismo di propria fiducia, anche se presente sul territorio con molte sedi secondarie, perché comunque nessun organismo è sicuramente ovunque sul territorio. La norma potrebbe così scoraggiare l'adozione della clausola in questo tipo di contratti, con la conseguenza di mancare l'obiettivo di contribuire alla risalita dell'Italia come partner commercialmente più appetibile a livello internazionale.

Anche se ancora marginale, nel discorso sulla competenza territoriale va citata l'ODR, la procedura di mediazione on line. Qui la previsione legislativa si scontra con la modernità e crea qualche problema; diviene necessario il deposito dell'istanza presso un organismo territorialmente competente e, a seguito dell'adesione del chiamato, va verificato e raccolto il consenso a svolgere on line la procedura, con deroga congiunta alla competenza territoriale.

Come si è visto, anche questa sola, tra tutte le modifiche al decreto operate in chiave processualistica, comporta le complicazioni procedurali suddette e altre ancora. La maggior parte delle norme introdotte nella nuova versione del decreto creano altrettanti problemi e richiedono analoghe considerazioni per essere correttamente applicate.

Il dato di fatto inoppugnabile è che con la legge n.98/13 abbiamo assistito ad una operazione di chirurgia legislativa volta a trasformare l'istituto in modo da renderlo controllabile, "attesa la sua strettissima correlazione con l'attività giurisdizionale", e che svolge "una funzione tanto delicata da potersi definire paragiurisdizionale".

La mediazione della quarta "stagione" appare così un ibrido, nel cui contesto opera l'avvocato nella duplice veste di mediatore – di diritto - e di assistente – obbligatorio – delle parti in mediazione. Noi avvocati abbiamo acquisito con la formazione universitaria una struttura mentale fortemente condizionata in senso formale, consolidata con la pratica lavorativa. Siamo portati alla competizione, spesso anzi il conflitto esalta le nostre prestazioni, molti di noi hanno la convinzione che più sappiamo combattere più veniamo stimati e raccomandati. Grazie a queste qualità e ai poteri che questa normativa ci attribuisce in entrambi i ruoli chiave del procedimento, possiamo condizionarne gli esiti.

Per contribuire al processo di modernizzazione del conflitto e non aggravare la processualizzazione dell'istituto dobbiamo toglierci metaforicamente la toga. In veste di mediatori dobbiamo introdurre alle parti la mediazione enfatizzando le opportunità che questa modalità di gestione delle controversie offre loro e dando particolare risalto alle opportunità di prendere consapevolezza dei singoli interessi.

Ogni azione e sforzo del mediatore devono essere orientati a ristabilire la comunicazione tra le parti, guidandole nella ricerca di un'alleanza nei confronti del comune problema, creando opportunità non considerate prima e disinnescando future analoghe questioni. Va dedicato il giusto tempo a descrivere il nostro ruolo chiaramente, così da assicurare le parti sul loro

effettivo ruolo di protagonisti delle decisioni. Le parti saranno ascoltate e potranno aprirsi anche confidenzialmente con il mediatore, senza timore che quanto diranno sarà utilizzato contro di loro o per giudicarli o sarà divulgato all'altro o a terzi. Solo in seguito potrà avvenire l'illustrazione della possibilità di evitare il contenzioso giudiziario - con il corollario di frustrazioni, di stress emotivo e di perdita di tempo e denaro che ciò comporta - accompagnata dalla valorizzazione del ruolo che gli assistenti legali possono rivestire coadiuvando l'opera. Per riuscire in questo c'è bisogno di esercitare l'ascolto attivo, scoprendo l'interesse concreto alla comprensione delle persone che abbiamo davanti, tacitando il radicato talento legale all'elaborazione contestuale di soluzioni possibili.

In veste di assistente legale alla parte in mediazione l'avvocato ha il dovere deontologico di prepararla e prepararsi all'incontro con il mediatore e con l'altra parte. E' conveniente farlo illustrando al nostro assistito qual è il ruolo dell'avvocato in mediazione e quali le profonde differenze con il ruolo che riveste in giudizio; va illustrata e chiarita la necessità dell'abbandono della contrapposizione e della competizione, altrimenti l'assistito può pensarsi tradito o considerare il proprio legale scarsamente incisivo e quindi meno efficace.

L'assistito dovrà prendere consapevolezza che la soluzione che potrà trovare con la partecipazione alla mediazione sarà a prescindere dalla sue buone ragioni e diritti, ma che potrà compararla a quanto otterrebbe intentando causa. Dovrà essere rassicurato sul fatto che sarà messo in grado di valutare a pieno le opportunità che si presentano ragionando alla pari, senza la presenza incombente di qualcuno che può giudicare e decidere al suo posto e sulla sua testa. Garantiamolo sul fatto che saremo comunque al suo fianco per sollevarlo dalla preoccupazione di trovarsi in un meccanismo in cui potrebbe essere "defraudato", e diciamogli che la nostra presenza lo garantisce anche sul valore dell'accordo che raggiungerà, che non avrà bisogno dell'intervento del giudice per essere eventualmente fatto valere.

Presupposto indispensabile per riuscire nell'opera è convincere noi stessi delle possibilità che la mediazione ci offre personalmente, sia come opportunità lavorativa sia come arricchimento personale.

Altrimenti, a meno di non fare un grosso sforzo per uscire dal nostro ruolo consolidato e vedere col terzo occhio l'opportunità d'oro che offriamo ai nostri assistiti, a noi stessi e al paese, noi come categoria avremo la responsabilità morale della morte della mediazione.

Dal conflitto alla cooperazione nella società post-hobbesiana

di Giovanna Elisabetta Zaccheo

(Avvocato mediatore, presidente dell'associazione Co.Med.A. conciliazione, mediazione, arbitrato; Direttore operativo di ADR IN, la prima rete di organismi di mediazione ed enti di alta formazione di livello universitario per i mediatori; membro e socio fondatore del Comitato Nazionale Adr & Mediazione)

1. PREMESSA: LA MEDIAZIONE COME ALTERNATIVA ALLA GIURISDIZIONE E COME APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETA' NELLA SOCIETA' POST- HOBESIANA - 2. GLI STRUMENTI DI MEDIAZIONE COMUNICATIVA DEL TERZO NEUTRALE - 3. DIFFERENTI MODELLI DI MEDIAZIONE : IL MODELLO UTILITARISTICO-NEGOZIALE E IL MODELLO UMANISTICO-EMOZIONALE – 4. LA MEDIAZIONE NEGOZIALE – 5. IL PROCEDIMENTO FACILITATIVO E IL PROCEDIMENTO VALUTATIVO – 6. LA MEDIAZIONE TRASFORMATIVA – 7. IL MODELLO ITALIANO: LA MEDIAZIONE AMMINISTRATA

PREMESSA: LA MEDIAZIONE COME ALTERNATIVA ALLA GIURISDIZIONE E COME APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETA' NELLA SOCIETA' POST- HOBESIANA

Ogni individuo rappresenta un centro d'imputazione d'interessi, che sono a loro volta frutto di una varietà infinita di bisogni, siano essi materiali, spirituali, o psicologici.

Quando un soggetto interagisce con un altro soggetto, a sua volta centro d'imputazione di altrettanti bisogni e interessi, instaura un rapporto molto spesso conflittuale, in quanto le motivazioni che muovono l'uno verso l'altro non sono quasi mai coincidenti, ma quasi sempre contrapposte o concorrenti. Si pensi, per fare un esempio, ad un contratto di compravendita: l'alienante ha interesse a vendere il bene al miglior prezzo per lui: il più alto; l'acquirente, invece, ha interesse ad acquistare lo stesso bene al prezzo che per lui è il migliore: il più basso. La contrapposizione degli interessi e dei bisogni si manifesta tanto nella sfera giuridico-sociale dell'individuo, quanto nella sua sfera affettivo-relazionale.

Alla luce di questa premessa, è facile capire come l'uomo, in quanto per sua natura propenso a vivere in società, e in quanto parte integrante di più gruppi, entri in contatto con altrettanti centri d'imputazione di interessi e bisogni in grado di accrescere in misura esponenziale il livello conflittuale.

Sin dal XVI secolo (secolo caratterizzato da cruenta guerre di religione tra i vari stati europei) Thomas Hobbes, nel prendere atto di questa realtà, sosteneva che lo “stato di natura ” dell’uomo fosse quella dell’*homo homini lupus*, del *bellum omnium contra omnes*.

Ma qual è, è lecito chiedersi, la strategia che l’uomo adotta, individualmente o collettivamente quando trasforma la guerra in convivenza civile?

Ritornando ad Hobbes, il filosofo britannico, nel tentare di fornire una risposta a questo interrogativo, ipotizzava che la convivenza e la pace sociale si rendessero possibili grazie ad un contratto con il quale tutti i belligeranti, autolimitando la propria “libertà”, delegassero il potere ad un’ autorità,” il Leviatano, al quale conferivano il monopolio della forza (fisica e legale), e di altri poteri ancora”⁴⁵. Il Leviatano di Hobbes coincideva con il Monarca, ma successivamente lo ritroviamo ancora, a partire dalla Repubblica giacobina del dopo rivoluzione fino a giungere al nostro attuale Stato Democratico, in cui l’esercizio del voto ben può rappresenta la manifestazione di volontà negoziale delegante espressa dal singolo cittadino.

E’ così che i tre poteri fondamentali dello Stato, il potere legislativo, il potere esecutivo e quello giudiziario vengono legittimamente esercitati dall’alto per garantire l’ordine e la pace sociale.

Oggi, però, è evidente che il modello sociale di Hobbes è in crisi per due importanti ragione: la prima è che la globalizzazione sta rendendo la società sempre più complessa, gli spazi di interazione tra i soggetti si allargano sempre più e si trasformano sempre più in spazi virtuali dove appare difficile costituire un’Autorità comune alla quale delegare poteri , ma in cui, tuttavia, sorgono numerosissimi rapporti giuridici economicamente sempre più rilevanti.

La seconda è che l’ attuale società civile è composta da individui sempre più consapevoli dell’inalienabilità dei loro diritti fondamentali, sono più informati e tendono a risolvere autonomamente i loro problemi. Anche l’idea dell’uomo è mutata. Oggi l’uomo non è più visto come una bestia, ma viene visto come un essere psicologicamente molto complesso, capace anche di sentimenti altruistici e solidali⁴⁶.

Nonostante tutto questo, però la conflittualità è insita nei rapporti tra gli individui e l’interrogativo di cui sopra rimane.

Per scioglierlo appare interessante ricorrere alla teoria del filosofo e pedagogo svizzero Jean Piaget⁴⁷, il quale individua nella cooperazione una forma di interazione spontanea tramite la quale i soggetti di un gruppo si danno delle regole per tutelare e soddisfare gli interessi e i bisogni di ognuno e raggiungere così la pacifica convivenza.

⁴⁵ Pier Paolo Donati, Il welfare in una società post- hobbesiana, in <http://www.sussidiarieta.net/files/Pdf/022006/Donati.pdf>

⁴⁶ Vedi: Pier Paolo Donato op. cit.

⁴⁷ Nato a Neuchatel, 9 agosto 1896 – Ginevra, 16 settembre 1980. E’ stato psicologo, biologo, pedagogo e filosofo.

E' interessante sottolineare come l'idea esposta da Piaget sia frutto di un'osservazione empirica dei comportamenti umani in età pediatrica in cui l'istinto di socializzazione è scevro da qualunque condizionamento sociale e rappresenta lo "stato di natura" dell'uomo, non nel senso filosofico del termine (come per Hobbes), ma nel suo senso scientifico.

Secondo Piaget, gli individui, in modo assolutamente naturale, sono in grado di riconoscere e applicare autonomamente le regole del loro stare insieme attraverso la cooperazione che si traduce in auto-regolazione⁴⁸.

Quella stessa autoregolazione, aggiunge chi scrive, che rappresenta uno dei principi fondamentali del diritto civile e, soprattutto, del negozio giuridico, attraverso il quale i soggetti disciplinano i loro rapporti sociali ed economici.

Accade, però, che i bisogni mutano o variano nel tempo. Quando ciò accade non è remota l'ipotesi in cui le norme che i soggetti si sono dati per soddisfare le proprie necessità possano poi risultare scomode o troppo vincolanti: si arriva così alla loro inosservanza e al tradimento del patto che le parti avevano concluso e quindi, inevitabilmente, allo scontro.

In questo caso, per ripristinare l'ordine interindividuale e sociale finora sembrava, per le ragioni sopra esposte, che non ci fosse altra via da percorrere se non quella di impostazione hobbesiana di adire l'autorità giudiziaria e instaurare un procedimento giurisdizionale. Nel processo formale i soggetti si sottopongono passivamente al potere dell'Autorità statale che dall'alto aggiudica il torto o la ragione all'una o all'altra parte.

Oggi, però, molto sta cambiando dato che il legislatore europeo prima, e quello italiano poi, hanno ritenuto opportuno riconoscere al cittadino del XXI secolo un ruolo più consapevole, responsabile e partecipativo nell'organizzazione del suo vivere sociale.

E così, nel nome della "Buona Amministrazione" di concezione europea⁴⁹ e nell'osservanza del principio di sussidiarietà orizzontale⁵⁰ di ispirazione cattolica, hanno inteso promuovere e disciplinare in misura più incisiva modalità di accesso alla giustizia alternativi alla giurisdizione pubblica per la risoluzione delle controversie, disciplinando e potenziando le c.d. ADR (alternative dispute resolution) e in particolar modo regolamentando l'istituto giuridico della mediazione civile e commerciale⁵¹. Per offrire ai cittadini una giustizia diversa, non più esclusivamente eteronoma e delegata allo Stato, ma, una giustizia che sia il frutto dell'autodeterminazione dei soggetti in lite.

Solamente nell'ipotesi in cui le parti non riescano a ripristinare l'ordine e la pace sociale deve succedervi lo Stato che, anche nell'amministrazione della Giustizia, deve intervenire

⁴⁸ Vedi: J. Piaget, *Lo sviluppo mentale del bambino*, Einaudi, Torino, 1967.

⁴⁹ Art. 41 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

⁵⁰ "...Il principio di sussidiarietà orizzontale di ispirazione cattolica va oltre la visione del principio di sussidiarietà verticale con il quale i legislatori europeo e nazionale provvedono alla ripartizione delle funzioni e delle competenze tra i differenti livelli di organizzazioni degli Stati (Unione Europa – Stati membri; Stato – Regioni)... Il principio di sussidiarietà di ispirazione cattolica è inteso come espressione dell'inalienabilità della dignità della persona umana che supera ogni forma di individualismo e mette le persone in grado di cooperare tra loro". (Principio di sussidiarietà, la scuola e la famiglia, Gregoria Cannarozzo, Gregoria Cannarozzo Rossi, Rubbettino Editore, 2006 ed Enciclica Quadragesimo Anno, prg. 35 di Pio XI, 1931.

