



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O

SAF • SCUOLA DI ALTA FORMAZIONE LUIGI MARTINO

La mediazione civile

Novità normative e contesto operativo

nr. **36.** Gruppo di studio
Commissione Mediazione
e Conciliazione

a cura di
Maria Rita Astorina e Claudia Mezzabotta

i quaderni



S.A.F. LUIGI MARTINO

Fondazione dei Dottori Commercialisti di Milano



La mediazione civile

Novità normative e contesto operativo

nr. **36.** Gruppo di studio
Commissione Mediazione
e Conciliazione

a cura di
Maria Rita Astorina e Claudia Mezzabotta

I Quaderni della Scuola di Alta Formazione

Comitato Istituzionale:

Diana Bracco, Marcello Fontanesi, Mario Forchetti, Giuseppe Grechi, Nicola Mastropasqua, Lorenzo Ornaghi, Carlo Palumbo, Angelo Provasoli, Alessandro Solidoro, Guido Tabellini.

Comitato Scientifico:

Giancarlo Astegiano, Giuseppe Bernoni, Pasquale Cormio, Franco Dalla Sega, Cesare De Sapia, Felice Martinelli, Guido Marzorati, Cesare Minola, Lorenzo Pozza, Patrizia Riva, Massimo Saita, Paola Saracino, Alessandro Solidoro, Luigi Vinciguerra.

Comitato Editoriale:

Claudio Badalotti, Aldo Camagni, Ciro D'Aries, Francesca Fieconi, Carlo Garbarino, Cesare Gerla, Francesco Novelli, Patrizia Riva, Alessandro Solidoro, Gian Battista Stoppani, Alessandra Tami, Dario Velo, Cesare Zafarana.

Commissione Mediazione e Conciliazione:

Delegato del Consiglio: Marcello Guadalupi.

Presidente della Commissione: Maria Rita Astorina.

Componenti: Pasqualino Alicandro, Claudia Baggini, Caterina Barbaria, Sara Bertoni, Massimo Bianchi, Monica Burato, Rosa Caliendo, Federico Campi, Michele Cappelli, Michele Sisto Carabellese, Stefano Carazzali, Adriano Carena, Monica Cavenago, Vittoria Centomo, Cristiano Del Torre, Piero Gazzarrini, Paola Gherarducci, Marco Guantieri, Fabrizio La Rosa, Morena La Tanza, Annalisa Longhi, Marco Manzoli, Alessia Marchesi, Fabio Mariani, Andrea Moiraghi, Claudio Montagna, Pietro Biagio Monterisi, Daniela Barbara Morlacchi, Massimo Oldani, Silvia Pagani, Stefano Pavletic, Laura Pigoli, Luisa Maria Porrini, Renzo Radicioni, Marco Lorenzo Riva, Patrizia Riva, Massimo Rizza, Giovanni Rossi, Christian Schipani, Maurizio Spinoso, Massimo Splendore, Vincenzo Strigaro, Giovanni Volonterio, Marco Bernardino Zampetti.

Osservatori: Sergio Monterisi, Vittoria Poli.

Direttore Responsabile:

Patrizia Riva

Segreteria:

Elena Cattaneo
corso Europa, 11 • 20122 Milano
tel: 02 77731121 • fax: 02 77731173

INDICE

Presentazione (<i>Alessandro Solidoro</i>)	5
Introduzione (<i>Marcella Caradonna</i>)	7
1. Che cos'è la mediazione civile	11
1.1. I metodi ADR per la risoluzione dei conflitti (<i>Sara Bertoni</i>)	11
1.2. Mediazione civile: una definizione (<i>Riccardo Bauer</i>)	14
1.3. Mediazione e arbitrato a confronto (<i>Paola Gherarducci</i>)	19
2. L'assetto normativo attuale	23
2.1. La normativa comunitaria, le norme nazionali e la loro evoluzione (<i>Alessandro Bossi</i>)	23
2.2. La riforma introdotta dall'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, e il decreto legislativo del 4 marzo 2010, n. 28 (<i>Andrea Silla</i>)	28
2.3. Il regolamento attuativo di cui al D.M. 18 ottobre 2010, n. 180 (<i>Patrizia Riva</i>)	32
3. Come si diventa mediatori (<i>Claudia Mezzabotta</i>)	39
4. La mediazione civile nel contesto internazionale (<i>Giorgio Aletti</i>)	45
4.1. Inquadramento economico-giuridico della mediazione internazionale	45
4.2. L'arbitrato internazionale: un approccio alla mediazione internazionale	51
4.3. <i>International alternative dispute resolution</i>	52
5. Mediazione e crisi economico-finanziaria. Tipologia delle controversie che scaturiscono da uno scenario di recessione e strategie applicabili dai mediatori (<i>Stefano Pavletič</i>)	55

5.1. Lo scenario	55
5.2. Tipologia delle controversie in ambito di crisi economico-finanziaria	56
5.3. Le strategie del mediatore nel gestire questo tipo di controversie	57
5.4. Osservazioni conclusive	60
6. La mediazione e le consulenze tecniche d'ufficio (<i>Maria Rita Astorina</i>)	63
6.1. L'art. 198 del codice di procedura civile	63
6.2. L'art. 696- <i>bis</i> del Codice di procedura civile: natura e obiettivi	64
6.3. L'art. 696- <i>bis</i> del codice di procedura civile: l'attività del consulente	65
6.4. Il Consulente Tecnico d'Ufficio e la conciliazione	67
7. La mediazione in ambito societario (<i>Alessandro Augusto</i>)	69
8. Come funziona un organismo di mediazione: l'esperienza della Camera Arbitrale e di Conciliazione della Fondazione dei Dottori Commercialisti di Milano (<i>Walter Cerioli</i>)	73
9. La mediazione civile nell'esperienza della Commissione Mediazione e Conciliazione: i risultati di una ricerca (<i>Marcello Guadalupi</i>)	81

PRESENTAZIONE^(*)

Il tema della mediazione civile ha assunto in Italia in questi ultimi mesi notevole rilevanza, suscitando ampio interesse e un vivace dibattito. Il D.Lgs. 28/2010 e il relativo regolamento attuativo, contenuto nel D.M. 180/2010, hanno infatti sostituito le norme precedentemente in vigore in materia e, come tutte le modifiche legislative, rappresentano una materia di studio e di aggiornamento professionale. Nondimeno, a nostro avviso, la rilevanza del tema e il dibattito che ne è scaturito non derivano meramente dalla «novità», bensì anche e soprattutto dalla profonda «innovatività» delle nuove disposizioni legislative.

Le norme poc'anzi citate, infatti, come è noto, hanno introdotto l'obbligatorietà del ricorso alla mediazione, per alcune materie, come condizione di procedibilità attraverso le ordinarie vie giurisdizionali. Pertanto, le parti che intendono esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione a mezzo stampa o tramite altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, sono tenute a esperire un tentativo di mediazione in via preliminare, nei modi e nei tempi stabiliti dalle medesime disposizioni normative. L'obbligo è scattato il 20 marzo 2011, fatta eccezione per le controversie in materia condominiale e di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, per le quali è stato stabilito un posticipo di dodici mesi, per l'applicazione della nuova norma.

Con disposizioni così «forti», accompagnate anche da vantaggi fiscali per le parti e dalla previsione di costi assai contenuti del procedimento, l'intento del legislatore è certamente quello di ridurre il numero di

^(*) A cura di Alessandro Solidoro, Presidente ODCEC Milano.

controversie che arriveranno ai tribunali, con l'auspicio che le parti possano trovare un accordo durante le sessioni di mediazione.

E' plausibile attendersi, tuttavia, che l'introduzione di un obbligo siffatto possa portare con sé anche un profondo cambiamento di mentalità nei cittadini e nelle imprese, in generale, riguardo alla possibilità di risolvere le controversie anche con modalità alternative alla giustizia ordinaria, in cui la volontà e le intenzioni delle parti, così come i loro reali interessi e bisogni sottostanti alle pretese formalizzate nell'istanza, assumono particolare interesse per il mediatore. Modalità che, per loro natura, porranno infatti più attenzione anche ad aspetti non strettamente legati alla ricerca di un «colpevole», bensì legati alle reali motivazioni che hanno causato la controversia, non sempre esplicitate dalle parti.

Il commercialista che si avvicina a questo istituto con l'intento di diventare mediatore, pertanto, dovrà formarsi non solo sugli aspetti giuridici e più strettamente procedurali, ma anche sulle tecniche di mediazione, che comprendono «strumenti» di gestione delle negoziazioni e dei conflitti, spesso non facenti parte del suo normale «bagaglio» di nozioni accademiche o della sua esperienza pratica. La conoscenza della nuova disciplina normativa e dei fondamenti delle tecniche per la risoluzione delle controversie saranno altresì utili al professionista che vorrà più semplicemente consigliare il ricorso alla mediazione ai suoi clienti o assisterli in qualità di consulente durante le sessioni di mediazione.

Il presente scritto, avente a oggetto le novità normative in materia di mediazione e il contesto operativo, è il frutto del lavoro congiunto di esperti di questa disciplina, che apportano con il loro contributo editoriale la loro peculiare esperienza e il loro punto di vista sul tema. Gli autori sono commercialisti o avvocati, che hanno maturato la propria esperienza su questi temi in qualità di mediatori oltre a svolgere abitualmente, in taluni casi, anche l'attività di formatori nelle medesime discipline.