⁵¹ Vedi: Direttiva 2008/52/CE , art. 60, l. 69/ 2009, d.lgs. 28/2010 che introducono e disciplinano la mediazione civile e commerciale e l. 80/2005 e gli artt. 20 ss. del d. lgs 40/2006 che modificano l'istituto giuridico dell'arbitrato.

sempre più in via “sussidiaria” rispetto ai cittadini e sempre meno dall’alto della sua Autorità, come già avviene in molti altri ambiti della Pubblica Amministrazione.

Così operando, i soggetti giuridici sono invitati, e in qualche caso obbligati⁵², a gestire i loro conflitti secondo un metodo più diretto, partecipativo e consapevole: quello della cooperazione.

In caso di contrasto tra le parti, però, perché si possa ripristinare lo spirito di cooperazione è spesso fondamentale l’intervento di una terza figura neutrale e imparziale : il mediatore.

GLI STRUMENTI DI MEDIAZIONE COMUNICATIVA DEL TERZO NEUTRALE

Lo scopo principale del mediatore è quello di ripristinare il dialogo tra le parti che sono in conflitto tra loro. La mediazione, non a caso, è " una procedura stragiudiziale [...] in cui una terza persona, il mediatore, assiste le parti in conflitto facilitandone la comunicazione, guidando la loro negoziazione, facendone affiorare gli interessi e orientandole verso la ricerca di accordi reciprocamente soddisfacenti"⁵³. Con il sorgere dello scontro, infatti, si interrompono i canali comunicativi tra le parti coinvolte. In questa fase gli individui si trincerano dietro le loro posizioni, in un atteggiamento di chiusura, e il loro linguaggio, non solo verbale, è intriso di aggressività e pregiudizio tanto da essere recepito dalla controparte in modo distorto. In questa fase, infatti, i soggetti sono fortemente propensi a cogliere soltanto i segnali di attacco dai quali difendersi.

E’ adesso che entra in gioco il mediatore, un terzo neutrale, che è chiamato a far ricorso a delle precise strategie di comunicazione, prima fra tutte l’ascolto.

Quest’ultimo, in quanto imparziale, non solo può ascoltare le parti senza farsi influenzare da filtri o teorie preconcepite, ma può essere ascoltato a sua volta con fiducia, quando comunica a una parte i messaggi dell'altra.

Il mediatore, pertanto, è chiamato ad ascoltare con attenzione quanto gli viene detto, e deve garantire a chi gli sta parlando la certezza di essere perfettamente compreso, offrendo continui feedback di ascolto e feedback di comprensione.

I feedback di ascolto sono quei comportamenti non verbali, come per esempio gli sguardi , le espressioni del viso o le inclinazioni del busto, che si accompagnano a brevissime espressioni di assenso (sì, certo, evidentemente, ho capito).

I feedback di comprensione, invece, consistono in parafrasi o brevi riassunti che il mediatore sottopone alle parti per far capir loro di aver afferrato la questione in maniera inequivocabile.

In particolar modo, alla parafrasi il mediatore dà luogo ripetendo quasi pedissequamente ciò che egli ha appena ascoltato: in questa fase è opportuno che il terzo neutrale mantenga lo sguardo costantemente sulla persona che gli sta parlando. Così la parte che ha appena parlato

⁵² In Italia ai sensi dell’art. 5 comma 1 d. lgs. 28/2010

⁵³ Ana Uzqueda, www.scuolasuperioreavvocatura.it/arch/.../Relazione%20Ana%20Uzqueda.pdf

potrà riascoltarsi, quasi attraverso una sorta di effetto “riflesso”. L'altra, invece, beneficerà di una specie di “filtro” comunicativo che le permetterà di predisporre ad un ascolto libero da condizionamenti. Il mediatore, inoltre, dovrà aver cura di chiedere, al termine di ogni parafrasi, la conferma che quello che è lui ha ripetuto e compreso corrisponda a quanto effettivamente comunicato.

Attraverso i brevi riassunti invece, il mediatore non solo evidenzia il nucleo principale delle affermazioni di una o di entrambe le parti, ma cerca anche di contestualizzare e far riemergere il sentimento che induce i contendenti a un determinato comportamento. Con l'utilizzo di questa tecnica, è suo compito presentare le questioni da punti di vista e prospettive differenti - magari evidenziando i punti di contatto - in modo da predisporre le parti a un modo diverso di discussione e di analisi.

Attraverso l'ascolto il mediatore acquisisce e conosce le informazioni che poi gli serviranno per valutare il tipo di relazione che intercorre tra le parti, ma può anche e soprattutto individuare i reali interessi, magari sommersi, delle stesse.

Ma come fa il mediatore a ottenere quelle informazioni che potranno aiutarlo nella ricerca della soluzione della controversia? A tal proposito arrivano in suo aiuto le domande, alle quali può ricorrere in maniera strategica. Egli può infatti sottoporre alle parti una vasta gamma di quesiti, sotto forma di domande aperte, chiuse, circolari, polemiche, tattiche, riassuntive, ipotetiche e di verifica.

Attraverso le prime, il mediatore cerca di ottenere una descrizione libera dei fatti e delle ragioni di ciascuna parte; tramite le seconde, invece, alle quali solitamente gli interlocutori sono chiamati a rispondere con un semplice “sì” o “no”, tenta di ottenere informazioni concrete.

Le domande circolari sono invece quelle che servono a creare un collegamento tra l'una e l'altra parte e possono risultare molto utili quando tra le stesse vi è uno spirito collaborativo finalizzato alla ricerca della soluzione del problema (siamo di fronte a una domanda circolare, per esempio, nel momento in cui il mediatore chiede a Tizio cosa si aspetta che faccia Caio e viceversa).

Le domande polemiche, ancora, sono quelle che cercano di far emergere le ragioni di fondo che si celano dietro una particolare posizione, e sono di solito precedute da “perché?” o da “cosa?”. Attenzione però, in questo caso il soggetto coinvolto nella lite tende a mettersi sulla difensiva: a questo punto è consigliabile ricorrere a questo genere di domande solo durante quelle che, come vedremo in seguito, sono le sessioni separate e solo dopo che si sarà instaurato un rapporto di fiducia tra la parte e il mediatore.

Le domande tattiche, riassuntive, ipotetiche e di verifica, dette anche domande strategiche, servono al terzo neutrale affinché emergano tutti i bisogni in gioco nel rapporto, anche quelli sottostanti senza l'individuazione dei quali sarebbe impensabile il raggiungimento di un “accordo amichevole”⁵⁴. Se si vuole sottolineare una questione importante, infatti, si può fare ricorso alle domande tattiche delle quali già si conoscono le risposte (per esempio: da quanto mi avete raccontato, mi sembra di capire che, prima di questo spiacevole

⁵⁴ Art. 1 comma 1 lett.a d. lgs. 28/2010 come modificato dal decreto legge n. 69/2013, convertito dalla legge n. 98/1969

inconveniente, i vostri rapporti d'affari non hanno mai avuto particolari problemi, vero ?); se invece si vuole avere conferma del fatto che quanto è stato riassunto o parafrasato sia corretto, si utilizzano le domande di verifica (del tipo, lei ha affermato che..., è corretto?); per stimolare la creatività delle parti spingendole al raggiungimento dell'accordo, inoltre, il mediatore può ricorrere alle domande ipotetiche (se Tizio accettasse di darle x, lei sarebbe disposto a riconoscergli y?).

Oltre ad ascoltare i messaggi verbali, il mediatore non deve trascurare quei segnali che gli giungono dal linguaggio del corpo. Lo stesso linguaggio che può egli stesso, a sua volta, utilizzare per interagire empaticamente con i suoi interlocutori.

La comunicazione non verbale, in particolar modo, è composta, fra gli altri aspetti, dalla vocalizzazione e dalla prossemica, vale a dire dal timbro di voce e dalla maggiore o minore distanza che l'individuo pone tra sé e gli altri. Ma non è tutto: a questi atteggiamenti inconsci si aggiungono, infatti, anche dei piccoli gesti, più o meno ricorrenti, che aiutano il mediatore a riconoscere lo stato di stress di una persona, oppure la sua tranquillità. Nel primo caso il terzo neutrale potrebbe trovarsi di fronte a un soggetto che si sfilava e rimette a posto continuamente un anello dal dito, così come a un individuo che giocherella con la penna, si morde le unghie o tamburella con le dita sul piano di una superficie; nel secondo, invece, potrebbe avere a che fare con una persona che rimane comodamente seduta con la spalla appoggiata allo schienale della sedia, che appoggia le mani sul tavolo ponendole una sull'altra, o che accavalla le gambe inclinando il busto verso di lui.

La vocalizzazione è la tecnica in base alla quale, timbri della voce differenti possono essere utilizzati in maniera diversa a seconda del messaggio che si vuole trasmettere. Se per esempio si pronuncia la frase, << quella persona non la conosco !>>, dal tono e dalla cadenza della voce utilizzati è possibile capire se si sta dicendo la verità, o se si sta dando vita a un messaggio provocatorio. Le stesse parole, infatti, espresse in modo differente, potrebbero celare anche un contenuto più ampio: potrebbe infatti capitare che una persona conosca perfettamente il suo interlocutore, ma preferisca sottolineare il fatto che dopo la nascita della controversia i rapporti si siano così deteriorati da essere pari o anche peggiori a quelli di due perfetti estranei. Se tra due soggetti che non si conoscono affatto, infatti, c'è comunque rispetto, tra due persone che si conoscono e sono in lite, c'è rabbia e rancore.

La prossemica, invece, è lo studio che riesce a valutare il livello di confidenza e di affetto che lega due persone analizzando la distanza fisica che le stesse, in maniera più o meno inconscia, interpongono tra loro. Se, per esempio, un rapporto di amicizia si interrompe, allora le distanze aumentano, se quello stesso rapporto, invece, dopo una lite si ricompone, le distanze diminuiscono.

Quelle fin qui descritte sono alcune delle tecniche di comunicazione che un buon mediatore deve conoscere e utilizzare, come veri e propri "ferri" del mestiere.⁵⁵

⁵⁵ Per un maggiore approfondimento sull'argomento si rinvia a Giuseppe De Palo, Leonardo D'Urso, Dwight Golann, Manuale del mediatore professionista, Giuffrè editore, 2010., pag 265 ss.

3. DIFFERENTI MODELLI DI MEDIAZIONE: IL MODELLO UTILITARISTICO-NEGOZIALE E IL MODELLO UMANISTICO-EMOZIONALE

Se è vero che ogni conflitto ha come denominatore comune una crisi di cooperazione tra le parti, è altrettanto vero che le cause che sono alla base di ogni conflitto possono essere differenti e di varia natura. I conflitti, infatti possono nascere da un deterioramento delle relazioni e dei rapporti interpersonali, ma possono anche avere origine da fatti concreti di natura prevalentemente patrimoniale: non di rado le liti sorgono per attriti inerenti l'attribuzione di beni o risorse. Questa distinzione ha generato due modelli di mediazione dissimili, collegabili a due scuole di pensiero: quella trasformativa riconducibile ai docenti americani Baruch Bush e Joseph Folger e quella utilitaristico- negoziale, riconducibile ai modelli di Harvard.

Al modello di Harvard è strettamente legata la procedura di mediazione negoziale, ideata dai docenti della prestigiosa università americana Roger Fisher e William Ury⁵⁶.

Tale procedura si basa essenzialmente sui concetti di interest based e problem solving: secondo questa tecnica il procedimento conciliativo è finalizzato sia a individuare e soddisfare i reali interessi sottostanti le 'posizioni' delle parti, sia alla ricerca di una soluzione, anche creativa rispetto alle rigide norme del diritto, che possa essere accolta dalle parti.

Il percorso di mediazione negoziale ideato da Fisch e Ury “ si manifesta come un percorso di arricchimento del conflitto e della sua soluzione, il quale dovrebbe riuscire – più di quanto faccia l'esito del processo - a soddisfare gli interessi delle parti e le loro aspettative. Il vantaggio della mediazione – in termini di individuazione di possibili soluzioni - sta dunque nella possibilità di allargare – attraverso specifiche modalità di comunicazione delle parti e del mediatore – l'ambito del mediabile, prendendo in considerazione, non solo gli interessi giuridicamente rilevanti, e i diritti e gli obblighi che le norme conferiscono o impongono ai privati, ma anche (o in alternativa a quelli) altri interessi e comportamenti meta giuridici che contribuiscono ad “ingrandire la torta” ed ampliare le risorse: creando in tal modo equilibri e soluzioni alternative (e non meri surrogati) potenzialmente (più) soddisfacenti per entrambe le parti”⁵⁷.

Per seguire tale percorso è necessario rispettare quattro indicazioni fondamentali. In primo luogo si devono mettere a fuoco gli interessi sottostanti alle pretese delle parti, piuttosto che le loro posizioni, quindi bisogna separare le persone dal problema, moltiplicare le opzioni che possono portare a un reciproco soddisfacimento degli interessi delle parti e in ultimo valutare tutte le questioni con criteri puramente oggettivi.

Analizziamo questi quattro punti nello specifico: mettere a fuoco gli interessi sottostanti le pretese delle parti, piuttosto che le loro posizioni, vuol dire concentrare l'attenzione sui bisogni reali piuttosto che divagare su questioni che possono essere risultato di pregiudizi;

⁵⁶ Autori del libro Getting to yes, ed. Bruce Patton, 1981

⁵⁷ Francesca Cuomo Ulloa, La Conciliazione: Modelli di Composizione dei Conflitti, ed. Wolters Kluwer, Italia 2008

separare le persone dal problema, invece, vuol dire mettere a fuoco i motivi reali che sono alla base della crisi di cooperazione. Per esempio apparentemente banale: nella controversia tra due condomini che è causata da un cane che abbaia e che disturba la quiete domestica il mediatore deve cercare di fare in modo che la parte istante prenda consapevolezza del fatto che la causa scatenante la lite è il comportamento dell'animale e non del suo padrone!

Gli ultimi due aspetti sono quelli che spingeranno il mediatore a invitare le parti a trovare da sole un accordo soddisfacente per entrambe attraverso la valutazione oggettiva di un ventaglio di opzioni eventualmente possibili alternative alla lite. In una controversia tra committente e fornitore legati tra loro da un contratto di fornitura di vecchia data, per fare un altro esempio, qualora la lite sorga a causa di una singola partita difettata, il compito del mediatore potrebbe essere quella di aiutare il committente a valutare l'opportunità di salvaguardare il rapporto d'affari consolidato, piuttosto che interromperlo a causa di un singolo e spiacevole evento, magari neanche imputabile al fornitore, ma alla produzione. Il mediatore potrebbe anche far comprendere al committente scontento che, nel caso in cui il vecchio rapporto d'affari si interrompesse, rivolgendosi ad altro fornitore, non sarebbe remota l'ipotesi che il committente insoddisfatto non riesca più a garantirsi quella stessa fornitura allo stesso prezzo!

5. LA MEDIAZIONE FACILITATIVA E VALUTATIVA

Nel modello di mediazione utilitaristico-negoziale si possono individuare due diversi procedimenti di mediazione: il procedimento facilitativo, e quello valutativo.

Entrambi si sviluppano in tre fasi essenziali : la prima è rappresentata da un'iniziale sessione congiunta in cui il mediatore accoglie le parti in lite, illustra la procedura e precisa qual è il suo ruolo, e quali sono le sue prerogative. In ogni caso, è bene sottolinearlo con chiarezza, il mediatore preciserà che lui non è un giudice e che quindi non potrà mai né decidere, né esprimere pareri vincolanti. Sempre al primo incontro, inoltre, dovrà far presenti alle parti quelli che sono i suoi doveri, primi fra tutti la terzietà, l'imparzialità, la riservatezza e la segretezza rispetto a quanto verrà a conoscenza durante l'iter della mediazione. In ultimo, dovrà far presente quelle che sono le sue competenze in merito alla materia oggetto del contendere, nel rispetto della legge, di un rigoroso codice etico e deontologico. È in questa fase che le parti hanno, per la prima volta e alla presenza della controparte, la possibilità di esporre le proprie ragioni in merito alla controversia.

Durante la seconda, che può essere caratterizzata da una o più sessioni separate, il mediatore potrà incontrare le parti individualmente, in modo da comunicare con loro in piena libertà, al fine di rendersi conto dell'esistenza o meno di eventuali questioni che una parte può arbitrariamente e consapevolmente tenere nascoste all'altra: tali questioni, infatti, potrebbero rappresentare un ostacolo insormontabile sulla via che conduce al raggiungimento dell'accordo.

La terza e ultima parte del procedimento consiste solitamente in un'ulteriore sessione congiunta, in cui il mediatore potrà tracciare e valutare i limiti entro i quali muoversi per

cercare di far ricomporre la controversia. Una volta portate a termine queste tappe, al mediatore restano tre possibilità : potrà infatti o formalizzare l'accordo raggiunto dalle parti - e in questo caso saremo innanzi ad un caso di mediazione facilitativa - redigendo un verbale di conciliazione; attestare, sempre attraverso la verbalizzazione, la mancata conciliazione, oppure formulare egli stesso una proposta conciliativa dando vita ad una mediazione c.d. valutativa.

Entrando adesso più nel dettaglio, nel procedimento di mediazione facilitativa il mediatore guiderà le parti, ma saranno i diretti interessati, in piena autodeterminazione, a decidere la portata del loro accordo e le modalità della sua formalizzazione. Il mediatore, in questa particolare procedura, tenterà di individuare gli ostacoli psicologici e cognitivi che possono impedire o rendere ardua la composizione della lite.

Riguardo agli ostacoli psicologici, può accadere che le parti sottopongano al mediatore un insieme indistinto di emozioni e di false convinzioni. In questa situazione spetta al mediatore individuare e aiutare i soggetti a discernere quanto è frutto dell'emozione e quanto invece è frutto di una solida base razionale. Una buona mediazione passa anche attraverso la soddisfazione delle istanze emozionali delle parti; non solo perché non le mortifica, ma anche perché riesce a cogliere la tensione emotiva, a legittimarla alla presenza dei litiganti.

Rispetto agli ostacoli cognitivi, il buon mediatore deve portare le parti da una posizione di mera contrattazione distributiva, nella quale si fronteggiano due concezioni fra loro distanti della posta in gioco e in cui ognuna tenta di massimizzare il risultato a danno dell'altra, ad una posizione di contrattazione integrativa, dove la finalità non sarà quella di massimizzare il proprio risultato, ma quello di integrare le istanze negoziali per permettere ai due contendenti di uscirne entrambi soddisfatti. Uno dei mezzi principe è di porre l'accento sui benefici che un accordo può comportare, in aggiunta al conseguimento di una parte della posta; ed al riguardo si può spaziare dalla cessazione dell'incertezza alla diminuzione delle spese legali, dal proseguimento dei rapporti su nuove basi alla possibilità di destinare tempo ed energia a diversi obiettivi.

Differentemente da quanto previsto nel modello precedentemente illustrato, nella mediazione valutativa il ruolo del mediatore cambia quasi radicalmente, in quanto quest'ultimo è chiamato a formulare una proposta che a suo avviso possa comporre la controversia, e che le parti sono libere di accettare o di rifiutare. Sull'opportunità data al mediatore di formulare una proposta conciliativa, tuttavia, tra gli esperti della materia non vi è un orientamento comune, tanto che si è aperto un ampio dibattito. Secondo alcuni infatti il mediatore, in virtù dei compiti affidatigli, è chiamato a facilitare la cooperazione tra le parti in lite, al fine di condurle autonomamente alla definizione della loro controversia. Dargli la possibilità e il potere di formulare una proposta conciliativa, pertanto, sembra in contrasto con l'essenza stessa dell'attività di mediazione. Secondo altri, invece, è proprio grazie a questa opportunità offerta al mediatore che le parti possono raggiungere l'accordo e questo perché gli ostacoli che impediscono la composizione della controversia spesso stanno proprio nella difficoltà obiettiva che i soggetti hanno nel valutare realisticamente le reciproche proposte e soluzioni alternative⁵⁸.

⁵⁸ v. De Palo, D'Urso, Dwight, op. cit.

Adesso, tuttavia, è opportuno fare una precisazione: tutte le volte in cui il mediatore pronuncerà una proposta conciliativa, inevitabilmente perderà la sua neutralità.

6. LA MEDIAZIONE TRASFORMATIVA

Al modello umanistico – emozionale si ricollega, come accennato precedentemente, quello della mediazione trasformativa elaborato dai docenti statunitensi Bush e Folger⁵⁹.

Secondo i due autori “ prima che il conflitto abbia inizio, in qualunque contesto, le parti intrattengono rapporti adeguati, in molti casi anche di affetto. All’insorgere del conflitto, un’interazione positiva, sotto la spinta del circolo vizioso di decapacitazione (del sé) e di demonizzazione (dell’altro), precipita con un andamento a spirale in un’ interazione negativa, distruttiva, alienante e disumanizzante.⁶⁰ Tra le parti , dunque, campeggia un sentimento di debolezza e di perdita del controllo, che le induce a non riconoscere l’altro, se non come la parte ‘avversaria’ da sconfiggere e attaccare. Tuttavia, quanto più si aggredisce la controparte, tanto più si genera in essa un sentimento di debolezza e di non riconoscimento. Molto spesso, però, sono le stesse parti a mostrare la volontà di non rimanere intrappolate in questo circolo a spirale, non sopportando lo stato di sofferenza e turbamento che dal conflitto, inevitabilmente, deriva. Secondo, Busch e Folger, inoltre, l’identità umana deriva dalla capacità relazionale del sé con l’altro. Quando ci si trova in una situazione di contrasto, la sofferenza che ne deriva è “paragonabile all’essere imprigionati e costretti a vivere in condizioni disumani”⁶¹. Alla luce di quanto detto finora, è chiaro che spetta al mediatore aiutare le parti a realizzare il desiderio, spesso anche inconsapevole, di riguadagnare quella dignità umana che è andata perduta nel conflitto.

Poiché è impensabile, infatti, che lo spostamento da una posizione di chiusura e attacco ad una posizione di apertura e riconoscimento dell’altro possa essere determinata da una persona diversa dalla parte coinvolta nella lite, è chiaro che il mediatore non “indurrà” le parti a muoversi in questa direzione, ma si limiterà semplicemente a supportare quel desiderio. Per fare questo dovrà lavorare su quelli che, sempre i due studiosi americani, definiscono gli spostamenti di livello della percezione del sé e dell’altro.

Il mediatore, pertanto, stando al metodo umanistico-emozionale, inviterà le parti a “ lasciare andare- anche solo in modo temporaneo o parziale – la concentrazione su se stessi per iniziare a interessarsi della prospettiva dell’altra parte nella sua diversità, e provare comprensione per la situazione dell’altro, visto in quanto essere umano, e non come mezzo per soddisfare le proprie esigenze”⁶² . In questo modo si realizzerà quello che gli ideatori della mediazione trasformativa chiamano il ‘riconoscimento’ della controparte, che a sua volta porterà il soggetto a modificare la sua forte emotività in pacatezza e l’ atteggiamento

⁵⁹ Bush e Folger, *La Promessa della Mediazione*, Modinuovi Vallecchi, 2009

⁶⁰ Busch e Folger, *ibidem cit.* pagg.54-55

⁶¹ Busch e Folger, *ibidem cit.* pagg 62-63

⁶² Busch e Folger, *ibidem cit.* pagg 75-76

difensivo in atteggiamento di apertura; anche la comunicazione, inoltre, cambierà, diventando diretta anziché indiretta: a questo punto, le parti non comunicheranno più tramite il mediatore, ma lo faranno autonomamente e guardandosi negli occhi. In questo modo non solo si ristabiliranno i rapporti personali, ma si acquisiranno anche nuove informazioni, oltre a una nuova consapevolezza del sé, che ne uscirà inevitabilmente ‘rafforzato’.

Non è raro che durante un procedimento di mediazione trasformativa la discussione su una questione specifica si allarghi ad argomentazioni molto più complesse, attraverso le quali emerge un disagio molto più profondo rispetto a quello manifestato nella prima fase dell’incontro.

Il risultato della mediazione trasformativa può anche non essere il raggiungimento di un accordo, perché, il fine principale di questa forma specifica di procedimento è quello di modificare l’interazione tra le parti in conflitto. Se si arriverà a un accordo, lo stesso rappresenterà solo un beneficio a breve termine, rispetto alla questione specifica portata in mediazione. I veri benefici della mediazione trasformativa, dunque, saranno a lungo termine, perché condizioneranno tutte le questioni future che sorgeranno dalla ‘nuova’ relazione.

Per quanto gli autori della mediazione trasformativa ritengano che questo modello possa essere impiegato per ogni tipo di conflitto, tuttavia tale modello risulta avere un impiego privilegiato nella gestione di tutte quelle liti derivanti da rapporti di natura personale (familiari o di parentela) o di lunga durata o destinati a durare nel tempo (di lavoro o vicinato).

La procedura di mediazione trasformativa si differenzia da quella negoziale, in quanto la prima – come abbiamo già visto nel paragrafo precedente - si svolge secondo uno schema prestabilito dal mediatore, la seconda, invece, è lasciata alla libera determinazione delle parti. La mediazione trasformativa, tuttavia, ha una sua particolarità in quanto, a differenza di tutte le altre forme di mediazione, può e, preferibilmente, deve, essere condotta solo e soltanto attraverso sessioni congiunte, a meno che non siano le parti a fare una richiesta diversa.

7. IL MODELLO ITALIANO: LA MEDIAZIONE AMMINISTRATA

Nel nostro Paese il legislatore, in adempimento a quanto richiesto dal legislatore europeo⁶³, ha introdotto con il d lgs 28/2010, l’istituto giuridico della mediazione civile e commerciale. All’art. 1 si legge: . *“Ai fini del presente decreto legislativo, si intende per:*

a) mediazione: l’attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa;

b) mediatore: la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo;

⁶³ Direttiva 2008/52/CE

c) conciliazione: la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione;

d) organismo: l'ente pubblico o privato, presso il quale puo' svolgersi il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto;

e) registro: il registro degli organismi istituito con decreto del Ministro della giustizia ai sensi dell'articolo 16 del presente decreto, nonche', sino all'emanazione di tale decreto, il registro degli organismi istituito con il decreto del Ministro della giustizia 23 luglio 2004, n. 222.⁶⁴

Dalla lettura del primo articolo del d.lgs. 28/2010 si evince che l'attività di mediazione non può essere svolta dal mediatore in forma libera, ma deve essere esercitata nell'ambito di alcune regole ben precise che sono poi quelle contenute nello stesso decreto, nei decreti attuativi⁶⁵ e in quelle del regolamento del procedimento di mediazione adottato dall'organismo di mediazione, il quale organismo a sua volta deve essere iscritto nel relativo registro, tenuto presso lo stesso ministero della giustizia.

Fatta questa premessa, è evidente che in Italia il legislatore ha voluto una mediazione "amministrata", in quanto gestita da appositi organismi che offrono tale servizio secondo condizioni previste nei rispettivi regolamenti precostituiti e debitamente approvati dal responsabile della tenuta del registro.

La ragione per cui nel nostro Paese si è scelto il modello amministrato sta nel fatto che si è voluta garantire maggiore tutela per gli utenti del servizio, dato che l'esperimento del procedimento conciliativo è previsto come condizione di procedibilità per una vasta gamma di materie giuridiche, e lo stesso procedimento di mediazione produce effetti giuridici non secondari nei rapporti con l'eventuale processo giudiziario che si andasse a celebrare in caso di mancata conciliazione.

I vantaggi della mediazione amministrata sono gli stessi di quelli che Ana Uzquela elenca per descrivere i vantaggi della conciliazione amministrata⁶⁶ e che sono:

- " la garanzia di contare su un elenco di conciliatori⁶⁷ formati in base a standard uniformi che prevedono anche l'aggiornamento continuo obbligatorio della loro formazione;
- La presenza di un codice deontologico e di un regolamento uniforme a tutela della trasparenza e della qualità del servizio;
- L'adozione di un tariffario con costi predeterminati⁶⁸;

⁶⁴ Art. 1 comma 1 lett.a d. lgs. 28/2010 come modificato dal decreto legge n. 69/2013, convertito dalla legge n. 98/1969

⁶⁵ D.m. 180/2010 e D.M. 145/2011

⁶⁶ Prescritta, prima dell'entrata in vigore del d. lgs. 28/2010, per le conciliazioni in materia societaria e disciplinata dalla l. n. 5/2003 e dal d. lgs. N. 222/2004

⁶⁷ Oggi mediatori

⁶⁸ Per la determinazione dei quali, nell'ambito della mediazione, opera il d.m. 180/2010 così come modificato dal d.m. n. 145/2011/145/2011

- L'assistenza per lo svolgimento della procedura, anche in relazione alle informazioni da fornire ai consulenti che eventualmente assistono le parti;
- La predisposizione di idonei locali all'interno della struttura⁶⁹;

Non solo, in questo modo l'organismo curerà, per il tramite del responsabile di segreteria, il ricevimento delle istanze di mediazione, predisponendo un apposito fascicolo; designerà il mediatore, e fisserà il primo incontro tra le parti non oltre il quindicesimo giorno dal deposito della domanda; fornirà tutte le informazioni relative alla mediazione e al procedimento alle parti e ai loro avvocati; per le controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, nominerà uno o più mediatori ausiliari oppure darà incarico a uno o esperti iscritti nell'albo dei consulenti presso i tribunali; provvederà a comunicare alla controparte la domanda di avvio del procedimento di mediazione; curerà la trasmissione di tutte le comunicazioni necessarie alle parti e al mediatore; rilascerà, su richiesta, l'attestazione scritta dell'avvenuto deposito della domanda, della eventuale mancata adesione allo stesso di una delle parti, dell'avvenuta chiusura del procedimento; esigerà, prima dell'inizio del procedimento e/o prima della sua conclusione il versamento delle indennità previsti per il servizio.