Ci auguriamo che il lettore possa trarre numerosi spunti di riflessione da questo scritto, indipendentemente dal fatto che le sue intenzioni siano quelle di svolgere la professione di mediatore o di assistere i propri clienti durante lo svolgimento delle sessioni di mediazione. Di sicuro, esso contribuisce alla diffusione della nuova «cultura della mediazione», come forma alternativa di risoluzione delle controversie, di cui il singolo cittadino e la singola impresa, ma anche il «sistema Italia» nel suo complesso, potrà trarre un tangibile beneficio.

INTRODUZIONE^(*)

In questi giorni il tema della mediazione civile è oggetto di grande attenzione da parte dei media e degli Ordini professionali per lo scadere del termine del 20 marzo 2011, data dalla quale l'esperienza del tentativo di mediazione è diventata condizione di procedibilità per le controversie inerenti una molteplicità di materie.

In realtà, le logiche che sottostanno alla stesura delle norme che regolano la mediazione finalizzata alla conciliazione sono, in linea generale, se pur con una serie di variazioni, quelle che hanno dato vita nel 2003 alla disciplina in materia di conciliazione societaria.

Come già voluto per la conciliazione societaria agli articoli 38-40 del D.Lgs. n. 5 del 2003, infatti, anche nel D.Lgs. 28/2010 il legislatore ha strutturato uno strumento agile, un procedimento svolto da soggetti specificatamente abilitati e ispirato alla assoluta volontarietà delle parti nel raggiungimento di un accordo, prevedendo, tuttavia, anche forme di penalizzazione per coloro che non ne facciano un uso serio.

Questa scelta ha condotto di fatto, dal 2003 ad oggi, alla nascita di un sistema di gestione delle liti complementare ai metodi tradizionali della giustizia ordinaria, che non indebolisce le forme di tutela dei diritti dei cittadini, ma, al contrario, ne rafforza l'efficienza e l'efficacia perché ne agevola l'utilizzo, per controversie che non si è riusciti a risolvere in ambito stragiudiziale.

Lo strumento individuato dal legislatore, infatti, non è sostitutivo rispetto alla decisione di un giudice, ma, avendo una natura stragiudiziale, appare come un'opportunità aggiuntiva, più che sostitutiva, per trovare una soluzione rapida, economica e condivisa dalle parti a una lite.

E' importante sempre rammentare, infatti, che il mediatore, al contrario di quanto avviene nelle forme tradizionali di gestione delle

^(*) A cura di Marcella Caradonna, Presidente Commissione Arbitrato ODCEC Milano. Commissione Arbitrato e Conciliazione CNDCEC.

controversie, non ha alcun potere e il mandato che gli è conferito è quello di assistere le parti nel raggiungimento di un «accordo amichevole» o, eventualmente, in relazione alle indicazioni del regolamento dell'organismo presso cui si esperisce il tentativo di mediazione, nella elaborazione di una proposta (basata su una redistribuzione dei torti e delle ragioni).

Non vi è, in altre parole, alcuna sovrapposizione con il cosiddetto «sistema giustizia», perché le parti, nel caso in cui il tentativo ex D.Lgs. 28/2010 fallisca, possono in qualsiasi momento adire all'autorità giudiziaria o ad altri strumenti alternativi.

Come si è in precedenza affermato, ciò che caratterizza questa norma è il fatto che, per ciò che concerne la sua applicazione pratica, grazie a essa si sta rapidamente sviluppando un sistema strutturato di organismi dedicati alla mediazione, di professionisti abilitati a svolgere questa attività, e di istituti specializzati nella formazione su queste discipline.

Nella conciliazione societaria prima, infatti, e nella mediazione finalizzata alla conciliazione poi, si è imposto che il tentativo di risoluzione della lite, effettuato con l'aiuto di un terzo imparziale, debba obbligatoriamente essere svolto presso organismi abilitati e con professionisti, i mediatori, dotati di specifici requisiti, fra i quali una formazione disciplinata dalla legge.

Anche in relazione al rispetto della condizione di procedibilità prevista all'art. 5 del D.Lgs. 28/2010 è necessario che la mediazione sia effettuata solo presso organismi accreditati. Questi enti, espressioni di varie realtà istituzionali (sia pubbliche che private) operano sotto lo stretto controllo del Ministero della Giustizia, anche attraverso una valutazione obbligatoria che le parti che hanno effettuato il tentativo devono esprimere al termine di ogni procedimento tramite la compilazione di un apposito modulo. Questo costituisce un'importante «cartina di tornasole» sull'organismo e sui suoi mediatori.

Come facilmente intuibile, in un simile mutamento normativo e organizzativo è destinato a giocare un ruolo strategico il professionista, al quale è data l'opportunità di intervenire nel procedimento in diverse vesti. Egli, infatti, può svolgere (se debitamente formato) il ruolo di mediatore, ma anche di consulente della parte o di esperto nominato dall'organismo per liti particolarmente complesse.

In questa logica si è ritenuto di dar vita a questo Quaderno, che affronta in modo sistematico le tematiche connesse alla mediazione civile finalizzata alla conciliazione, offrendo una panoramica sotto il profilo principalmente normativo, ma anche con qualche accenno alle

competenze negoziali che il mediatore deve avere per assolvere al meglio il mandato conferitogli dalla legge di assistere le parti nella ricerca di un accordo amichevole.

All'esposizione teorica sui contenuti delle norme, si è voluto affiancare, poi, un approfondimento della loro applicazione attraverso l'esperienza maturata sul campo dai colleghi che da tempo si occupano di questa materia, al fine di rendere il Quaderno un utile punto di partenza e spunto di riflessione per tutti coloro che desiderino scoprire le potenzialità di questo strumento, senza nascondersi le criticità, ma con la consapevolezza che esso può costituire un importante momento di crescita professionale e umana.

1. CHE COS'È LA MEDIAZIONE CIVILE

1.1. I metodi ADR per la risoluzione dei conflitti^(*)

Con l'acronimo ADR (*Alternative Dispute Resolution*) si intende l'insieme dei metodi di composizione delle controversie alternativi rispetto al tradizionale ricorso alle vie giudiziali.

Le prime forme di giustizia alternativa si sono affermate negli Stati Uniti d'America fin dagli anni settanta, ma è con l'*Alternative Dispute Resolution Act* del 1998 che la cultura alternativa di gestione del conflitto vede un deciso sviluppo.

Poco dopo, i metodi ADR iniziano ad estendersi all'Europa: il 18 dicembre 1998 viene emanata in Francia la legge relativa all'accesso al diritto e alla risoluzione in via amichevole dei conflitti; nel 1999 in Gran Bretagna entra in vigore l'insieme delle *Civil Procedure Rules*, che prevede per le parti in lite giudiziale la possibilità di esperire un tentativo di conciliazione gestito da un terzo indipendente.

In Italia, i metodi alternativi hanno iniziato ad affacciarsi sul panorama legislativo con l'emanazione della legge 29 dicembre 1993 n. 580, disciplinante la riforma dell'ordinamento delle Camere di commercio, che prevede, in particolare, la possibilità per tali enti di promuovere la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori ed utenti finali.

La legge 31 luglio 1997, n. 249, ha poi introdotto il tentativo obbligatorio di conciliazione nel settore delle telecomunicazioni svolto dai Corecom, uffici di governo, garanzia e controllo sul sistema delle comunicazioni in ambito regionale.

Con il D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, che disciplina i procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, in materia bancaria e creditizia, la gestione delle ADR si estende agli enti privati.

^(*) A cura di Sara Bertoni, Commissione Mediazione e Conciliazione ODCEC Milano.

La legge 262 del 2005 sul risparmio ha introdotto nel Testo Unico Bancario (D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385) l'articolo 128-*bis*, con il quale viene istituito l'Arbitro Bancario Finanziario, che gestisce sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela cui le banche e gli altri intermediari finanziari sono obbligati ad aderire.

La medesima legge 262/2005 citata ha introdotto anche la Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob, che ha trovato attuazione con il D.Lgs. n. 179/2007 e, successivamente, con il regolamento Consob n. 16763/2008.

La Camera Consob si occupa delle procedure di conciliazione e di arbitrato per la decisione di controversie insorte fra i risparmiatori o gli investitori non professionali e le banche o gli altri intermediari finanziari, circa l'adempimento degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con la clientela aventi per oggetto servizi di investimento o di gestione del risparmio (fondi comuni) collettiva.

Fino a oggi, per altro, non si può dire che nel nostro Paese la cultura dei metodi ADR sia molto diffusa: gli stessi giuristi conoscono poco tali procedure, in quanto la materia non fa parte della loro formazione accademica. Ciò è singolare in un Paese che, quanto a cause pendenti in giudizio, si colloca tra quelli più litigiosi dell'Unione europea, con cinque milioni e mezzo di cause civili in attesa di giudizio⁽¹⁾.

Con l'entrata in vigore, il 20 marzo 2011, del D.Lgs. del 4 marzo 2010, n. 28, *Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, ci si attende uno sviluppo deciso dei metodi ADR e in particolare della mediazione, procedura, per alcune materie, prevista come obbligatoria prima di adire la giurisdizione ordinaria.

Come si legge in un commento all'*Alternative Dispute Resolution Act*⁽²⁾, le procedure di ADR, ove accettate, praticate e amministrare correttamente, non solo fanno risparmiare tempo e denaro e riducono il lavoro dei tribunali, ma consentono anche una varietà di benefici, tra i quali la soddisfazione delle parti e una maggior efficienza nel raggiungimento dell'accordo.

⁽¹⁾ Dati della Relazione di apertura dell'anno giudiziario 2010.

⁽²⁾ Baum, Simeon H., «The ADR Act of 1998 Offers Opportunities for Accountants», in: *CPA Journal*, March 1999.

I metodi ADR possono essere inquadrati in due categorie, a seconda degli obiettivi che le parti si pongono: *avversariali* e *non avversariali*.

Negli ADR *avversariali* l'obiettivo non è risolvere il conflitto, bensì trovare un metodo per gestirne gli effetti e scoprire la verità ricercando torti e ragioni.

Nei percorsi di risoluzione delle liti *non avversariali* l'obiettivo è, al contrario, quello di risolvere il conflitto, individuando soluzioni soddisfacenti per le parti coinvolte: l'attenzione viene spostata dai torti e dalle ragioni ai reali interessi.

I metodi ADR, poi, vengono definiti ad *autocomposizione diretta* o *eterodiretta*, a seconda che le parti decidano di gestire autonomamente il proprio conflitto oppure di affidare a un terzo la decisione.

Esempio di strumento ad autocomposizione diretta è il *negoziato*, che può essere avversariale o non avversariale: nel primo tipo ciascuna parte cerca di prevalere sull'altra e l'esito dipende dalla forza contrattuale di ognuna. Il risultato sarà a somma zero: ciò che ottiene una parte perde l'altra.

Quando, invece, le parti desiderano raggiungere un accordo su base cooperativa, al fine di trovare una soluzione soddisfacente per entrambe, la negoziazione è di tipo non avversariale e il risultato è a somma positiva, in quanto entrambe le parti vedranno soddisfatti i propri interessi.

Esempio di ADR avversariale eterodiretta è l'*arbitrato*, procedimento attraverso il quale uno o più arbitri emettono una decisione di definizione della controversia (§ 1.3, *infra*).

L'arbitrato può essere amministrato o *ad hoc*, a seconda che le parti si indirizzino a un sistema arbitrale gestito da un organismo apposito oppure, al contrario, che le parti affidino le modalità del procedimento ad apposita clausola prevista nel contratto o in atto separato.

L'arbitrato *ad hoc* è senza dubbio molto flessibile e consente grande autonomia tra le parti; i suoi limiti, per altro, risiedono nella complessità che si può incontrare nel redigere una clausola arbitrale completa e nella difficoltà di reperire professionisti davvero competenti in materia.

L'*arbitraggio* è, invece, uno strumento ad autocomposizione non avversariale eterodiretta, nel quale si rimette a un terzo la determinazione di strumenti negoziali. Non è in essere, per altro, una controversia.

La *mediazione*, infine, è un metodo ADR non avversariale, nel quale il mediatore facilita la comunicazione tra le parti guidando la negoziazione e facendo affiorare i veri interessi delle stesse (§ 1.2, *infra*).

Nella mediazione sono le parti stesse che ricercano accordi soddisfacenti per entrambe, facilitate dal mediatore, che non è un giudice,

bensi un professionista appositamente formato che non esprime giudizi, ma studia il conflitto, attiva la comunicazione tra le parti e aiuta le stesse a ricercare un accordo *win-win*, tramite il quale entrambe le parti otterrebbero un vantaggio, senza cioè che il vantaggio di una sia a scapito dell'altra.

Gli ADR non avversariali sono metodi flessibili che consentono alle parti di mantenere sempre il controllo della situazione, di raggiungere più velocemente una soluzione consensuale e di mantenere buoni rapporti futuri. Tali metodi non rappresentano soltanto una risposta alla necessità di deflazionare il contenzioso giudiziario, ma si caratterizzano anche per il cambiamento culturale che richiedono nella gestione dei conflitti.

La soluzione migliore per le parti in conflitto può non essere la sentenza che si ottiene in tribunale, in quanto alla magistratura ordinaria non è richiesto di indagare quali siano i veri interessi delle parti, bensì quali siano i fatti, i torti, le ragioni.

Gli strumenti ADR richiedono un cambiamento culturale profondo circa il concetto stesso di giurisdizione, che consente l'anticipazione del momento della tutela dei diritti a quello antecedente il «punto di non ritorno» del degrado irrecuperabile dei rapporti.

Il successo dei metodi alternativi nel nostro Paese dipenderà, quindi, dall'evoluzione culturale che si saprà creare e che consentirà, o meno, di percepire una soluzione negoziata della controversia come ipotesi preferibile rispetto a quella giudiziale.

Gestire una lite tramite un metodo alternativo significa comprendere che il conflitto può essere vissuto non come un problema, ma come un'occasione di confronto e di crescita personale nella quale la relazione può cambiare ed evolvere in senso positivo per entrambe le parti.

Tale mutamento culturale potrà avvenire soltanto se gli Organismi deputati alla gestione dei metodi ADR sapranno garantire un'alta qualità, in termini di efficienza e professionalità.

1.2. Mediazione civile: una definizione^(*)

La mediazione, come poc'anzi accennato, è una procedura nella quale un soggetto imparziale, il mediatore, si adopera per risolvere in modo

^(*) A cura di Riccardo Bauer, Presidente Commissione Principi Contabili ODCEC Milano.

soddisfacente un conflitto con l'aiuto delle parti in lite. Come strumento alternativo per la risoluzione delle controversie, essa utilizza metodi profondamente differenti da quelli della giustizia ordinaria e, a nostro avviso, in un contesto sociale come l'attuale, la diffusione estensiva di tali metodi sarebbe molto importante e, in certi casi, addirittura necessaria.

Tralasciando qui volutamente gli aspetti di tipo «politico» legati alla «mediazione obbligatoria», perché non utili al prosieguo della nostra trattazione, riteniamo che esistano infatti molte aree del vivere civile ove è possibile e importante mediare. Si pensi alle caratteristiche peculiari di controversie di tipo condominiale, alle successioni ereditarie, alle richieste di risarcimento danni causati da incidenti stradali, alle locazioni, alla mala sanità, laddove le implicazioni «personali», anche di natura psicologica e affettiva, assumono particolare rilievo, oltre agli aspetti meramente riconducibili a un risarcimento «tangibile», come possono essere il denaro o altre forme di ricchezza.

Se si considerano solo le norme recentemente entrate in vigore in Italia, si potrebbe credere che il ricorso alla mediazione sia una «novità assoluta». In effetti, lo è forse per il nostro Paese, se non altro per quanto concerne la mediazione obbligatoria per taluni tipi di controversia, ma lo stesso non può dirsi per altri Paesi dell'Unione europea o extraeuropei, come per esempio gli Stati Uniti, dove, come è noto, l'istituto della mediazione e le altre metodologie ADR sono più familiari tra i cittadini e le imprese.

Per altro, si sa che anche gli antichi Romani conoscevano già l'istituto della mediazione, dato che era consuetudine legale che le parti, prima di rivolgersi al pretore per dirimere una controversia, cercassero di raggiungere un accordo amichevole per comporre la lite.

Il concetto di mediazione trovò e trova tuttora pure un grande sostegno all'interno della Chiesa cattolica, che molto spesso si è proposta come mediatrice in importanti conflitti tra le nazioni.

Come già precedentemente accennato (§1.1, *supra*), la mediazione appartiene all'insieme degli strumenti ADR di tipo non avversariale e ad autocomposizione diretta, essendo una procedura intesa a definire le controversie con un accordo fra le parti, grazie alla figura di un mediatore che facilita l'incontro tra le stesse e che non costituisce, nei loro confronti, un «giudice» con poteri di indagine e di decisione sull'attribuzione di torti e ragioni.

Il termine «mediazione» non è certo dei più felici. Mediare, in latino, significa «dividere, aprire nel mezzo». Sembrerebbe, in effetti, dire il contrario di ciò che ci si propone qui di illustrare, ma se il mediatore «non

apre il conflitto», non lo esplicita e non porta alla luce del sole gli interessi e le posizioni delle parti, ben difficilmente riuscirà a risolverlo. Una cosa, infatti, è gestire gli effetti di un conflitto (che potrebbe tuttavia restare irrisolto), un'altra è risolverlo alla radice, in modo tale che non si ripresenti più.

Nella *mediazione con modello facilitativo*, il mediatore si prefigge di favorire la negoziazione tra le parti e si astiene dal pronunciare, nel caso in cui la mediazione rischi di fallire, una proposta di accordo. In questi casi, il mediatore ha un ruolo di tipo «neutro», in quanto il suo unico scopo è quello di guidare la negoziazione a livello procedurale, mettendo a disposizione delle parti la sua abilità nelle tecniche necessarie a facilitare e favorire lo sviluppo di una soluzione ideata da loro stesse.