Espletate tutte queste formalità, il procedimento finalizzato al tentativo di conciliazione, passa sotto la regia del mediatore. Sarà lui a decidere se utilizzare la mediazione negoziale o quella trasformativa, così come sarà nella sue competenze valutare se procedere secondo il modello facilitativo o valutativo⁷⁰.

Qualunque modello decida di adottare, dovrà sempre fare ricorso a quelle tecniche di comunicazione che abbiamo analizzato precedentemente, grazie alle quali potrà ripristinare un rapporto di cooperazione tra le parti in conflitto.

⁶⁹ Ana Uzqueda, in, *Le Leggi Commentate, Codice degli Arbitrati, delle Conciliazioni e di altre ADR*, (a cura di Angelo Buonfrate e Chiara Giovannucci Orlandi), Utet Giuridica, 2006, pag. 164 e s.

⁷⁰ Quest'ultima facoltà il mediatore la potrà esercitare solamente se il regolamento dell'organismo per cui presta la sua opera glielo consente.

Mediazione in ambito sanitario: quale modello è più efficace?

di Maria Rosaria Fascia

(Avvocato, mediatore e formatore accreditato dal Ministero di Giustizia, già docente in gestione del conflitto e tecniche di negoziazione e mediazione in Master al Politecnico di Milano - Polo Universitario di Como - e in corsi all'Università Bicocca di Milano oltre che alla Scuola Forense di Monza.)

1. Premessa

Le controversie in materia di responsabilità sanitaria riguardano condotte improprie o errori, veri o supposti tali, attribuibili al medico, al personale sanitario o anche derivanti da problemi organizzativi di una struttura nosocomiale, che abbiano arrecato un danno ad un paziente, danno che si configura come risarcibile.

L'ambito della conflittualità priva di errore o di danno risarcibile è assai ampia e, a tutt'oggi, non gode di molta attenzione all'interno delle strutture sanitarie ed è pronta trasformarsi in vere e proprie controversie giudiziarie.

«Ciò che è veramente in crisi, è il rapporto tra medico e paziente, a causa delle crescenti aspettative di quest'ultimo e della conseguente colpevolizzazione, in caso di esito negativo della prestazione, della struttura sanitaria e dei medici responsabili...Le conseguenze di questa sfiducia crescente sono anche il ricorso alle pratiche di "medicina difensiva»: ad affermarlo è l'ANIA, l'associazione che rappresenta le imprese di assicurazione operanti in Italia e che, da statuto, tutela gli interessi della categoria, coniugandoli con gli interessi generali del Paese, nella costruzione di un modello di sviluppo sostenibile riconosciuto dalle istituzioni e dall'opinione pubblica.

Da anni, ormai, l'ANIA non inquadra il fenomeno della crescente conflittualità in ambito sanitario all'interno del peggioramento della qualità delle prestazioni, come ci si potrebbe aspettare seguendo i *media* ma, consapevole della sua specificità, lo inquadra in una cornice relazionale di sofferenza⁷¹.

L'incremento delle denunce negli ultimi vent'anni non risulta, infatti, legato ad un peggioramento dell'assistenza sanitaria, né è ascrivibile solo al mutare delle norme e della giurisprudenza sul concetto di colpa professionale medica, ma a cause ben più profonde: maggiori aspettative di risultati dalla Medicina e una riduzione della "timore reverenziale" e della "soggezione" nei confronti dei professionisti e del sistema sanitario, con maggiore propensione, da parte dei pazienti, a richiedere risarcimenti in caso di eventi avversi ascrivibili ad errori; trasformazione di mere rimostranze in richiesta di risarcimento, a seguito

⁷¹ Dalla Relazione ANIA 2008-2009; il numero di sinistri denunciati alle imprese di assicurazione italiane nel 2009 è stato di oltre 34.000, di cui due terzi relativi a polizze stipulate dalle strutture sanitarie, mentre nel 1994 le denunce erano 9.567; per i sinistri protocollati nel 1994 le imprese di assicurazione avevano stimato mediamente di pagare circa 16.400 euro, mentre a distanza di 10 anni la valutazione era raddoppiata e aveva raggiunto quello che sembra oggi il costo medio "ultimo" dei sinistri di quella generazione (quasi 30.000 euro). Tale andamento varrebbe (talvolta con tempi più rapidi) per tutte le generazioni di sinistri: ad esempio, per l'anno di protocollazione 2004 il costo medio dei sinistri è passato da 22.700 euro nell'anno di denuncia a oltre 43.000 euro nel 2009. Inoltre, secondo la relazione dell'ANIA la forte crescita del costo dei risarcimenti e, di anno in anno, delle denunce, fa sì che al 31/12/2009 il rapporto medio dei sinistri a premi per le varie generazioni sfiora il 170%.

di una inadeguata comunicazione fra il paziente e/o i suoi familiari e il personale sanitario; una più frequente tendenza dell'interessato, convinto dell'onnipotenza della Medicina, a interpretare come errori - denunciandoli come tali - le semplici complicità o la mancata guarigione⁷².

In questo contesto i reali bisogni dei cittadini, degli operatori, delle organizzazioni, delle assicurazioni e del sistema in generale sono sistematicamente frustrati: anche per le lungaggini, le incertezze e i costi - economici, sociali e personali - della gestione giudiziaria di tali vicende.

All'inizio del 2012 il nostro Ministero della Salute si è soffermato con particolare attenzione sul fenomeno della crescente sfiducia del cittadino nei confronti dei medici e delle organizzazioni sanitarie e sulla qualità dell'assistenza fornita, non solo sotto il profilo della dimensione clinica - universalmente riconosciuta di alto livello qualitativo - ma anche sotto il profilo delle dimensioni organizzative, economiche, gestionali, etiche e giuridiche. Il risultato di questo lavoro è confluito nel *Manuale di formazione per il governo clinico*⁷³: il problema della qualità è stato affrontato attribuendo il giusto peso ai contesti relazionali ed organizzativi delle aziende sanitarie con l'obiettivo di offrire agli operatori un'opportunità di formazione per la sicurezza propria e dei pazienti.

Il Ministero della Salute ha sottolineato, in particolare, le criticità del d.lgs. 28/2010 i cui principi, applicati alla materia della responsabilità in ambito sanitario, potrebbero sacrificarne alcune peculiarità, rischiando di sortire un effetto opposto a quello che il legislatore si era prefisso.

2. Criticità del conflitto in ambito sanitario

I professionisti di questa tipologia di contenzioso sono consapevoli di agire su un terreno in cui molto spesso fattori emotivi - come il dolore, il lutto, la frustrazione, il senso di impotenza o di fallimento, la rabbia o la solitudine e profondi rancori - si mescolano ad oggettive difficoltà di accertamento dell'evento (il nesso causale, il profilo soggettivo della colpa, ecc.), a criticità di ordine probatorio, che dilatano la durata dei procedimenti e i tempi di definizione della controversia, incidendo sulla stessa possibilità che il giudizio emesso - sentenza civile o penale - sia sentito come "giusto".

Agli aspetti emotivi si sovrappongono anche problemi di comunicazione tra medico e paziente, sia nella fase della cura medica, che nella fase che segue l'evento dannoso, riconducibili all'utilizzo di una terminologia molto tecnica da parte dei professionisti e dalla necessità di creare una barriera con i propri pazienti, per non venire coinvolti dal dolore nel quale si immergono quotidianamente per svolgere il proprio lavoro. Proprio la rilevanza dei fattori emotivi e dei problemi di comunicazione ha concorso, in passato, a impedire il raggiungimento di accettabili soluzioni negoziate.

La questione non può essere seriamente presa in esame senza considerare le innumerevoli variabili che intervengono nella relazione tra il paziente e il suo medico. La relazione tra medico e paziente, infatti, come ogni relazione umana è caratterizzata da elementi emotivi e cognitivi; la rendono particolare alcuni aspetti, ad esempio il fatto che il paziente (se è un malato vero) non se ne può sottrarre. Senza dimenticare neppure che il medico rappresenta,

⁷² A. De Palma, A. Quattrocchio, *La mediazione tra medico e paziente. Un intervento imparziale sul fenomeno crescente del contenzioso per responsabilità professionale medica*, Athena Medica srl, Modena (2009).

⁷³ Ministero della Salute, Dipartimento della programmazione e dell'ordinamento del servizio sanitario nazionale, Direzione generale della programmazione sanitaria, Ufficio III ex D.G. prog, *Manuale di formazione per il governo clinico: la sicurezza dei pazienti e degli operatori*, Gennaio 2012.

per il paziente, il portatore di un sapere sconosciuto e inaccessibile; è il simbolo della cura cui affida il proprio desiderio di benessere e, in ultima analisi, di vita. Per il paziente il medico è la sola persona in grado di ripristinare l'ordine interrotto dal processo della malattia; in più, il paziente è costretto ad esporre a medici ed infermieri le proprie nudità, quelle fisiche come quelle psicologiche. Egli è solo, fragile, forzato dalla malattia ad un vincolo di dipendenza che spesso mal tollera, prova rabbia per un corpo che non obbedisce, che non funziona, e paura per lo sconvolgimento dei gesti quotidiani e lo scardinamento delle certezze, prima fra tutte quella di restare vivo; il suo bisogno di comprensione e di solidarietà meritano rispetto e vicinanza.

Oltre al dolore fisico e alle preoccupazioni per la propria salute, egli è spesso costretto ad affrontare un'ampia gamma di circostanze che mettono seriamente alla prova la sua capacità di reggere e gestire le emozioni: si pensi, per esempio, alla difficoltà, se non all'impossibilità, di controllare direttamente ciò che gli accade, obbligato com'è, a delegare ampiamente la gestione del proprio corpo; al possibile disorientamento di fronte a un luogo (l'ospedale, lo studio del medico, e così via) di cui spesso fatica a comprendere il linguaggio, le categorie, le regole e le loro ragioni; e alla corrispondente rinuncia al proprio mondo (e cioè pudori, intimità, abitudini, riti, ritmi, relazioni e impegni) per confrontarsi con un ambiente poco familiare e denso di incognite.

L'esperienza della malattia, particolarmente di quella grave, è in sé spaventosa, obbliga a continue battaglie fisiche ed emotive, neppure immaginabili per chi ne sta all'esterno. Per queste ragioni il paziente è spesso confuso e disorientato, talora disperato; e non lo aiutano né la terminologia tecnica che descrive i suoi organi, le loro funzioni e le loro patologie, né l'ambiente ospedaliero, anonimo, regolato da norme sconosciute e spesso carente di servizi e ancor più di umile umanità.

Il medico, da parte sua, sperimenta ogni giorno la pesante responsabilità di avere affidata la salute e la vita dei suoi pazienti, sente tutto il carico delle loro aspettative. La stima di sé è affidata in gran parte al buon esercizio del potere che gli viene attribuito⁷⁴. Il medico sa bene che per il malato egli è il demiurgo, che la fiducia depositata nella scienza medica dal malato è assoluta e, per molti versi, irrealistica. Quale incarnazione di quella scienza, spesso deformata in fede religiosa dalle angosce e dai bisogni del paziente, egli deve misurarsi con i limiti di un sapere tecnico i cui straordinari successi non bastano a dare risposte di assoluta certezza in tutti i casi. Non passa giorno che medici e infermieri non incrocino gli sguardi dubbiosi, supplichevoli e impauriti dei pazienti; costretti a manipolare corpi sofferenti, a volte a ferirli per poterli curare, sanno quanto possa rivelarsi inevitabilmente oltraggiosa la loro opera. Intervengono con mezzi "violenti" per ristabilire la fisiologia soppiantata dalla patologia, per ridare speranza dove fa capolino il rischio della morte.

Per il paziente la malattia è un'esperienza eccezionale, per il medico e l'infermiere, invece, è quotidiana. Troppo spesso, infatti, si tende a dimenticare che tutto il personale sanitario si trova a contatto quotidianamente con ciò che l'ammalato sperimenta solo eccezionalmente: il dolore, la paura, la consapevolezza della morte, per gli altri ma anche per se stessi.

La consapevolezza delle difficoltà di natura relazionale appena richiamate, oltre ai numeri rilevanti dei procedimenti giudiziari pendenti, ha indotto il Legislatore ad introdurre la materia della responsabilità medica tra le controversie per le quali il ricorso alla mediazione è condizione di procedibilità ai sensi dell'art. 5, co. 1-bis, del d.lgs. 28/2010.

⁷⁴ D. Gaddi, F. Marozzi, A. Quattrocchio, *Voci di danno inascoltate: mediazione dei conflitti e responsabilità professionale medica*, in Riv. It. Med. Leg., settembre-ottobre 2003, 839-856.

Indubbiamente la procedura di mediazione introdotta dal decreto offre dei vantaggi: è economica (il procedimento è esente da tasse, vi sono agevolazioni fiscali per la registrazione dell'accordo e le indennità da pagare all'organismo di mediazione sono predeterminate per legge); è celere (il procedimento si definisce in pochi incontri e, comunque, non dura più di tre mesi); è riservata (le dichiarazioni rese dalle parti non possono essere utilizzate nell'eventuale successivo giudizio e il mediatore non può essere chiamato a testimoniare); è volontaria (il procedimento non è vincolante, poiché le parti possono abbandonarlo in ogni momento, fatte salve le previsioni sulla condizione di procedibilità).

Tuttavia, è proprio in questa sede che la dimensione relazione del conflitto deve essere accolta pienamente e riconosciuta con la dovuta attenzione, se si vuole aiutare le parti a trovare un accordo pienamente soddisfacente e rendere un servizio alla richiesta di deflazionare il sistema giudiziario, considerato che la partecipazione al procedimento di mediazione non comporta l'obbligo, per la parti, di raggiungere un accordo.