Nella *mediazione con modello valutativo*, il mediatore è chiamato invece a suggerire soluzioni e a presentare una proposta su come dovrebbe essere risolta la controversia. In questo caso, il mediatore fornisce la sua opinione sulle problematiche oggetto del conflitto e offre i suoi consigli sul metodo migliore per superare la situazione conflittuale, valutata nel suo complesso. In particolare, l'art. 11 del D.Lgs. 28/2010 prevede, per esempio, che il mediatore, su richiesta di entrambe le parti, presenti una valutazione sulle pretese dei litiganti e formuli una proposta di accordo, riguardo alla quale essi devono dare una risposta entro sette giorni. La mancata risposta equivale a una risposta negativa.

Alcuni Autori⁽³⁾ parlano pure di *mediazione trasformativa*, quando si tende alla trasformazione del rapporto personale tra le parti da uno di natura conflittuale, costellato di tensioni e difficoltà, a uno armonioso e produttivo di risultati.

Per far in modo che ciò avvenga bisogna intraprendere, tuttavia, un lungo cammino. Il processo è più impegnativo e profondo di quanto non si creda. È necessario, infatti, che le parti riattivino i canali comunicativi, si conoscano meglio e si rispettino: si tratta di aspetti che il conflitto ha molto ridotto o del tutto annullato, quando le parti giungono dinanzi al mediatore.

In ogni tipo di mediazione, ma soprattutto in quella «trasformativa», il mediatore dovrà principalmente ricorrere a tecniche di comunicazione basate sull'ascolto, sull'empatia e sulla gestione delle emozioni delle parti

⁽³⁾ Fragomeni T., *Mediazione e conciliazione*, Casa Editrice La Tribuna, Piacenza 2010.

coinvolte, per far in modo che si accettino reciprocamente e si capiscano⁽⁴⁾.

In effetti, se non si considerano gli strumenti ADR, i metodi per «risolvere» un conflitto restano sostanzialmente tre:

- a) predominio sull'altro;
- b) compromesso;
- c) rinuncia al conflitto.

Con il «predominio» si ha il prevalere di una parte sull'altra, sia con mezzi violenti, sia con forme di potere di varia natura, comprese leggi e norme coercitive. Per quanto a prima vista il paragone possa sembrarci azzardato, con la violenza si ottengono di norma solo soluzioni in cui una parte prevale sull'altra e con la sentenza di un giudice o di un arbitro giungiamo a situazioni finali dove una parte vince inequivocabilmente sull'altra: in entrambi i casi, in realtà, non si risolve il conflitto, che permane tra i contendenti, perché di fatto se ne gestiscono solo gli effetti, non anche le ragioni profonde che possono averlo causato.

Con il «compromesso» nessuno dei contendenti impone le proprie condizioni, ma entrambi rimangono insoddisfatti per la mancanza d'originalità e creatività nella soluzione adottata, in quanto la soluzione del conflitto è ottenuta solo all'interno delle condizioni poste dalle parti, facendosi reciproche concessioni. In altri termini, se la torta è una sola e le parti sono due, la tipica soluzione di compromesso sarà quella di dividerla a metà e di assegnarne una porzione a ciascuno.

Con la «rinuncia al conflitto», infine, la parte che si tira indietro resta insoddisfatta e il conflitto perdura, senza escludere nuove manifestazioni forse ancora più violente nel futuro.

Ciò non significa che, nel gestire una controversia tramite la mediazione, queste diverse modalità di affrontare il conflitto non appaiano, anzi vi saranno certamente e rappresentano in realtà le strategie che le parti intenderanno sviluppare durante la mediazione stessa.

Una cosa è l'analisi delle strategie delle parti, un'altra è però la reale soluzione del conflitto in atto. Solo con la mediazione, a nostro avviso, e usando bene gli strumenti che le sono propri, *in primis* l'ascolto e il dialogo, si possono «trasformare i conflitti» e risolverli creando nuove opportunità. Ciò richiede di sviluppare forme di empatia tra le parti e tra

⁽⁴⁾ Sulle tecniche di mediazione si veda anche AA.VV. *La mediazione civile. Le tecniche di gestione dei conflitti*, a cura di Astorina M.R. e Mezzabotta C., Quaderno SAF n. 37, Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Milano, Milano 2011.

il mediatore e le parti, per poter conoscere i loro interessi e bisogni, che vanno al di là delle loro posizioni in termini di pretese esplicite.

La cosa è più facile in teoria che in pratica, ma certamente con una buona empatia si riesce a lavorare meglio sul conflitto in essere, a cercare soluzioni nuove stimolando la creatività delle parti e ad analizzare quelle più gradite alle stesse.

Non necessariamente la soluzione su cui si orienteranno le parti sarà quella più gradita al mediatore, che nel procedimento normalmente è solo un «facilitatore» della discussione.

Con la mediazione trasformativa, «trasformare» un conflitto significa quindi *ridefinirlo* affinché le parti capiscano i rispettivi bisogni, interessi ed emozioni e sviluppino idee nuove che prima sembravano impossibili e ora appaiono possibili e percorribili. La creatività del mediatore e quella che egli sarà in grado di generare nelle parti in conflitto giocano qui un ruolo fondamentale.

Si consideri il seguente esempio, immaginando che il conflitto riguardi una richiesta di risarcimento per un viaggio di turismo in Africa meridionale, andato male. Le parti in conflitto sono il cliente e il *tour operator*, che viene invitato dal primo a partecipare alla mediazione.

Il cliente potrebbe sostenere di avere dovuto subire diversi disagi durante il viaggio (magari documentandoli con appropriate fotografie e altre prove a supporto), che l'hanno indotto, al rientro in Italia, a dare pubblicità sulla stampa del pessimo comportamento da parte della controparte, che avrebbe potuto gestire, secondo lui, in tutt'altro modo la faccenda. Per questi motivi, questi ha richiesto un risarcimento danni di valore elevato. La controparte potrebbe invece sostenere che, nel momento in cui si scelgono viaggi in aree a rischio, è necessario mettere in conto che disagi e disavventure possono capitare e che, d'altronde, non bisogna creare dei pericolosi «precedenti» nell'accettare qualunque richiesta.

Per poter risolvere realmente un conflitto di questo genere, al mediatore non basterà solo limitarsi ad ascoltare l'esposizione delle pretese delle parti o a negoziare su quale sia l'entità accettabile del risarcimento dei danni. Tale ipotesi, di per sé, probabilmente lascerebbe insoddisfatte le parti stesse, se non si analizzassero bene anche i reali motivi del contendere. Indagando, il mediatore potrebbe, infatti, scoprire che il cliente desidera soprattutto ottenere scuse pubbliche da chi ha gestito in modo pessimo la situazione, vale a dire, secondo lui, il *tour operator*, mentre la reale esigenza di quest'ultimo potrebbe essere il desiderio di chiudere in fretta la vicenda con un esborso monetario

limitato, considerati i danni d'immagine già subiti.

«Ridefinire il conflitto» significa, quindi, aiutare le parti a creare nuove idee e nuove soluzioni allo stesso, che non sono necessariamente limitate al risarcimento dei danni richiesto da una parte.

Le possibili soluzioni potrebbero andare da una gestione condivisa delle scuse «pubbliche» da parte del *tour operator* a un'ipotesi che preveda viaggi in permuta di valore pari al risarcimento danni da concordare, in modo da evitare esborsi monetari eccessivi, e così via. Tutto ciò sarà possibile solo se il mediatore avrà analizzato con cura il conflitto e avrà trasformato le relazioni esistenti (o addirittura ormai inesistenti) tra le parti in un nuovo rapporto tra soggetti che dialogano e ricercano soluzioni condivise.

1.3. Mediazione e arbitrato a confronto^(*)

Come noto, la mediazione e l'arbitrato appartengono alla famiglia dei metodi alternativi per la risoluzione delle controversie (§ 1.1, *supra*): entrambi consentono infatti la composizione di una lite utilizzando percorsi *diversi* dal tradizionale ricorso alle vie giudiziali.

Tra i due istituti, tuttavia, esistono certamente alcune analogie, ma anche talune differenze non trascurabili, che ci conducono a ritenere che essi non siano utilizzabili in modo «interscambiabile»: potrebbero esistere, a nostro avviso, contesti conflittuali meglio affrontabili con la mediazione e altri risolvibili in modo più efficace attraverso il ricorso all'arbitrato.

Mediazione e arbitrato sono entrambi strumenti «ad autocomposizione»: caratteristica fondamentale dell'arbitrato infatti è che *sono le parti* a decidere se fare ricorso a questo istituto e a scegliere gli arbitri, cioè i soggetti che decideranno la controversia, sulla base di una «clausola arbitrale» inserita nel contratto oggetto di lite o di un compromesso redatto successivamente.

Anche la mediazione può essere avviata, come l'arbitrato, per decisione congiunta dalle parti, ovvero per clausola contrattuale; essa può tuttavia essere avviata *anche* per proposta di una parte sola o per obbligo normativo. Le analogie tra i due istituti, nondimeno, si fermano qui.

^(*) A cura di Paola Gherarducci, Commissione Mediazione e Conciliazione ODCEC Milano.

Per meglio comprendere le differenze profonde che li caratterizzano, al di là di quelle, evidenti, che riguardano più strettamente il contesto normativo che li regola nel nostro Paese, proviamo a partire da una *definizione operativa* dei due strumenti, tralasciando, in questa sede, quella più strettamente giuridica⁵⁾.