3. La specificità del conflitto in ambito sanitario

In linea con queste considerazioni si pongono le riflessioni contenute nella relazione illustrativa del d.lgs. 28/2010: viene sottolineata l'importanza di adottare un approccio di natura "facilitativa" nella tipologia di controversie per cui è previsto il ricorso alla mediazione come condizione di procedibilità. Con riferimento all'art. 5 si legge, infatti, che il mediatore agisce «*guardando a una ridefinizione della relazione intersoggettiva in prospettiva futura*»⁷⁵. La relazione illustrativa del d.lgs. 28/2010 precisa, ancora, che l'obbligatorietà del procedimento di mediazione è estesa alle azioni per il risarcimento dei danni derivanti da responsabilità medica, poiché tali azioni rinviano «*a rapporti particolarmente conflittuali, rispetto ai quali, anche per la natura della lite, è quindi particolarmente più fertile il terreno della composizione stragiudiziale*»: tali controversie appaiono «*più facilmente mediabili e sono inoltre caratterizzate da una complessità che può essere più facilmente dipanata in ambito stragiudiziale*»⁷⁶.

Il Legislatore, quindi, ha esplicitato l'intento facilitativo della procedura - in particolare modo per questa tipologia di materia - ed ha valorizzato, sin dalla relazione introduttiva, l'attenzione ai profili relazionali di controversie sino ad ora affidate, per la loro soluzione, a decisioni giudiziali.

Le controversie in materia sanitaria portano con sé veri e propri conflitti, coinvolgenti e tormentati sul piano personale e relazionale che possono mettere in crisi il mediatore tecnicamente più preparato, se non presta la dovuta attenzione agli aspetti relazionali ed emotivi del conflitto. L'esperienza pressoché quotidiana di chi opera nelle aziende sanitarie porta ad affermare che, alla base della richiesta di risarcimento e del conflitto che sempre lo precede, vi sono spesso soltanto criticità relazionali che non sono state individuate e risolte.

I mediatori dei conflitti interpersonali e sanitari, formati dall'Associazione Me.Dia.Re. di Torino (con un percorso formativo di oltre 200 ore)⁷⁷ operano da anni all'interno delle aziende sanitarie, ben prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 28/2010, con lo scopo di prevenire e sanare il conflitto tra paziente, operatore sanitario e struttura ed evitare che questo

⁷⁵ Relazione illustrativa al d.lgs. 28/2010.

⁷⁶ Relazione illustrativa al d.lgs. 28/2010.

⁷⁷ L'esperienza di Me.Dia.Re. nei servizi di Ascolto e Mediazione a Torino e nelle altre sedi, unita all'esperienza istituzionale delle Aziende Sanitarie, particolarmente in Emilia Romagna, Lombardia e Piemonte dove la stessa associazione ha svolto, a partire dal 2005, attività di formazione in materia di prevenzione e gestione del contenzioso.

sfoci in controversie giudiziarie o, nel caso in cui vi siano pretese risarcitorie fondate, per preparare il terreno ad una negoziazione del risarcimento del danno, in via stragiudiziale, che sia riconosciuta dalle parti come pienamente soddisfacente.

Il mediatore così formato «*si pone in ogni caso quale semplice catalizzatore del conflitto per rendere possibile il dialogo alle parti. Così il mediatore dovrà incontrare i mediati senza giudicare, senza volontà di fare alcunché, senza un progetto sugli altri e ponendosi solamente quale facilitatore di un overlapping, di uno spazio di coincidenza che saranno i mediati a trovare producendo un dia-logo e trovando una distanza che permetterà loro di (ri)costruire una visione differente della situazione attuale*»⁷⁸.

L'esperienza quotidiana di questi professionisti documenta che: il paziente, spesso, non è interessato ad ottenere del denaro come risarcimento – almeno, non solo – ma chiede il rispetto per la sua persona e le scuse per essere stato “violato”; il paziente è soddisfatto quando si è sentito ascoltato e *riconosciuto* dal professionista nei suoi bisogni; il paziente esprime la necessità di confrontarsi sul fatto, più che sul danno e sulla sua quantificazione; anche l'operatore sanitario avverte il bisogno di sentirsi ascoltato e *riconosciuto*, come professionista e come persona, dal paziente; in mancanza di attenzione verso gli aspetti emotivi, ogni possibilità di accordo diviene davvero difficile e la soddisfazione delle parti - intesa anche come cura della relazione sociale - è un obiettivo non perseguibile⁷⁹. «Coloro che sono stati ascoltati “attivamente” maturano sotto il profilo emotivo, si aprono all'esperienza, stanno meno sulla difensiva, diventano accettanti e meno autoritari»⁸⁰. Questo permette loro di fare un processo di ristrutturazione del proprio vissuto, delle proprie emozioni e del conflitto.

Partendo da questa esperienza pluriennale, riteniamo che la materia della responsabilità medica, per la quale è stata prevista la mediazione ex d.lgs. 28/2010 come condizione di procedibilità, debba essere trattata con molta attenzione, evitando il rischio di un approccio meramente valutativo dell'eventuale responsabilità del professionista⁸¹ e della quantificazione del danno: già parlare di responsabilità medica porta con sé un pre-giudizio, che può sfociare facilmente in un giudizio e portare inevitabilmente al fallimento della mediazione.

D'altra parte, se la logica del Legislatore è stata quella di porre «*l'accento sulla mediazione facilitativa, vale a dire su una forma di mediazione nella quale il mediatore non è, a differenza del giudice, vincolato strettamente al principio della domanda e può trovare soluzioni della controversia che guardano al complessivo rapporto tra le parti*»⁸², allora appare evidente che i mediatori chiamati ad intervenire nelle controversie in materia sanitaria devono in primo luogo sapere sciogliere i nodi di natura relazionale, prima che essere tecnici.

Per una gestione efficace del procedimento, infatti, non sono certo sufficienti le pur indispensabili competenze di natura negoziale strettamente intese, così come non basta la conoscenza degli aspetti legali e/o tecnici oggetto di discussione. Nell'esperienza pratica di

⁷⁸ A. Ceretti, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia*, cit., pp. 713-809, p. 797.

⁷⁹ J. Morineau, *Lo spirito della mediazione*, Franco Angeli, 2004.

⁸⁰ C. R. Rogers, D. E. Russel, *Carl Rogers: un rivoluzionario silenzioso*, Edizioni la Meridiana, 2006.

⁸¹ Il Disegno di legge approvato dal Consiglio dei Ministri il 17/12/2013 prevede una delega al Governo per introdurre l'obbligo di preliminarmente consulenza tecnica con fini conciliativi ex art. 696 bis c.p.c., in materia di responsabilità medica e di circolazione stradale, come condizione di procedibilità della domanda introduttiva del giudizio di merito, con conseguente esonero dall'obbligo di esperire il procedimento di mediazione a norma dell'art. 5, co.1-bis del d.lgs. 28/2010.

⁸² Relazione illustrativa al d.lgs. 28/2010.

questi anni di applicazione del d.lgs. 28/2010 alla materia sanitaria, tuttavia, è emerso che la visione facilitativa della mediazione prevista dal decreto, l'ipotesi di una attenzione al piano relazionale e alla costruzione di nuovi spazi di comprensione, si è concretizzata in nulla più che una dichiarazione d'intenti.

Risulta prevalere, infatti, una forma di mediazione “valutativa”, quasi “aggiudicativa” (osando un ossimoro), basata più sui diritti e non sul *riconoscimento* della persona, sull'accoglimento e sulla restituzione dei *sentiti* di dolore e di sofferenza dei pazienti e delle difficoltà di esercitare la difficile professione di medico e, infine, certamente non sulla soddisfazione dei bisogni veri e degli interessi. Il risultato è quasi sempre un accordo accettato, solo perché la strada giudiziaria è lunga, irta di ostacoli ed incerta: il medico, spesso, sente di aver dovuto accettare un accordo *obtorto collo*, pur essendo convinto di aver ben operato, mentre il paziente uscirà, spesso, dalla mediazione pensando che avrebbe avuto diritto ad ottenere di più e che, in ogni caso, “*quelli ci hanno sempre guadagnato*”.

Il ricorso alla proposta ex art. 11 del d.lgs. 28/10, nella visione facilitativa del Legislatore sopra esposta, dovrebbe essere l'estrema *ratio*; tuttavia assistiamo frequentemente all'uso eccessivo di questo strumento, anche in caso di contumacia della parte invitata⁸³. La materia della responsabilità medica è vista, spesso, come un gioco a “somma zero”, dove sia impossibile soddisfare gli interessi di tutte le parti e nel quale, al vantaggio di uno, debba necessariamente corrispondere lo svantaggio di un altro. Questo ha portato ad un eccessivo tecnicismo nell'applicazione del d.lgs. 28/2010 da parte di molti organismi di mediazione, dimenticando l'importanza dell'aspetto emotivo-relazionale.

In verità, anche in questa materia, basta spostare l'attenzione del mediatore, allontanandola dalle pretese e dai diritti rivendicati e avvicinandola alla persona, all'ascolto dei bisogni inespresi e insoddisfatti, individuando gli interessi di tutte le parti coinvolte nel conflitto. Il gioco a somma zero si trasforma immediatamente in un equilibrio osmotico, in cui tutti traggono benefici dall'accordo e si sentono soddisfatti.

Come afferma Bouchard: «*la mediazione definisce la propria fisionomia non tanto come supporto del modo di regolazione tipico del conflitto costituito dall'atto giurisdizionale, ma interviene come modo del tutto autonomo di regolazione del conflitto stesso; lo scopo che vuole raggiungere la mediazione è la restituzione ai soggetti protagonisti del conflitto del potere e delle responsabilità di assumere la decisione in ordine allo scontro che li oppone. Detto con parole più semplici: la mediazione si propone di ristabilire una relazione interrotta tra più parti, e non, a differenza dell'atto giudiziario, di stabilire un vincente ed un perdente, una ragione ed un torto*»⁸⁴.

Questo risultato, tuttavia, deve realizzarsi concretamente all'esito di una mediazione: nessuna delle parti deve sentire di aver perso qualcosa, altrimenti la mediazione, seppure abbia contribuito a deflazionare l'ormai esangue sistema giudiziario, non ha realizzato il suo scopo.

4. Conclusioni

Il d.lgs. 28/2010, pur con tutti i suoi limiti, può essere uno strumento utile per risolvere le controversie in materia sanitaria, con piena soddisfazione delle parti e deflazione del sistema giudiziario, a condizione che gli organismi di mediazione non trasformino il procedimento in un *mini-trial*, disattendendo e svalutando la natura facilitativa del procedimento voluta dal

⁸³ Si comprendono, in questo caso, le linee guida elaborate dall'ANIA per la gestione della mediazione ai fini conciliativi in materia assicurativa: <http://www.ania.it/CONSUMATORI/Mediazione.html>

⁸⁴ M. Bouchard, *La mediazione: una terza via per la giustizia penale?*, 1994.

Legislatore sin dalla prima formulazione del d.lgs.28/2010 e ribadita, con maggior forza, con la nuova formulazione dell'art. 1, co. 1, lettera a).

E' prevista la nomina di un ausiliario del mediatore, nei casi in cui sono necessarie specifiche competenze tecniche, come è il caso della materia di cui ci stiamo occupando. Il rischio, tuttavia, è che il mediatore rimetta, di fatto, il procedimento nelle mani dell'ausiliario, affidandogli la valutazione dell'eventuale responsabilità del medico o della struttura sanitaria e la determinazione del danno.

Per fare questo non è necessario scomodare la mediazione: il Legislatore ha previsto, infatti, un ottimo strumento di natura procedurale - l'accertamento tecnico preventivo ex art. 696 bis c.p.c. - con il quale il Giudice affida al consulente tecnico d'ufficio, oltre che la valutazione e la determinazione del danno, anche il tentativo di conciliare le parti.

L'ausiliario, allora, è un punto di forza nella mediazione solo se affianca un mediatore preparato, che dedica tempo ed attenzione anzitutto ai diretti protagonisti del conflitto, prima che alle loro richieste risarcitorie e di dichiarazione di responsabilità, che non teme di affrontare la vera natura del conflitto perché sa accogliere le persone, sa ascoltarle, sa riconoscere le loro sofferenze, sa restituire il loro vissuto e le loro emozioni, sa far fronte alle reazioni di natura emotiva e sa accompagnarle in un percorso di relazione, privo di giudizio, che conduce all'accordo.

L'auspicio è che nella prassi l'approccio valutativo - pur previsto dal d.lgs. 28/2010 - non prevalga la natura facilitativa della mediazione voluta dal Legislatore.

La proposta del mediatore

di Barbara Cocola e Giuseppe Valenti

(Avvocati, Mediatori Civili Professionisti)

Il d. lgs. 28/2010 nel disciplinare la fase conclusiva del procedimento di mediazione attribuisce al mediatore, in caso di mancato accordo tra le parti, la potestà di formulare una proposta conciliativa.

Stabilisce infatti l'art. 11 comma 1 che: *"Quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento. Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'articolo 13"*. L'opzione del legislatore verso un clinamen valutativo nell'ambito di una procedura eminentemente facilitativa trova probabile ragione nella volontà di evitare che il tentativo di conciliazione si traduca in un "nulla di fatto" per l'atteggiamento di chiusura pregiudiziale delle parti, dovuto alle tensioni generate dal conflitto personale, o alla eccessiva convinzione nel fondamento della propria pretesa. La proposta del mediatore assume così un significato ulteriore, soprattutto se valutata nell'ottica dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione. La ratio è fornire un'ultima opportunità alle parti, una concreta e credibile alternativa in extremis alla via giudiziale, stimolando in esse un'ulteriore riflessione conciliativa. Una proposta equilibrata ed imparziale, potrebbe infatti incontrare l'interesse di tutte le parti. Anche per questo, probabilmente nella formulazione originaria il legislatore aveva addirittura previsto il "dovere" del mediatore di formulare una proposta alle parti in disaccordo; più prudentemente, nella versione definitiva della legge il legislatore ha invece rimesso al mediatore l'opportunità di formulare una proposta, limitandone l'obbligo al caso in cui tutte le parti gliene facciano concorde richiesta.

Viste le possibili conseguenze sul regime delle spese processuali dell'eventuale successivo giudizio, formulare una proposta richiede al mediatore un'attenta valutazione degli elementi fattuali, e nello stesso tempo una conoscenza profonda ed accurata degli istituti giuridici investiti dalla controversia e dalle soluzioni ipotizzabili. Perché abbia buon esito è essenziale quindi che la proposta del mediatore sia non solo equilibrata nel senso di dare la massima soddisfazione possibile agli interessi delle parti, ma che tale soluzione possa avere una veste giuridica fedele quanto legalmente corretta.

In una prima lettura si è addirittura è sostenuto che il perimetro delle soluzioni negoziali proponibili dal mediatore fosse più ristretto di quello immaginabile dalle parti: Se infatti queste ultime, nella ricerca di una soluzione condivisa della controversia, potrebbero immaginare accordi creativi il cui contenuto vada anche molto *"ultra petitum"* rispetto al conflitto originario, una proposta formulata dal mediatore non avrebbe dovuto allontanarsi dai *petita* della controversia deducibili in giudizio in caso di mancato accordo, nell'ottica di deterrente al rifiuto ingiustificato della proposta formulata dal mediatore affidata all'art. 13 d.lgs 28/2010. Tale norma consente infatti al giudice di punire pesantemente la parte che rifiuti la proposta del mediatore se corrispondente, anche solo parzialmente, alla successiva sentenza. Per questo è vista con preoccupazione da quegli avvocati che mirano a far beneficiare l'assistito della dilazione assicurata dai tempi del processo. E' questa però una lettura limitata dall'ottica giusprocessualistica della mediazione quale condizione di procedibilità, e non del tutto corretta sul piano sistematico sostanziale. Da tale punto di vista infatti, la proposta del mediatore ha e deve avere (cfr. codice europeo per mediatori, in

particolare quale epifania dell'obbligo di agire sempre nell'interesse della mediazione) una finalità completamente diversa. Ascoltando le parti il mediatore ha la possibilità di venire a conoscenza di aspetti della controversia che mai emergerebbero in sede giudiziale, sicché egli potrebbe pervenire a una proposta che tenga conto di tali aspetti, emersi durante gli incontri di mediazione, ma che perciò potrebbe essere considerevolmente diversa dalla soluzione adottabile con la sentenza, fermo restando il rispetto delle norme imperative. L'obiettivo è qui quello di stimolare una ulteriore riflessione sulla vicenda, facendo emergere interessi, spesso latenti, che le parti inizialmente tendono a non considerare perché troppo coinvolte emotivamente dalla vicenda, o perché arroccate sulle loro questioni di principio. Alla luce delle indicazioni del codice europeo per mediatori, fonte ermeneutica primaria in quanto richiamato nei "considerando" della direttiva 52/CE/2008, di cui il d.lgs. 28/2010 è norma attuativa, il mediatore non dovrebbe perciò essere "distratto" nella formulazione della proposta dalle possibili conseguenze di quest'ultima in sede giudiziale, ma proporre alle parti la "sua" soluzione, nello spirito di una composizione condivisa della controversia, mai come una pressione posizionale sotto minaccia di sanzione. Né d'altra parte sarebbe opportuno associare al mediatore una funzione punitiva, se lo scopo della mediazione è la composizione della controversia.

Quindi sarebbe opportuno che il mediatore, nel monologo di apertura del primo incontro di mediazione, spiegasse alle parti che in caso di *impasse* la proposta del mediatore costituisce una opportunità da valutare con attenzione, uno spunto di riflessione ulteriore che non devono mai temere, ma a cui devono avvicinarsi con fiducia nel momento in cui esse stesse non riescono con le proprie forze a raggiungere un accordo. Si devono superare le resistenze a cooperare nel percorso facilitativo, indotte dal timore dagli effetti della proposta in caso di mancato accordo. La disponibilità a rivelare informazioni preziose per la composizione della lite aumenterebbe, se le parti fossero consapevoli che tali informazioni possono essere utilizzate sempre e solo nel loro interesse.

Nella più recente esperienza italiana ancora si assiste alla sottovalutazione della mediazione quale opportunità per risolvere le controversie. Probabilmente ciò è dovuto alla disinformazione strategica attuata da una parte dell'avvocatura, prevenuta, male informata e quindi avversa l'istituto. Un atteggiamento che spesso si esprime con la mancata comparizione delle parti invitate al primo incontro di mediazione o, ancora peggio, attraverso la comparizione solo formale della parte invitata, con la pretesa aprioristica di non impegnarsi in alcun tentativo conciliativo, nella erronea convinzione di avere così esperito (*rectius* eluso) il tentativo obbligatorio di mediazione laddove essa è condizione di procedibilità. In questi casi soprattutto la proposta può essere utilizzata dal mediatore per sbloccare la situazione e stimolare una soluzione effettiva ed efficace della lite.

Il mediatore, che svolgesse l'incontro di mediazione alla presenza della sola parte istante, potrà, invitare quest'ultima a formulare essa stessa una proposta conciliativa, anche riconsiderando la posizione iniziale al fine di stimolare la parte non aderente ad una riflessione ulteriore. In questo caso non si tratta di "proposta del mediatore" ma di "proposta della parte", che non ha alcuno degli effetti previsti dall'articolo 13 del decreto 28/2010, ma che potrà, una volta trasmessa alla parte assente e da essa disattesa, essere riportata nel verbale di mancato accordo allo scopo di evidenziare l'*animus* conciliandi della parte istante, e quindi valutata dal giudice nel successivo giudizio per desumerne eventualmente argomenti di prova ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile.

A seguito del rifiuto della parte assente a prendere in considerazione la proposta dell'istante, quest'ultima potrebbe chiedere al mediatore, qualora il regolamento dell'organismo lo prevedesse, di formulare una proposta conciliativa. Il mediatore dovrebbe allora formulare una proposta che possa avere una certo "*appeal*" nei confronti della controparte usando

prudenza ed attenzione, sulla base dei soli elementi forniti dalla parte istante, che potrebbero non essere sufficienti alla completa comprensione della controversia. E' quindi consigliabile che il mediatore rifletta attentamente, in quanto l'obiettivo dovrà essere sempre e comunque quello di agire nell'interesse della mediazione, cioè al fine di provocare una reazione positiva nell'altra parte, e gli elementi forniti da una sola di esse non sempre sono sufficienti ad una disamina completa della vicenda per la formulazione di una proposta. Inoltre quest'ultima potrebbe anche indurre la parte assente a rivalutare la possibilità di aderire alla procedura, perfino rifiutando prima facie la proposta del mediatore, e contestualmente inviando una propria controproposta che potrebbe così riaprire il dialogo tra le parti. Anche una proposta del mediatore rifiutata dalle parti, ma che portasse ad uno scambio reciproco di proposte e ad una soluzione finale positiva avrebbe comunque raggiunto il suo scopo: aprire il negoziato e il confronto, trasformare il conflitto in una soluzione, in altre parole l'essenza della mediazione.

Nel caso invece in cui, oltre alla proposta di parte, anche la proposta del mediatore venisse rifiutata, nel verbale di mancata adesione verrebbero inserite sia la proposta della parte che la proposta del mediatore, con risvolti interessanti in sede giudiziale, potendo la parte non aderente subire conseguenze non solo ai sensi dell'art. 116 cpc ma anche ai sensi dell'art. 13 del d. lgs. 2013 nonché quelle di cui all'art. 8 comma 4 bis del d. lgs 28/2010 per la mancata adesione.

In assenza della parte invitata, la proposta conciliativa formulata dal mediatore può sembrare voler snaturare il suo ruolo "naturale", affidandogli un ruolo "valutativo-punitivo" non coerente con il concetto di mediazione "pura" che tanto ci è caro. Questo può essere vero in astratto, tuttavia nella pratica quotidiana bisogna tener conto degli effetti della obbligatorietà del tentativo pregiudiziale, che prospetta la mediazione anche a parti e avvocati prevenuti e riottosi, e dei tentativi di abuso della "via di fuga" offerta dalla pretesa gratuità del mancato accordo al primo incontro. Insomma nell'attuale momento storico la diffusione della mediazione sta vivendo una fase difficile a causa della cattiva percezione dell'istituto, complice non poco l'avversione di parte dell'avvocatura che si riverbera sui cittadini-clienti, e necessita quindi del ricorso a strumenti che superino tale ostacolo.

L'esperienza pratica degli organismi che hanno adottato questa linea ha sinora mostrato che l'invio di una proposta, sia essa di parte o del mediatore, aiuta a riaprire e definire positivamente un maggior numero di trattative, soprattutto quando il mediatore abbia evidenziato nella comunicazione d'invio della stessa le conseguenze del rifiuto.

Ernesto Lupo, Primo Presidente della Corte di Cassazione, alla conferenza "Il Giusto rapporto tra giurisdizione e mediazione" del 19 ottobre 2012 disse: *"In Italia, il tentativo di conciliazione è previsto dal legislatore come obbligatorio in diverse materie. La scelta è dovuta alla necessità di forzare un cambiamento culturale che altrimenti sarebbe sicuramente mancato"*. Con lo stesso spirito proteso al cambiamento culturale, il mediatore deve avvicinarsi con coraggio alla proposta, consapevole di disporre di uno strumento fondamentale per l'affermazione dell'istituto della mediazione, certamente forzoso nei casi di mancata adesione, ma allo stesso modo irrinunciabile in questa fase così difficile per la giustizia italiana, in cui la mediazione può costituire, se conosciuta e compresa, un primo passo verso una gestione del conflitto più a "misura della persona".

La Mediazione Penale: prospettive in Italia nel quadro Europeo

di Salvatore Primiceri

(Dottore in Giurisprudenza, Mediatore civile e commerciale, mediatore familiare, docente formatore. Editore e autore di testi giuridici, esperto in comunicazione professionale)

La legislazione in materia di mediazione civile e commerciale, di recente introduzione in Italia, sta suscitando innumerevoli discussioni che testimoniano quanto la “resistenza al cambiamento” sia un fenomeno ben radicato nel nostro Paese. Eppure la mediazione non è un’invenzione italiana; è un principio universale di civiltà su cui l’Europa, di cui facciamo formalmente parte ma di cui recepiamo le direttive solo a pezzi incorrendo puntualmente in sanzioni, ci ha più volte sollecitato a legiferare. Non solo. L’Europa ci incita ad ampliare e migliorare l’istituto della mediazione come metodo alternativo di risoluzione delle controversie, in tutti i campi.

Se le resistenze sono così diffuse in materia civile, la questione diventa ancora più complessa se si rileva che l’Unione Europea, quando parla di mediazione, intende comprendere anche la sfera penale.

Di mediazione penale, in Italia, si parla ancora troppo poco nonostante i timidi segnali a introdurre l’argomento, arrivati recentemente da alcuni esponenti istituzionali, primo fra tutti il vice presidente del Consiglio Superiore della Magistratura, Michele Vietti. Oltre ad essere un pieno e convinto sostenitore dell’opera di diffusione della cultura della mediazione civile, Vietti ha sottolineato come anche nel campo penale si possano individuare spazi per la mediazione che mettano in un rapporto dialogico la vittima e l’autore del reato.

Siamo nel campo della cosiddetta “giustizia riparativa” le cui strade sembrano iniziare ad aprirsi lentamente e faticosamente anche in Italia. La recente presa di maggior consapevolezza sulla dignità umana dei detenuti, sul problema del sovraffollamento delle carceri e sull’effettiva inutilità del valore punitivo della pena, ha ufficialmente avviato un dibattito che, con ogni probabilità, dovrà far assumere un volto decisamente diverso alla cultura giuridica del nostro Paese, provocando entusiasmi da un lato e forti resistenze dall’altro.

Per giustizia riparativa si intende: “il procedimento nel quale la vittima e il reo o, se appropriato, ogni altro individuo o membro della comunità lesi da un reato, partecipano insieme attivamente alla risoluzione delle questioni sorte dall’illecito penale, generalmente con l’aiuto di un facilitatore” (Risoluzione 2000/14 ECOSOC).

Come dicevamo, è l’Europa a indirizzare gli Stati Membri verso una giurisdizione che preveda l’impiego della mediazione anche in campo penale. Il documento più rilevante sul tema è senz’altro la “*Decisione quadro del Consiglio 2001/220/GAI, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale*”. Prima ancora vi era stata la

raccomandazione relativa alla Mediazione in materia penale (Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa n. R(99)19 adottata il 15/09/1999). La decisione quadro prevede che i diritti minimi per le vittime di reati siano esercitati in relazione ai procedimenti penali. Essa stabilisce disposizioni in base alle quali viene garantito alle vittime il diritto di essere sentite, la possibilità di partecipare al procedimento (anche quando il reato è stato commesso in un altro Stato membro), la protezione, il risarcimento e l'accesso alla mediazione e alle informazioni pertinenti.

Tale decisione parla espressamente di mediazione. Essa infatti prevede che *ciascuno Stato membro provvede a promuovere la mediazione tra vittime e autori del reato nei casi in cui la mediazione è opportuna, e a garantire che eventuali accordi raggiunti tra la vittima e l'autore del reato nell'ambito dei procedimenti penali vengano presi in considerazione.*

Per precisione, all'articolo 10 (Mediazione nell'ambito del procedimento penale), essa prevede che:

- Ciascuno Stato membro provvede a promuovere la mediazione nell'ambito dei procedimenti penali per i reati che esso ritiene idonei per questo tipo di misura.
- Ciascuno Stato membro provvede a garantire che eventuali accordi raggiunti tra la vittima e l'autore del reato nel corso della mediazione nell'ambito dei procedimenti penali vengano presi in considerazione.

La strada della “giustizia riparativa” è spinta anche dalle Nazioni Unite. La risoluzione sui principi base circa l'applicazione di programmi di giustizia riparativa nell'ambito penale (Economic and Social Council delle Nazioni Unite n. 15/2002), incoraggia gli Stati membri a sviluppare programmi in tal senso e di supportarsi a vicenda per avviare ricerche, valutazioni, scambi di esperienze. Le indicazioni suggerite dal documento non possono essere obbligatorie e rigide dovendosi adattare al sistema penale dei vari Stati. *“La giustizia riparativa – si legge nel documento - va considerata come una misura dinamica di contrasto alla criminalità, che rispetta la dignità di ciascuno e l'eguaglianza di tutti, favorisce la comprensione e contribuisce all'armonia sociale essendo tesa alla "guarigione" delle vittime, dei rei e delle comunità. Gli interventi di giustizia riparativa danno la possibilità alle vittime di ottenere una riparazione, di sentirsi più sicure e di trovare una tranquillità, e permette altresì ai delinquenti di prendere coscienza delle cause e degli effetti del loro comportamento e di assumersi le loro responsabilità in maniera costruttiva, aiutando anche le comunità a comprendere le cause profonde della criminalità e a promuovere azioni per un maggiore benessere e per la prevenzione della criminalità”.*

La decisione quadro dell'Unione Europea trova tuttavia in Italia difficoltà di attuazione, sia per motivi culturali che procedurali. *“Principalmente va considerata la difficoltà di comprendere/accogliere/declinare nella pratica la possibilità di procedure alternative di gestione del conflitto rappresentato dal reato”* (Patrizi, De Gregorio, 2009, p. 80).