Sappiamo già che la *mediazione* implica la presenza di una terza persona imparziale, il mediatore, che *aiuta* le parti in conflitto, facilitandone la comunicazione e assistendole nella negoziazione, facendone affiorare gli interessi e orientandole verso la ricerca di accordi reciprocamente soddisfacenti.

L'*arbitrato*, lo ricordiamo, è invece una procedura formale attraverso la quale le parti in conflitto, di comune accordo, accettano di *sottoporre la loro controversia* a un terzo imparziale (arbitro o collegio arbitrale) che avrà il compito di *decidere* sulla controversia e risolverla, dopo aver sentito le parti e avere valutato le loro rispettive argomentazioni, attraverso una decisione, denominata «lodo», equiparabile alla sentenza del giudice.

Ebbene, se consideriamo l'approccio operativo che le parti intendono utilizzare, tra i due istituti esiste in realtà una notevole differenza.

L'obiettivo dell'arbitrato, per esempio, in quanto strumento avversariale, è quello di trovare una soluzione *esterna* al conflitto, che ne limiti gli effetti⁶⁾. In altre parole, le parti, che si pongono l'una contro l'altra con atteggiamento competitivo, hanno l'obiettivo di scoprire la verità, ovvero chi ha ragione e chi ha torto, con uno sguardo rivolto al *passato*.

Il mediatore, invece, utilizzando abilmente un tipico strumento *non avversariale*, induce le parti a lavorare insieme con atteggiamento cooperativo: l'indagine sul passato è utilizzata al fine di individuare scelte *future*.

E ancora, se lo scopo di un arbitrato è quello di attribuire una *vittoria* a uno dei contendenti, così che una parte alla fine prevarrà nettamente sull'altra, mettendo verosimilmente a repentaglio o addirittura interrompendo per sempre il già difficile rapporto tra le parti, la

⁵⁾ Per gli aspetti più prettamente giuridici, cfr. Stesuri A., *Conciliazione e mediazione: attualità legislative e profili operativi*, Quaderno SAF n. 26, dicembre 2009, SAF Fondazione dei Dottori Commercialisti, Milano, p. 8 e seguenti.

⁶⁾ *Corso base per mediatori professionisti*, Dispensa a cura di Caradonna M., SAF Fondazione dei Dottori Commercialisti di Milano, 2010.

mediazione si prefigge di recuperare il rapporto deteriorato o interrotto, con la finalità ultima di *mantenere la relazione* tra le parti.

L'arbitrato, lo sappiamo, è un percorso di risoluzione *eterodiretto*: le parti decidono di affidare a un terzo le decisioni in merito al proprio litigio. Perdonano quindi il controllo degli esiti finali della lite e delle conseguenze che questi possono comportare, demandandolo a un «soggetto giudicante», ancorché non facente parte della magistratura ordinaria.

Nella mediazione sono, per contro, le parti stesse che, facilitate dal mediatore ed eventualmente assistite dai propri consulenti, agiscono per trovare un accordo in autonomia. Esse mantengono quindi il controllo del conflitto e, pertanto, degli effetti e delle conseguenze della loro controversia. Sono le parti le vere protagoniste dell'incontro e non corrono, quindi, il rischio di una «sentenza a sorpresa», dai contenuti imprevisi o inaspettati.

Un'ulteriore elemento che differenzia i due strumenti riguarda altresì il fatto che l'arbitrato è una procedura *formale* e che, in quanto tale, l'arbitro decide solo sulla lite così come è *esposta* nella domanda di arbitrato. Le parti, al momento in cui si sono rivolte a lui, hanno esplicitato formalmente le loro pretese e posizioni e l'arbitro non potrà fare altro che esprimersi su di esse, soddisfacendo alla fine del procedimento solo una delle parti e unicamente per quanto da questa inizialmente richiesto, se lo riterrà «giusto».

Nella mediazione, invece, si pone attenzione ai *reali interessi* delle parti, scaturenti dai loro bisogni effettivi e normalmente inespressi, che, grazie all'abile azione facilitativa del mediatore, durante le sessioni del procedimento esse tenderanno a far emergere e che possono non coincidere con le posizioni dichiarate nella presentazione della domanda di mediazione, esplicitate nelle reciproche pretese.

Inoltre, nell'arbitrato il risultato è basato su parametri strettamente giuridici (la ricerca dei torti e delle ragioni, con criteri prettamente legati all'interpretazione delle leggi applicabili alle fattispecie). La mediazione, procedura caratterizzata dalla mancanza di formalismi, può invece aiutare a far raggiungere un accordo anche attraverso una «soluzione creativa», che riguardi il rapporto complessivo delle parti, non essendo il mediatore vincolato, a differenza dell'arbitro, alla pretesa iniziale delle parti stesse.

Una volta scelta la strada dell'arbitrato, per altro, le parti sono obbligate, salvo un accordo transattivo tra loro, ad andare fino in fondo e a sottomettersi comunque al lodo arbitrale, che avrà efficacia vincolante tra loro: un arbitrato può solo essere impugnato per nullità, per revocazione o per opposizione di un terzo.

La mediazione, per contro, può concludersi anche senza un accordo: una parte può rifiutare una proposta conciliativa (seppur subendone delle conseguenze economiche: cfr. § 2.2, *infra*) e ciascuna parte può sempre, in qualunque momento, ritirarsi dal procedimento di mediazione, senza perdere la possibilità di ricorrere successivamente alla giustizia ordinaria.

Infine, nell'arbitrato, le parti difficilmente mantengono il controllo diretto sui tempi e sui costi, per altro spesso difficilmente stimabili e, generalmente, piuttosto elevati. Nella mediazione i costi sono invece predeterminati. Esistono inoltre dei vantaggi fiscali previsti dal legislatore per chi fa ricorso alla mediazione (cfr. § 2.2, *infra*).

Con riferimento ai tempi, sia l'arbitrato sia la mediazione sono in realtà subordinati a precisi vincoli normativi. L'arbitrato, se le parti non hanno disposto altrimenti, deve concludersi entro 240 giorni dall'accettazione dell'ultimo arbitro; sono possibili interruzioni e, in alcuni casi, proroghe.

La mediazione deve invece concludersi entro il termine massimo di 4 mesi dalla data di deposito della domanda (o, nell'ipotesi di mediazione demandata dal giudice, dalla scadenza del termine fissato da quest'ultimo per il deposito della stessa).

2. L'ASSETTO NORMATIVO ATTUALE

2.1. La normativa comunitaria, le norme nazionali e la loro evoluzione⁽⁶⁾

La presente sezione intende delineare lo scenario normativo all'interno del quale si colloca la mediazione civile e commerciale. Saranno prese in considerazione sia la legislazione comunitaria, sia la normativa nazionale italiana; quest'ultima verrà tratteggiata nello sviluppo diacronico che, partendo dalle prime disposizioni di legge riguardanti la conciliazione, ha infine condotto all'emanazione del decreto legislativo 28/2010.

2.1.1. La legislazione comunitaria

La Comunità europea mostrò di interessarsi attivamente ai metodi di risoluzione alternativa delle controversie sin dalla fine degli anni novanta.

Nei primi anni duemila, si succedettero alcune raccomandazioni degli organi comunitari (Commissione, Consiglio) che sfociarono, durante il 2002, nella presentazione di un Libro Verde⁽⁷⁾.

Si tratta di una tipica pubblicazione comunitaria, con la quale si fa il punto su determinati argomenti, al fine di diffonderne la conoscenza e sollecitare commenti e prese di posizione⁽⁸⁾.

Tale lavoro preparatorio proseguì, con la cadenza lenta, ma inesorabile, dell'Unione europea, per culminare, nell'anno 2008, in una Direttiva. È la numero 52, «*relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale*».

⁽⁶⁾ A cura di Alessandro Bossi, Avvocato in Milano.

⁽⁷⁾ *Libro Verde della Commissione*, 19 aprile 2002, COM (2002), 196, relativo ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale.

⁽⁸⁾ Cfr. *Summary of responses to the Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law*, 31 gennaio 2003, reperibile su diversi siti.

Come sempre avviene nel caso delle direttive comunitarie, i «*considerando*» che precedono il testo vero e proprio offrono notevole motivo di interesse; se ne sottopongono di seguito alcuni.

Considerando (6): «La mediazione può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti. Gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti. Tali benefici diventano anche più evidenti nelle situazioni che mostrano elementi di portata transfrontaliera».

Considerando (8) «Le disposizioni della presente direttiva dovrebbero applicarsi soltanto alla mediazione nelle controversie transfrontaliere, ma nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni».

Considerando (14): «La presente direttiva dovrebbe inoltre fare salva la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto ad incentivi o sanzioni, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario. Del pari, la presente direttiva non dovrebbe pregiudicare gli attuali sistemi di mediazione autoregolatori nella misura in cui essi trattano aspetti non coperti dalla presente direttiva».