Il Ministero della Giustizia ricorda, inoltre, che in Italia vige il principio della *"obbligatorietà dell'azione penale"* e che pertanto nessuna politica di sviluppo delle pratiche di mediazione può rispondere all'esigenza primaria di riduzione e snellimento delle procedure processuali; il processo penale minorile tuttavia ha in sé la possibilità di ridisegnare i confini dell'intervento penale, creando delle "terre di mezzo" nelle quali è possibile "fare giustizia" senza fare

processi. È soprattutto per questo che la mediazione penale in Italia stia espandendosi nel campo dei procedimenti nei confronti dei minori.

La legislazione italiana sulla mediazione penale trova, infatti, parziale conforto nelle seguenti norme, prima fra tutte proprio quella sulla “conciliazione del minorenne”:

- Artt. 28 e 29 del D.P.R. 448/88 sulla sospensione del processo e la messa alla prova. L'art. 28 recita "Con il medesimo provvedimento il Giudice può impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minorenne con la persona offesa dal reato".
- Art. 11 della L. 663/86 concernente le prescrizioni da impartire agli affidati in prova al servizio sociale «Nel verbale (delle prescrizioni, N.d.R.) deve (e non più può) anche stabilirsi che l'affidato si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del suo reato»;
- Art. 27 del Regolamento di Esecuzione dell'Ordinamento penitenziario riformato nel 2000 (D.P.R. n. 230) al primo comma stabilisce che l'osservazione della personalità dei condannati deve implicare anche « [...] una riflessione sulle condotte antiggiuridiche poste in essere, sulle motivazioni e sulle conseguenze negative delle stesse per l'interessato medesimo e sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato, incluso il risarcimento dovuto alla persona offesa»;
- Art. 118 del Regolamento di esecuzione dell'Ordinamento penitenziario contempla che, in particolare, «gli interventi del servizio sociale per adulti, nel corso del trattamento in ambiente esterno, sono diretti ad aiutare i soggetti che ne beneficiano ad adempiere responsabilmente gli impegni che derivano dalla misura cui sono sottoposti. Tali interventi, articolati in un processo unitario e personalizzato, sono prioritariamente caratterizzati [...] da una sollecitazione a una valutazione critica adeguata, da parte della persona, degli atteggiamenti che sono stati alla base della condotta penalmente sanzionata, nella prospettiva di un reinserimento sociale compiuto e duraturo».

Al momento, la principale esperienza italiana in campo di mediazione penale si riscontra quindi nel procedimento penale a carico di minori in quanto è stato individuato uno “spazio” di azione previsto dalla legge.

Sul tema si colloca il documento "L'attività di mediazione nell'ambito della giustizia penale minorile. Linee di indirizzo" elaborato dalla Commissione nazionale consultiva e di coordinamento per i rapporti tra il Ministero della Giustizia, le regioni, gli enti locali ed il volontariato ed approvato in sede politica il 30 novembre 1999; il documento risponde all'obiettivo di promuovere l'attività di mediazione penale e di fornire orientamenti condivisi e unitari in merito alle modalità di attuazione. Il Ministero della Giustizia definisce la mediazione come *un percorso relazionale tra due o più persone per la risoluzione di conflitti che si caratterizzano per la natura sociale, culturale, penale*. In quest'ultimo campo il conflitto si configura come reato. E poi ancora: *“nella mediazione penale minorile, l'asimmetria delle parti, vittima e reo, costituisce un fattore specifico che richiede particolari cautele e tutele a protezione dei soggetti ed una diversificazione degli obiettivi della mediazione: questi devono essere chiariti dal mediatore agli interessati per permettere un*

incontro e una comunicazione efficace tra le parti. Per la vittima, che nel processo penale minorile non può costituirsi come parte civile (art.10 del D.P.R. 448/88), la mediazione consente di esprimere in un contesto protetto il proprio vissuto personale rispetto all'offesa subita, di uscire da un ruolo passivo dando voce e visibilità alla propria identità personale”.

Il modello organizzativo della mediazione penale nel processo minorile è costituito da un organismo, denominato "ufficio" o "centro per la mediazione penale", con sede autonoma rispetto al tribunale per i minorenni, con il quale collaborano operatori dei servizi minorili della giustizia e dei servizi territoriali sociali e sanitari, esperti e volontari. Per quanto riguarda il ruolo del mediatore in ambito penale, esso viene esercitato da una figura preparata pedagogicamente, sociologicamente e psicologicamente attraverso appositi corsi di formazione. Il mediatore ha un ruolo neutrale, non direttivo, di facilitatore della comunicazione oltre che di garante delle regole di interazione verbale che all'inizio dell'incontro di mediazione vengono prioritariamente esplicitate, condivise ed accolte dalle parti. L'esito del percorso di mediazione penale si configura come positivo o negativo e viene comunicato al giudice dal mediatore. L'incontro di mediazione ha carattere di assoluta riservatezza e per questo il mediatore non fornirà al giudice le motivazioni specifiche sull'accordo. Per esito positivo s'intende una ricomposizione o significativa riduzione del conflitto: in tal caso si prevede la possibilità di definire accordi di riparazione riguardanti interventi diretti alla vittima, compreso il risarcimento, o attraverso lo svolgimento di attività di utilità sociale. Tale opportunità consente una riparazione delle conseguenze del reato con una diretta valenza restitutiva per la vittima ed educativa per l'autore del reato.

Compito, quindi, della mediazione penale è giungere ad una “riparazione”. Nel contesto del concetto di riparazione è insita la valenza pro-sociale dell'autore del reato e della vittima, oltre che della mediazione stessa. Infatti, l'autore del reato, con la riparazione, restituisce equilibrio mentre la vittima, accettando la riparazione “solleva” l'autore del reato dal senso di colpa permettendogli di recuperare una fiducia in sé stesso e la possibilità di operare secondo giustizia in futuro. In tutto questo la mediazione penale assume quindi un valore estremamente importante nel suo impatto con la società, aprendo la porta ad una strada certamente difficile (quella della comprensione e della rieducazione) ma che sicuramente vale la pena percorrere, una strada che conduca verso una società sempre più dialogica, responsabile e capace di rinascere costruttivamente quando sbaglia.

Usucapione e mediazione – I parte

di Salvatore Pantaleo

(Notaio)

Nel decreto cd “ del fare” (d.l. 21 giugno 2013 n. 69) è stata inserita una novità, in relazione alle tematiche in oggetto, e cioè una aggiunta all’art. 2643 c.c. con il nuovo n. 12-bis, che ha reso trascrivibili «**gli accordi di mediazione che accertano l’usucapione** con la sottoscrizione del processo verbale autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato».

Per capire il valore di una simile novità bisogna ricordare brevemente ciò che in precedenza sulla questione si è sostenuto poiché tale norma ha la presunzione di essere intervenuta su una controversia che tuttavia non sembra risolta.

Il nostro punto di partenza sono le pronunzie giudiziali di Tribunale intervenute nel periodo precedente alla modifica, tutte sostanzialmente contrarie alla trascrivibilità, ma unanimemente concordi nel considerare il tentativo di mediazione comunque obbligatorio, sia perché trattasi di “controversia in materia di diritti reali” ai sensi del primo comma dell’art. 5 del d.lgs. 28/2010 e sia perché la risoluzione extragiudiziale della lite, possibile anche in relazione alla domanda di **usucapione**, avrebbe comunque effetti utili per le parti e deflattivi sui carichi di giustizia, a prescindere dall’impossibilità di pubblicazione nei Registri immobiliari dell’accordo conciliativo.

Le questioni accennate sono emerse, con tutte le loro implicazioni, inizialmente nell’ambito dei contenziosi tra i destinatari degli effetti del verbale di conciliazione e le Agenzie del Territorio di volta in volta chiamate a trascrivere il verbale di conciliazione stesso.

La collocazione su piani diversi delle problematiche attinenti la possibilità di accordi negoziali aventi ad oggetto l’accertamento dell’**usucapione** e la loro trascrivibilità risulta ben evidenziata nel decreto emesso dal Tribunale di Roma **22 luglio 2011 cron 6563 R. gen. 6188/2011** che decidendo su un ricorso *ex art.* 2674 bis cod. civ. avverso una trascrizione con riserva di un verbale di conciliazione accertativo dell’**usucapione** ha affermato che il verbale di conciliazione, ancorché omologato dal Tribunale, non perde la sua qualifica negoziale che, in caso di accertamento dell’**usucapione**, non si risolve in uno degli accordi elencati nell’art. 2643 cod. civ. in quanto non realizza un effetto modificativo, estintivo o costitutivo, ma rappresenta, al contrario, un **mero negozio di accertamento** non equiparabile, quanto agli effetti, alla sentenza di accertamento dell’**usucapione** trascrivibile ai sensi dell’art. 2651 cod. civ.

In senso conforme anche il Tribunale di Massa (ordinanza del 2 febbraio 2012) che ha posto l’accento sul differente **ruolo svolto dai mediatori rispetto all’Autorità Giudiziaria**; i primi, si limitano a facilitare l’incontro delle volontà delle parti senza prendere posizione sul merito della controversia, la seconda decide quale delle due parti in conflitto ha ragione e merita l’accoglimento della propria domanda. Sotto altro profilo il Tribunale di Massa ha evidenziato che, comunque, l’utilità del tentativo di mediazione nelle controversie che riguardano l’**usucapione** non verrebbe meno per il sol fatto della intrascrivibilità dell’accordo

conciliativo, in quanto l'accordo raggiunto in sede di conciliazione consentirebbe una più rapida soluzione del giudizio successivo, la cui sentenza potrà essere trascritta ai sensi dell'art. 2651 cod.civ.

Su posizioni diverse si collocano le pronunce del Tribunale di Palermo (sez. Bagheria, ordinanza del 30 dicembre 2011) e del Tribunale di Como (sez. Cantù, ordinanza del 2 febbraio 2012) le quali pur riconoscendo che, in astratto, un accordo conciliativo avente ad oggetto l'accertamento dell'**usucapione** non è trascrivibile ritengono che il verbale di conciliazione intervenuto all'esito di un procedimento di mediazione diretto ad accertare l'acquisto di un bene a titolo di **usucapione** potrebbe qualificarsi non mero negozio di accertamento (dichiarativo dell'intervenuta **usucapione**) intrascrivibile, ma **atto di disposizione posto in essere dalle parti nell'esplicazione della loro autonomia privata (ex art. 1322 cod. civ.)** che potrà assumere, di volta in volta, le forme più varie per risolvere la lite (rinuncia al diritto di proprietà, rinuncia alla domanda di **usucapione** a fronte del pagamento di una somma di denaro, etc.), **senza coincidere con il contenuto della pronuncia giudiziaria** richiesta da parte attrice e, quindi quale espressione del potere negoziale delle parti *ex art. 1321 cod. civ.* diretto a regolamentare la situazione giuridica sostanziale .

In buona sostanza in queste decisioni, il verbale di conciliazione in materia di accertamento di **usucapione** sarebbe espressione dell'esercizio della autonomia privata delle parti, le quali non accerterebbero l'esistenza dei presupposti per il perfezionamento dell'**usucapione** ma porrebbero in essere un diverso negozio di disposizione del diritto di proprietà che troverebbe la sua giustificazione causale nella conciliazione della controversia.

Molto interessanti sono poi, e fondamentali direi per quel che si sosterrà in prosieguo, le pronunce del Tribunale di Terni, del 7 agosto 2012 cron. 1334 che ha omologato un verbale di conciliazione contenente accertamento di usucapione, previa **integrazione di documentazione** al fine di verificare l'esistenza di soggetti terzi giuridicamente interessati alla situazione sostanziale dedotta in lite e del Tribunale di Lametia Terme del 7 febbraio 2012 che ha sostenuto che la verifica, in sede di omologazione, di ordine pubblico o a norme imperative, previo accertamento della regolarità formale, **non può prescindere da una deliberazione sulla corretta instaurazione del contraddittorio fra tutti i soggetti giuridicamente interessati alla situazione sostanziale** dedotta: quindi in caso di usucapione i proprietari del bene di cui è domandata l'usucapione ed i creditori iscritti sul bene medesimo.

Queste pronunce siano sufficienti per affrontare il problema della mediazione ed usucapione in modo sostanziale, quindi per rendere corretto l'approccio alla mediazione in questo caso specifico **ove la specificità del caso può essere un limite per la mediazione stessa**, la conduzione della mediazione e l'atto finale, perché è di questo che nel mio intervento voglio parlare. Cioè voglio tentare di utilizzare le suddette pronunce riguardo la trascrizione come opportunità operative e di sostanza.

A mio avviso emergono alcune preoccupazioni sulla questione.

Prima preoccupazione: un accordo conciliativo (indipendentemente dalla trascrizione ed alla natura che gli vogliamo dare) che accerta l'avvenuta usucapione della proprietà o altro diritto

reale, non deve « minare la funzione di certezza dei rapporti giuridici cui è anche preordinato l'istituto della trascrizione, ben potendo le parti utilizzare tale istituto non per la composizione di una lite effettiva ma per dissimulare operazioni negoziali ai danni di terzi, con seri pregiudizi alla circolazione dei beni. Si pensi al caso in cui il convenuto non sia l'effettivo proprietario del bene per cui è controversia».

Va sottolineato ed assolutamente fugato il rischio che la mediazione-conciliazione possa essere utilizzata, in modo strumentale, per creare titoli di proprietà fittizi al di fuori sia delle regole tassative che disciplinano gli acquisti a titolo originario, sia delle regole che governano l'autonomia privata negli acquisti a titolo derivativo e, quindi, diventare una scorciatoia per creare dei titoli di proprietà “ibridi” in cui si combinano requisiti previsti dalla legge per gli acquisti a titolo originario (*recte*: per l'**usucapione**) e requisiti previsti per gli acquisti a titolo derivativo con il rischio di sopperire la carenza di alcuni requisiti richiesti dalla legge per gli uni con la presenza di requisiti previsti per gli altri e viceversa.

Tutto ciò invero deve essere a base di ogni caso che si pone innanzi la media-conciliazione, se non altro perché ne risentirebbe la serietà del mezzo e degli organismi. Per cui mi rifiuto di spendere altre parole su tale questione né affrontare il problema sotto questa angolazione. I rimedi l'ordinamento giuridico li ha posti con gravi conseguenze sia per il mediatore, che per l'organismo, e per le parti e per i procuratori delle parti che oggi sono elementi essenziali nella mediazione obbligatoria.

Seconda preoccupazione: lo “strumento” da utilizzare quando stiliamo un accordo conciliativo sull'usucapione. Come interpretare il dispositivo della legge, che non parla di verbale di mediazione ma di “**accordo di mediazione**” che “**accerta**”?

Possiamo ipotizzare due risposte :

- a1) accordo quale “atto di accertamento” in senso proprio;
- a2) accordo riportato al concetto di transazione sia in senso proprio o in senso lato.

Di seguito sintetizzo al massimo le tesi.

a1) Possibilità di ricorrere all'atto di mero accertamento : accertamento significa atto che verifica l'esistenza giuridica di qualcosa, giustificato perché strumento della autonomia privata **che soddisfa esigenze di meritevolezza per** assicurare la pace sociale e prevenire controversie; tra le parti non vi sono concessioni reciproche ma esclusivamente la volontà di eliminare incertezze. E' istituto di elaborazione dottrinale e riconosciuto dalla giurisprudenza.

Esistono nel nostro ordinamento alcuni esempi, per cui la dottrina ne fa una categoria.

Per esempio il sistema giuridico riconosce l'ammissibilità (e indirettamente la trascrivibilità) del negozio di accertamento nel recentissimo testo dell'art. 78 D.lgs 10. 2. 2005, n. 30 che, sia pure in tema di diritti di brevetto – forse diritti reali, ma certo diritti assoluti - esplicitamente collega la pubblicità, indifferentemente, a provvedimenti giudiziali e atti dell'autonomia privata con effetti attributivi o accertativi.

Chi ritiene ammissibile tale negozio ovviamente ritiene che l'attività accertativa (poiché negoziale) ha carattere non solo dichiarativo ma anche e comunque costitutivo, modificativo ed estintivo secondo gli elementi dell'art. 1321 c.c. cioè produttivo di un quid novi identificato o nell'effetto preclusivo (con ciò avvicinandolo di molto alla transazione) o in un

effetto modificativo che consiste o nella ripetizione di un comando o nell'obbligo concordato (pattizio) di intendere una modalità dubbia. Qualificandola come negozio non è quindi una mera dichiarazione di scienza che ha effetti probatori ma ha assume rilevanza sostanziale.

Senza volerci addentrare all'interno delle molteplici questioni inerenti il negozio di accertamento, sinteticamente rilevo che: il negozio di accertamento, comunque inteso, è una fattispecie, **per definizione di secondo grado**, dacché presuppone sia la preesistenza di un fatto o di una relazione giuridica sia che il fatto o la relazione giuridica presentino, in uno o più dei loro segmenti o modalità, profili di incertezza.

L'inesistenza del rapporto giuridico da accertare ovvero l'assenza di incertezza determinerebbero la nullità del negozio di accertamento per difetto di causa, non potendo il negozio di accertamento considerarsi titolo autonomo di un'attribuzione patrimoniale. Ciò che il negozio di accertamento è in grado di offrire all'autonomia privata è la certezza in ordine a determinate modalità di attuazione di un rapporto giuridico ovvero relativamente a determinati fatti che si sono svolti tra le parti, e quindi non potrebbero accertare l'esistenza di un rapporto giuridico che non è mai nato ovvero che un bene è di proprietà di un soggetto in forza per esempio di una compravendita che non si è mai perfezionata.

Vi debbo quindi segnalare che in giurisprudenza, la necessità di un rapporto giuridico sottostante che giustifichi determinate attribuzioni, quale fondamento di un valido negozio di accertamento, è ben chiara ed evidente in tutti i casi in cui si controverta in tema di proprietà immobiliare e diritti reali. E ciò si spinge a sostenere che la particolare attenzione è data soprattutto dal fatto che i contratti che riguardano la proprietà di beni immobili e degli altri diritti reali devono rivestire la forma scritta (art. 1350 cod. civ.) dacché non possono darsi per presunti in sede di accertamento giudiziale. La giurisprudenza della Suprema Corte per quanto riguarda il riconoscimento della proprietà o di altri diritti reali può considerarsi consolidata e ferma, per oggi, sul seguente principio: «il negozio di accertamento di un diritto reale, la cui funzione è quella di rendere definitiva la situazione giuridica derivante dal rapporto preesistente eliminando gli elementi di incertezza, **non ha alcun effetto traslativo**, e, pertanto, per la regolamentazione della relativa situazione giuridica controversa, deve farsi capo, in ogni caso, alla fonte precettiva originaria, che ne costituisce il fondamento».

In buona sostanza, la proprietà immobiliare (o altro diritto reale) per la giurisprudenza fino ad oggi, non potrà avere come titolo di acquisto il negozio di accertamento ma dovrà avere come titolo un contratto con una valida causa ovvero una modalità di acquisto di cui all'art. 922 cod. civ.

Percorrendo pertanto tale opinione, e cioè che il negozio di accertamento, importa una vicenda modificativa in senso lato, suscettiva di pubblicità dichiarativa, quando riguardi vicende circolatorie, per i negozi che “accertano” una base negoziale pregressa “incerta”, possiamo ipotizzarne l'uso allorché l'incertezza sia collegata a situazioni meramente fattuali collegate ad una destinazione obiettiva (ad es. art. 1117 c.c.), allorché ci si trovi di fronte a presunzioni che sono controbilanciate da fattori contrapposti, come nei casi di cui agli artt. 880, 881 e 1117 c.c. (prescindendo in quest'ultimo caso dalla destinazione fattuale); ancora per casi “particolari” quali l'accertamento dei confini *ex art. 950 c.c.*, in qualche raro caso in cui sia “dogmaticamente incerto” un acquisto *ex lege*: se si ammette, la possibilità di un acquisto *ex lege* di proprietà superficaria da parte del comunista che abbia edificato

abusivamente sul terreno, il negozio che accerta tale acquisto, essendo esso “dogmaticamente incerto” ed essendo ipotizzabile (forse) una vicenda circolatoria può (forse) inquadrarsi nell’ambito dei negozi di accertamento con effetti modificativi in senso lato.

Invece una vicenda modificativa in senso lato (suscettiva quindi di pubblicità dichiarativa, come fattispecie circolatoria) ha qualche perplessità di invocarsi, ripeto per le pronunce giurisprudenziali fino ad oggi, per gli accertamenti di acquisti a titolo originario (per i quali potrebbe valere semmai la pubblicità notizia). La ragione di ciò la rispiego è la seguente: l’accertamento negoziale di un acquisto a titolo originario o anche l’accertamento dell’estinzione di un diritto reale di godimento per non uso non può dirimere l’incertezza (con valore di modifica in senso ampio) in ordine ad un acquisto a titolo originario che per definizione sfugge alla pubblicità di cui all’art. 2643-2645; potrà forse solo trattarsi di una dichiarazione con fini ed effetti probatori o (forse) obbligatori. In altre parole secondo tale tesi, l’accertamento negoziale dell’**usucapione** non riguarda una vicenda circolatoria ed è quindi “fuori” dalla portata degli artt. 2643-2645 c.c.; altrettanto se si accerta una estinzione per non uso.

Corollario a quanto sopra detto è che comunque lo vogliamo concepire, il **c.d. contratto di accertamento non si sovrapporrà mai alla sentenza dichiarativa di usucapione** né per gli effetti né per la pubblicità.

A2) Su questo assunto e su quelli precedenti, (contratto di accertamento come modifica della realtà giuridica), **i fautori della teoria della transazione** invece sulla base di alcune intuizioni di Santoro – Passarelli, sostengono che:

il contratto è sempre un atto di normazione concreta privo della funzione dichiarativa; per cui anche quando le parti risolvono negozialmente la lite, non per mezzo di reciproche concessioni, bensì per il riconoscimento che una parte fa della pretesa dell’altra, in realtà non siamo mai di fronte ad un atto di accertamento, come lo saremmo di fronte ad una sentenza di accertamento, ma solo di fronte ad un contratto, strumento che l’ordinamento dà ai privati solo per disporre delle loro situazioni giuridiche soggettive, come emerge dall’art. 1321 c.c. .

Così, quello che convenzionalmente si chiama “contratto di accertamento” non contiene alcun vero

accertamento, in realtà non contiene alcuna aspirazione alla ricerca e fissazione della giustizia e della verità (giuridica), rappresentando esso solo un titolo attributivo di una situazione giuridica soggettiva, quale punto di arrivo di una soluzione autonoma della lite, nella quale si riscontra la sua causa certamente lecita, come emerge dalla descrizione del contratto tipicamente previsto per la soluzione delle controversie, ossia il contratto di transazione (art. 1965 c.c.).

Secondo questa teoria non si potrebbe qui pensare di essere di fronte ad un contratto di accertamento di un fatto, perché ciò che nel caso in parola viene in gioco non è la “fissazione” del fatto attributivo del diritto reale (l’usucapione), bensì propriamente l’attribuzione del diritto reale. **Come una sentenza nel caso in oggetto, lungi dall’accertare l’usucapione in sé, accerterebbe piuttosto l’attribuzione di un certo diritto reale a causa dell’usucapione, così il contratto di risoluzione della lite, lungi dal fissare il fatto dell’usucapione, attribuisce piuttosto un diritto reale, ancorché a causa dell’usucapione.**

Questa teoria, che si è sviluppata nel periodo precedente alla novità legislativa quando cioè si negava la trascrizione dell'accordo conciliativo su usucapione, conclude per cui l'accordo conciliativo con cui si attribuisce un diritto reale ad uno dei litiganti anche per intervenuta usucapione solo dichiarata tra le parti medesime, è trascrivibile, ma non certo in virtù dell'art. 2651 c.c., bensì ai sensi dell'art. 2643, n. 13, c.c., trovandoci qui di fronte semplicemente ad una transazione, contratto caratterizzato dalla sua causa giuridica, ossia la soluzione della lite.

Tale teoria se leggiamo la decisione del Tribunale di Cantù sembra essere pienamente assunta da quei giudici.

Ma c'è di più. Questa teoria ritiene che le reciproche concessioni non siano un aspetto strutturale della transazione, cioè possono sussistere o mancare nel caso concreto.

Come quindi la sentenza che accerta tra Tizio e Caio la proprietà di un bene per l'avvenuta usucapione vale solo tra le parti che hanno partecipato al processo della sua formazione e, se trascritta in collegamento alla previa trascrizione della domanda giudiziale, essa è opponibile, in ipotesi, nei confronti di coloro che abbiano acquistato diritti in base ad atti trascritti successivamente alla domanda, così un contratto che sia titolo di attribuzione del diritto di proprietà, compreso il caso che questo contratto sia una transazione, ha effetti solo tra le sue parti e la sua eventuale trascrizione servirà unicamente all'interessato per prevalere su aventi causa dal comune dante causa che abbiano trascritto atti successivamente.

Così facendo la transazione, quale mezzo assegnato all'autonomia privata per la composizione breve di controversie attuali o potenziali, nulla accerta, anzi si disinteressa di quella che può essere stata la realtà storica dei fatti, ma attraverso concessioni reciproche elemento eventuale assegna valore e tutela giuridica ai nuovi rapporti così come, alla fine della mediazione, voluti dalle parti e regolamentati all'interno della transazione sovrapponendosi e rendendo inutile la verifica di quanto oggetto della transazione stessa.

I limiti al potere attribuito all'autonomia privata di dare soluzione o prevenire conflitti di interessi mediante la transazione, sono in questo caso costituiti dalla capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della controversia, dalla disponibilità dei diritti, dalla non temerarietà della pretesa vantata, dall'impossibilità di transigere una controversia che si fonda su un contratto illecito, su un titolo nullo, su documenti in seguito riconosciuti falsi, relativi ad una lite già decisa con sentenza passata in giudicato ovvero, relativamente alla transazione su affare determinato, allorquando sono scoperti documenti che provano che una delle parti non aveva alcun diritto.

A fronte di questa disputa sembrerebbe che il decreto "del fare" abbia sposato questa ultima delle posizioni espresse.

Ma il dubbio permittete a me rimane: la conclusione ultima era peraltro già esistente da prima del decreto, ex art. 2643 numero 13 che prevede la trascrivibilità se *"le parti concludono una transazione che ha per oggetto controversie sui diritti menzionati nei numeri precedenti (tra cui sono presenti i diritti di proprietà, i diritti reali). Pertanto non si comprende perché il legislatore non abbia ampliato il significato del n. 13 dell'art. 2643 invece di mettere un nuovo n. 12 bis nel medesimo articolo. Che forse tale accordo non abbia nulla a che fare con la transazione e sia accertamento? La dottrina sicuramente in un breve futuro su questo punto produrrà molti spunti di riflessione.*

SOMMARIO

<i>Il ruolo del formatore nella mediazione civile e commerciale, tra requisiti normativi e cultura della facilitazione</i> <i>di Stefano Cera</i>	03
<i>Il counseling in mediazione: il metodo del Focusing</i> <i>di Patrizia Bonaca</i>	08
<i>Dovunque e a qualunque altezza, artisti della professione</i> <i>di Roberta Calabrò</i>	11
<i>Il Patrocinio a Spese dello Stato nella Mediazione Civile e Commerciale</i> <i>di Paolo Fortunato Cuzzola</i>	15
<i>La mediazione del fare – recenti esperienze di mediazione</i> <i>di Dante Leonardi</i>	19
<i>La Mediazione Facoltativa. Le clausole contrattuali di mediazione e conciliazione: loro efficacia ed operatività</i> <i>di Andrea Sirotti Gaudenzi</i>	30
<i>Togliamoci la toga</i> <i>di Maria Cristina Biolchini</i>	37
<i>Dal conflitto alla cooperazione nella società post-hobbesiana</i> <i>di Giovanna Elisabetta Zaccheo</i>	40
<i>Mediazione in ambito sanitario: quale modello è più efficace?</i> <i>di Maria Rosaria Fascia</i>	53
<i>La proposta del mediatore</i> <i>di Barbara Cocola e Giuseppe Valenti</i>	60
<i>La Mediazione Penale: prospettive in Italia nel quadro Europeo</i> <i>di Salvatore Primiceri</i>	63
<i>Usucapione e mediazione – I parte</i> <i>di Salvatore Pantaleo</i>	67



***SCOPRI IL NEGOZIO ON-LINE DI
PRIMICERI EDITORE!***

Per te la possibilità di acquistare i libri in catalogo, in formato cartaceo o pdf, a prezzi speciali.

Se acquisti il cartaceo la spedizione è gratuita, mentre se acquisti il pdf il download è immediato!

COLLEGATI A

www.primicerieditore.it

e inizia il tuo shopping culturale!

UTILIZZA IL CODICE

500600

per usufruire di uno sconto di 5 euro al momento del pagamento on-line!