Non è qui possibile, per ragioni di spazio, soffermarsi analiticamente sulle prescrizioni della Direttiva; al fine di dare, tuttavia, un'idea delle stesse, si riporta la rubrica degli articoli da cui è costituita:

- 1) Obiettivo e ambito di applicazione;
- 2) Controversie transfrontaliere;
- 3) Definizioni;
- 4) Qualità della mediazione;
- 5) Ricorso alla mediazione;
- 6) Esecutività degli accordi risultanti dalla mediazione;
- 7) Riservatezza della mediazione;
- 8) Effetti della mediazione sui termini di prescrizione e decadenza;
- 9) Informazioni al pubblico;
- 10) Informazioni sugli organi giurisdizionali e sulle autorità competenti;
- 11) Revisione;
- 12) Attuazione;
- 13) Entrata in vigore;
- 14) Destinatari.

L'articolo 12 (*Attuazione*) della Direttiva fissa per gli Stati membri la data del 21 maggio 2011 per l'implementazione della Direttiva stessa.

Nel febbraio 2011, undici Stati membri risultavano aver rispettato il termine che precede: Cipro, Estonia, Francia, Grecia, Italia, Lituania, Malta, Portogallo, Slovenia, Regno Unito e Spagna.

Un'ultima osservazione.

Sia il citato *considerando* (14), sia l'art. 5.3 della Direttiva lasciano impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio.

Pertanto, con l'art. 5 del D.Lgs. 28/2010, cioè la disposizione che ha introdotto, in quattordici materie, il tentativo di mediazione quale condizione di procedibilità dell'eventuale processo, il nostro legislatore altro non ha fatto che attuare un'opzione già prevista e riconosciuta dal legislatore comunitario.

2.1.2. La legislazione nazionale italiana

Il lungo e variegato iter normativo che ha infine portato il legislatore italiano a varare il D.Lgs. 28/2010 è iniziato molto tempo addietro.

Gli articoli 185 e 410 c.p.c. hanno per lungo tempo previsto un tentativo obbligatorio di conciliazione della lite. Oggidì la prima disposizione contempla il tentativo di conciliazione in caso di richiesta congiunta delle parti, mentre la seconda è stata abrogata dal cosiddetto *Provvedimento Collegato Lavoro* (legge n. 182 del 2010).

Lo scarso successo arriso alle due norme è spesso invocato, in modo comparativo, come critica alla mediazione, ma l'argomentazione è propria di chi conosce superficialmente o per nulla lo svolgimento effettivo di una procedura di mediazione, condotta da un mediatore formato.

L'approfondimento e la preparazione di questi, a prescindere dalla sua qualifica professionale, hanno ben poco a che spartire con la scarsissima attenzione e con lo scarsissimo tempo dedicati al tentativo di conciliazione da giudici e funzionari del settore lavoro, soggetti comunque non preparati (nel senso di specifica formazione) a tale delicato ruolo.

Gli anni novanta riscontrarono un rinnovato interesse legislativo per la conciliazione, come veniva allora definita.

In primis va citata la legge n. 580 del 1993, intitolata «Riordinamento delle Camere di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura». L'art. 4, lettera a) di tale legge prevede che le «*Camere di Commercio, singolarmente o in forma associata, possono tra l'altro: a) promuovere la costituzione di Commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori ed utenti*».

In applicazione di questa disposizione, molte, se non tutte, delle

Camere di Commercio presenti sul territorio nazionale, in corrispondenza delle province, provvidero a organizzare dei servizi di conciliazione.

Si creò in tal modo un bagaglio di esperienza, non solo nella conduzione delle procedure, ma anche nella formazione dei mediatori, che spiega perché ancor oggi la gran parte delle mediazioni si svolga all'interno del circuito camerale⁽⁹⁾.

Altre due leggi degli anni novanta meritano di essere menzionate.

La prima è la legge n. 481 del 1995, recante le *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*, che portò due anni dopo all'istituzione (con la legge n. 249 del 1997) della Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

Raccogliendo le indicazioni contenute in tali normative, l'Autorità disciplinò il tentativo obbligatorio di conciliazione per le controversie tra utenti e soggetti fornitori di servizi in materia di telecomunicazioni. Tale tentativo, che oggi si svolge principalmente presso i Corecom (Comitati regionali per le comunicazioni), ha comportato un significativo abbattimento del contenzioso giurisdizionale in questo campo.

La seconda legge è la n. 192 del 1998, contenente la disciplina della subfornitura nelle attività produttive; anch'essa prevede un tentativo obbligatorio di conciliazione per le controversie rientranti nel proprio ambito.

Ancora più abbondante è stata la produzione normativa, sulla conciliazione, negli anni duemila. Alcuni esempi: la legge n. 135 dell'anno 2001, recante la riforma della legislazione del turismo, che prevede all'articolo 4.3 che le controversie nel settore possano essere risolte utilizzando i servizi di mediazione messi a disposizione dalle Camere di Commercio; la legge n. 129 del 2004 sull'affiliazione commerciale, che contempla la possibilità che le parti inseriscano nei contratti delle clausole di conciliazione; l'art. 141 del Codice del consumo (D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206) che recita al primo comma: «*Nei rapporti tra consumatore e professionista, le parti possono avviare procedure di composizione extragiudiziale per la risoluzione delle controversie in materia di consumo, anche in via telematica*».

È altresì importante il quarto comma della disposizione, ove si afferma: «*Non sono vessatorie le clausole inserite nei contratti dei consumatori aventi ad oggetto il ricorso ad organi che si conformano alle disposizioni di cui al presente*

⁽⁹⁾ Secondo il *Quarto Rapporto sulla Diffusione della Giustizia Alternativa in Italia*, ISDACI, Milano, 2011, p. 31, su 18.958 mediazioni amministrate censite in Italia nell'anno 2008, ben 18.642 si sono svolte presso le Camere di Commercio.

articolo».

Nello stesso senso delle norme citate, ma con una diversa collocazione sistematica, si presenta l'art. 696-*bis* del c.p.c., introdotto dalla legge n. 80 del 2005 ed entrato in vigore a partire dal 1° marzo 2006. La disposizione regola, in modo analitico, l'istituto della consulenza tecnica preventiva «*ai fini della composizione della lite*» (cfr. § 6, *infra*), prevedendo che la valutazione del consulente possa estendersi all'accertamento e alla relativa determinazione «*dei crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito*».

Si prevede che il consulente, prima di provvedere al deposito della relazione tenti, ove possibile, la conciliazione delle parti.

La norma induce a due brevi commenti: se si vuole che il tentativo di conciliazione risulti per quanto possibile efficace, il consulente deve presentare non soltanto una preparazione tecnica, ma anche la conoscenza del *modus operandi* del mediatore; anche ove questo sia garantito, restano le difficoltà alle quali va incontro il soggetto che sia chiamato a svolgere contemporaneamente funzioni facilitative, quelle proprie del tentativo di conciliazione, e funzioni valutative, proprie della determinazione tecnica.

Tuttavia, se si vuole indicare una normativa che, più di ogni altra, ha costituito un elemento di forte novità nel panorama della conciliazione, anticipando alcuni aspetti rilevanti del D.Lgs. 28/2010, non si può avere esitazione: si tratta degli articoli da 38 a 40 contenuti nel Titolo VI del D.Lgs. n. 5 del 2003, sul c.d. «processo societario» (cfr. § 7, *infra*).

Senza entrare in soverchio dettaglio, queste furono le novità di spicco del decreto legislativo 5/2003:

- la previsione di un sistema di conciliazione amministrata, nella quale gli organismi di conciliazione dovessero essere iscritti ad un registro (art. 38 D.Lgs. 5/2003, che anticipa l'art. 16 del D.Lgs. 28/2010);
- la possibilità che il conciliatore, se richiesto dalle parti, avanzasse una proposta di conciliazione (art. 40, comma 2, D.Lgs. 5/2003, che anticipa l'art. 11 del D.Lgs. 28/2010)
- la comparazione tra la proposta del conciliatore, non accolta, e l'eventuale successiva sentenza del giudice (art. 40, comma 5, D.Lgs. 5/2003, che anticipa l'art. 13 del D.Lgs. 28/2010).

Le nuove norme entrarono in vigore il 1° gennaio 2004 e trovarono successiva specificazione regolamentare con i decreti ministeriali n. 222 e n. 223 del luglio 2004. Essi affrontarono nel dettaglio gli aspetti di qualificazione degli organismi e dei conciliatori, nonché la formazione di questi ultimi.

I decreti, in forza dell'articolo 16, comma 2, del D.Lgs. 28/2010, sono rimasti in vigore sino alla pubblicazione, nel novembre 2010, del decreto ministeriale n. 180, contenente le disposizioni regolamentari relative al medesimo D.Lgs. 28/2010.

Le disposizioni sulla «conciliazione societaria», secondo la terminologia che entrò in uso, risultarono di momento non soltanto per aver introdotto nel nostro ordinamento aspetti di conciliazione aggiudicativa, ma anche perché il legislatore le utilizzò come modello per altri, successivi, interventi normativi.

Ne sono esempi l'art. 768-*octies* c.c. (introdotto dalla legge n. 55 del 2006), relativo alle controversie in tema di patti di famiglia, nonché l'art. 7 della già citata legge 129/2004 sul *franchising* (affiliazione commerciale).

Questa rassegna legislativa sulla conciliazione/mediazione, necessariamente sintetica, può concludersi con la disposizione del D.Lgs. 28/2010 che riguarda l'abrogazione delle norme precedenti.

Si tratta dell'art. 23, che così dispone: «1. Sono abrogati gli articoli da 38 a 40 del decreto legislativo 17 gennaio 2003 n. 5 e i rinvii operati dalla legge a tali articoli si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni del presente decreto.

2. Restano ferme le disposizioni che prevedono i procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati, nonché le disposizioni concernenti i procedimenti di conciliazione relativi alle controversie di cui all'art. 409 del codice civile. I procedimenti di cui al periodo precedente sono esperiti in luogo di quelli previsti dal presente decreto».

Come già indicato in precedenza, l'ultima parte dell'art. 23 è oggi superata dal *Provvedimento Collegato Lavoro*, che abroga il tentativo obbligatorio di conciliazione nel processo del lavoro.

2.2. La riforma introdotta dall'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, e il decreto legislativo del 4 marzo 2010, n. 28 ^(*)

Negli ultimi anni, al fine di deflazionare il contenzioso civile italiano, il legislatore ha varato alcuni provvedimenti diretti a sviluppare sistemi alternativi di risoluzione delle controversie giudiziarie, i cosiddetti «metodi ADR» (*Alternative Dispute Resolution*), meglio definiti come «strumenti

(*) A cura di Andrea Silla, Avvocato e Dottore Commercialista in Roma.

alternativi di giustizia». In via generale con l'acronimo ADR si indica «l'insieme degli strumenti di risoluzione delle controversie alternativi al procedimento giurisdizionale ordinario, la cui caratteristica principale è quella di essere modelli "sostanziali di risoluzione delle controversie"»⁽¹⁰⁾.

La legge n. 88 del 7 luglio 2009, recante *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee* (c.d. Legge comunitaria 2008), pubblicata sulla G.U. del 14 luglio 2009, prevedeva l'obbligo di adottare «entro la scadenza del termine di recepimento fissato dalle singole direttive, i decreti legislativi recanti le norme occorrenti per dare attuazione» ad alcuni provvedimenti del Parlamento europeo e del Consiglio tra i quali la Direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008. Quest'ultima «ha l'obiettivo di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario» (art. 1, comma 1). Il comma 2 chiarisce, inoltre, che la direttiva «si applica, nelle controversie transfrontaliere, in materia civile e commerciale tranne per i diritti e gli obblighi non riconosciuti alle parti dalla pertinente legge applicabile. Essa non si estende, in particolare, alla materia fiscale, doganale e amministrativa né alla responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (acta iure imperii)».

Adempiendo agli obblighi comunitari, il legislatore ha emanato la legge 18 giugno 2009, n. 69, e successivamente il D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 (*Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*). Il Ministero della Giustizia, al fine di chiarire i principi sanciti nel D.Lgs. sopra citato, ha poi emesso il D.M. 18 ottobre 2010, n. 180/2010, *Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi ai sensi dell'art. 16 del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28*.

L'art. 60 della legge 69/2009 prevedeva che i provvedimenti attuativi dovessero rispettare i seguenti principi e criteri direttivi:

a) prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia. L'art. 5 del D.Lgs. 28/2010, infatti, fa emergere chiaramente

⁽¹⁰⁾ Buffone G., ne *Il Civilista*, aprile 2010, p. 7.

la differenza tra la mediazione di carattere italiano da altre procedure ADR;

b) prevedere che la mediazione sia svolta da organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di mediazione e conciliazione (art. 16 del D.Lgs. 28/2010);

c) disciplinare la mediazione nel rispetto della normativa comunitaria, attraverso l'istituzione, presso il Ministero della Giustizia, di un Registro degli organismi di mediazione sotto la vigilanza del medesimo Ministero. L'art. 16 del D.Lgs. 28/2010 e l'art. 3 D.M. 180/2010 forniscono precise indicazioni in merito;

d) prevedere che i requisiti per l'iscrizione nel Registro e per la sua conservazione siano stabiliti con decreto del Ministro della Giustizia (art. 16 del D.Lgs. 28/2010 e art. 4 D.M. 180/2010);

e) prevedere che i consigli degli Ordini degli avvocati possano istituire, presso i tribunali, organismi di mediazione che, per il loro funzionamento, si avvalgono del personale degli stessi consigli (art. 18 del D.Lgs. 28/2010);

f) prevedere che gli organismi di mediazione istituiti presso i tribunali siano iscritti di diritto nel Registro (art. 18 del D.Lgs. 28/2010);

g) prevedere la facoltà di istituire organismi di mediazione presso i consigli degli altri Ordini professionali per le controversie in particolari materie. La mediazione, infatti, è aperta a molte categorie di professionisti ai sensi dell'art. 19 del D.Lgs. 28/2010;

h) prevedere che gli organismi di mediazione presso i consigli degli Ordini professionali siano iscritti di diritto nel Registro (art. 19 del D.Lgs. 28/2010);

i) prevedere che gli organismi di mediazione iscritti nel Registro possano svolgere il servizio di mediazione anche attraverso procedure telematiche (art. 16 del D.Lgs. 28/2010 e art. 7 del D.M. 180/2010).

j) prevedere la facoltà del mediatore di avvalersi di esperti per le controversie in particolari materie, iscritti nell'albo dei consulenti e dei periti presso i tribunali. I compensi di tali consulenti devono essere previsti dai decreti legislativi attuativi della delega, anche con riferimento a quelli stabiliti per le consulenze e per le perizie giudiziali. Tale facoltà, ritenuta di residuale applicazione, è prevista all'art. 8 del D.Lgs. 28/2010.

k) prevedere che le indennità spettanti ai mediatori, da porre a carico delle parti, siano stabilite, anche con atto regolamentare, in misura maggiore per il caso in cui sia stata raggiunta la conciliazione tra le parti. L'art. 16 del D.M. 180/2010 ha dettato i parametri delle indennità e le relative modalità di calcolo;

l) prevedere il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi dell'istituto della mediazione nonché di ricorrere agli organismi di mediazione e conciliazione. Tale elemento di procedibilità, a tutela dei cittadini, è previsto all'art. 4, c. 3, D.Lgs. 28/2010;

m) prevedere forme di agevolazione di carattere fiscale a favore delle parti al fine di facilitare lo sviluppo della mediazione (artt. 17 e 20 del D.Lgs. 28/2010);

n) prevedere, nei casi in cui il provvedimento che chiude il processo corrisponda interamente al contenuto dell'accordo proposto in sede di procedimento di mediazione:

– che il giudice possa escludere la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato l'accordo successivamente alla proposta dello stesso, condannandolo altresì, e nella stessa misura, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente, salvo quanto previsto dagli articoli 92 e 96 c.p.c.;

– che possa condannare il vincitore al pagamento di un'ulteriore somma a titolo di contributo unificato ai sensi dell'articolo 9 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. Tali aspetti sono previsti all'art. 13 del D.Lgs. 28/2010;

o) prevedere che il procedimento di mediazione non possa avere una durata eccedente i quattro mesi. Il legislatore, con tale termine breve, ha voluto velocizzare la procedura di mediazione (art. 6 del D.Lgs. 28/2010);

p) prevedere, nel rispetto del codice deontologico, un regime di incompatibilità tale da garantire la neutralità, l'indipendenza e l'imparzialità del mediatore nello svolgimento delle sue funzioni. Per enfatizzare le funzioni del mediatore, il legislatore ha ribadito i principi di neutralità, indipendenza e imparzialità agli artt. 14 del D.Lgs. 28/2010 e 7 del D.M. 180/2010. Tali principi devono essere valutati anche in rapporto al dovere di riservatezza (art. 9 del D.Lgs. 28/2010), della inutilizzabilità nel giudizio delle dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione e del segreto professionale (art. 10 del D.Lgs. 28/2010);

q) prevedere che il verbale di conciliazione abbia efficacia esecutiva per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e costituisca titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Tale aspetto deve essere ancora attentamente valutato sia dalla dottrina e dalla prossima

giurisprudenza ed è sancito all'art. 12 del D.Lgs. 28/2010.

Come è noto l'istituto della mediazione, come condizione obbligatoria di procedibilità, è entrato in vigore il 20 marzo 2011 e l'attuazione pratica dei principi sanciti dall'art. 60 della l. 69/2009, trasfusi nel D.Lgs. 28/2010 e nel D.M. 180/2010, troveranno finalmente un riscontro fattuale.

2.3. Il regolamento attuativo di cui al D.M. 18 ottobre 2010, n. 180^(*)

Il decreto ministeriale 18 ottobre 2010, n. 180 (d'ora in poi, il «decreto») in attuazione del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, regola l'istituzione, i criteri e le modalità di iscrizione degli organismi nel registro presso il Ministero, l'istituzione dell'elenco degli enti di formazione istituito presso il Ministero della Giustizia; i criteri e le modalità di iscrizione nell'elenco degli enti di formazione; l'ammontare minimo e massimo e il criterio di calcolo delle indennità spettanti agli organismi. Rinviano per approfondimenti ai paragrafi successivi, ci si propone in questa sede di fornire un quadro di sintesi delle novità introdotte con l'emanazione del documento.

2.3.1. Registro degli organismi

La peculiarità della normativa in commento è senza dubbio la scelta del legislatore di prediligere l'affidamento dell'attività di mediazione a organismi pubblici o privati che «*diano garanzie di serietà ed efficienza*» (art. 16 D.Lgs. 28/2010). Tali caratteristiche si rendono ancor più necessarie se si considera che le parti del conflitto possono vedersi attribuiti vantaggi non indifferenti, non ultimi, il valore di titolo esecutivo del verbale o i vantaggi fiscali, rendendosi pertanto necessaria l'esistenza di organismi regolamentati. Tale caratteristica risulta a maggior ragione imprescindibile alla luce del disposto legislativo di cui all'art. 5 c. 1, D.Lgs. 28/2010, per cui i conflitti sorti in talune materie l'esperimento del tentativo di conciliazione costituisce condizione di procedibilità.

Il decreto attuativo istituisce pertanto presso il Ministero della Giustizia il registro degli organismi abilitati presso i quali può svolgersi il

^(*) A cura di Patrizia Riva, Responsabile SAF - Scuola di Alta Formazione ODCEC Milano. Professore aggregato Università del Piemonte Orientale.

procedimento di mediazione ai sensi del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28. Il registro è articolato in modo da contenere le annotazioni specifiche sia per gli enti pubblici (sezione A: elenco dei mediatori; sezione B: elenco dei mediatori esperti nella materia internazionale; sezione C: elenco dei mediatori esperti nella materia dei rapporti di consumo) sia per quelli privati (sezione A: elenco dei mediatori; sezione B: elenco dei mediatori esperti nella materia internazionale; sezione C: elenco dei mediatori esperti nella materia dei rapporti di consumo; sezione D: elenco dei soci, associati, amministratori, rappresentanti degli organismi).

Gli organismi richiedenti, all'atto della domanda di iscrizione, depositano il proprio regolamento di procedura e il codice etico, oltre, qualora si tratti di enti privati, alle tabelle delle indennità spettanti all'ente stesso per il servizio di mediazione. L'iscrizione nel registro prevede inoltre la verifica preliminare della professionalità e dell'efficienza degli organismi abilitati e di particolari requisiti in capo ai mediatori dei medesimi.

Con specifico riferimento agli organismi abilitati, il responsabile della tenuta e della gestione del registro verifica in via preliminare l'ottemperanza a determinate caratteristiche in capo agli organismi richiedenti, in conformità al principio generale di serietà ed efficienza di cui all'art 16 del D.Lgs. 28/2010:

- a) l'esistenza di un capitale non inferiore a quello la cui sottoscrizione è necessaria alla costituzione di una società a responsabilità limitata, nonché il possesso di una polizza assicurativa di importo non inferiore a 500.000 euro per la responsabilità a qualunque titolo derivante dallo svolgimento dell'attività di mediazione;
- b) la capacità di poter svolgere l'attività di mediazione in almeno due regioni italiane o in almeno due province della medesima regione;
- c) l'esistenza dei requisiti di onorabilità dei soci, associati, amministratori;
- d) la trasparenza amministrativa e contabile dell'organismo, ivi compreso il rapporto giuridico ed economico tra l'organismo e l'ente di cui eventualmente costituisca articolazione interna al fine della dimostrazione della necessaria autonomia finanziaria e funzionale;
- e) le garanzie di indipendenza, imparzialità e riservatezza nello svolgimento del servizio di mediazione;
- f) l'esistenza di un numero dei mediatori, non inferiore a cinque, che hanno dichiarato la disponibilità a svolgere le funzioni di mediazione per il richiedente;
- g) la sede dell'organismo.

Anche per i mediatori dell'organismo abilitato alla mediazione, il decreto attuativo all'art 4 prevede l'esistenza di specifici requisiti di professionalità, competenza e di onorabilità che contribuiscono ad accrescere l'efficienza degli organismi stessi (cfr. § 3, *infra*).

Gli organismi costituiti, anche in forma associata, dalle CCIAA e dai Consigli degli ordini professionali sono iscritti su semplice domanda, all'esito della verifica della sussistenza del solo requisito del possesso da parte del richiedente di una polizza assicurativa di importo non inferiore a 500.000 euro (cfr. punto a), *supra*) per l'organismo e dei requisiti del mediatore (cfr. § 3, *infra*).

2.3.2. Istituzione dell'elenco degli enti di formazione istituito presso il Ministero della Giustizia

Il decreto istituisce l'elenco degli enti di formazione abilitati a svolgere l'attività di formazione dei mediatori. L'elenco è tenuto presso il Ministero della Giustizia; ne è responsabile il direttore generale della giustizia civile, ovvero persona da lui delegata con qualifica dirigenziale nell'ambito della direzione generale.

L'elenco è articolato in modo da contenere le annotazioni specifiche sia per gli enti pubblici (sezione A: elenco dei formatori; sezione B: elenco dei responsabili scientifici); sia per quelli privati (sezione A: elenco dei formatori; sezione B: elenco dei responsabili scientifici; sezione C: elenco dei soci, associati, amministratori, rappresentanti degli enti).

La gestione dell'elenco avviene, specularmente a quanto avviene per il registro degli organismi abilitati, con modalità informatiche che assicurano la possibilità di rapida elaborazione di dati, assicurando la pubblicità degli elenchi dei formatori.

2.3.3. Procedimento di iscrizione nell'elenco degli organismi accreditati

Il responsabile del Registro approva il modello della domanda di iscrizione presentata dall'organismo e fissa le modalità di svolgimento delle verifiche, con l'indicazione degli atti, dei documenti e dei dati di cui la domanda deve essere corredata.

Alla domanda è, in ogni caso, allegato il regolamento di procedura e la tabella delle indennità redatta secondo i criteri stabiliti nell'articolo 16 del decreto; per gli enti privati l'iscrizione nel registro comporta l'approvazione delle tariffe (cfr. *infra*).

La domanda e i relativi allegati, compilati secondo il modello predisposto, sono trasmessi al Ministero della Giustizia, anche in via telematica, con modalità che assicurano la certezza dell'avvenuto ricevimento.

Il procedimento di iscrizione deve essere concluso entro *quaranta* giorni, decorrenti dalla data di ricevimento della domanda. La richiesta di integrazione della domanda o dei suoi allegati può essere effettuata dal responsabile per una sola volta. Dalla data in cui risulta pervenuta la documentazione integrativa richiesta, decorre un nuovo termine di *venti* giorni.

2.3.4. Criteri e modalità di iscrizione degli enti di formazione all'elenco

Nell'elenco sono iscritti, a domanda, gli organismi di formazione costituiti da enti pubblici e privati.

Analogamente a quanto è stato descritto per l'iscrizione degli organismi nel registro del Ministero della Giustizia, anche gli enti di formazione sono oggetto di verifica preliminare di «*serietà ed efficienza*» da parte del responsabile dell'elenco ai sensi dell'art. 18 del decreto, e in particolare degli stessi requisiti già elencati ai punti a), c), d), f) e g) del precedente paragrafo 2.3.1. Nondimeno, il decreto attuativo, sempre nel medesimo articolo, ha previsto precisi requisiti con riguardo alla qualificazione dei formatori, distinguendo gli stessi in due categorie: i) docenti dei corsi teorici; ii) docenti dei corsi pratici.

I docenti dei corsi teorici devono provare l'idoneità alla formazione attestando di aver pubblicato almeno tre contributi scientifici in materia di mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie. La normativa risulta tassativa: non sono contemplate pubblicazioni in materie diverse da quelle elencate.

Interpretando la norma parrebbe che i docenti dei corsi pratici abbiano il solo obbligo di provare l'idoneità alla formazione attestando di aver operato, in qualità di mediatore, presso organismi di mediazione o conciliazione in almeno tre procedure, senza quindi dimostrare di aver possesso anche dei requisiti dei docenti dei corsi teorici⁽¹¹⁾.

⁽¹¹⁾ Cfr. Cena D., Chiesa R., Regis C., in: *La mediazione civile e commerciale*, p. 238.

Per entrambe le categorie, i docenti devono anche provare l' idoneità alla formazione attestando:

- di avere svolto attività di docenza in corsi o seminari in materia di mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie presso ordini professionali, enti pubblici o loro organi, università pubbliche o private riconosciute, nazionali o straniere;
- di impegnarsi a partecipare in qualità di discente presso i medesimi enti ad almeno diciotto ore di aggiornamento nel corso in un biennio;
- di essere in possesso dei medesimi requisiti di onorabilità richiesti ai mediatori.

Risulta rilevante chiedersi se il docente possa adempiere al proprio obbligo formativo frequentando corsi specifici tenuti, naturalmente da altri docenti, presso gli stessi organi ove svolge l'attività di formazione. Le caratteristiche degli enti formatori e le caratteristiche personali e professionali dei docenti, ma soprattutto la necessità per gli enti di mantenere standard qualitativi elevati che possano garantire loro la continuità portano chi scrive a concludere che questa possibilità possa essere considerata accettabile.

Non si riscontrano però ancora orientamenti specifici ministeriali o della prassi sul punto e una seconda posizione di maggior rigore potrebbe portare a considerare necessaria una maggiore terzietà dell'ente formatore dei formatori.

Il decreto, infine, all'art. 20, comma 4, stabilisce una disciplina transitoria per i formatori già abilitati a prestare la loro attività presso gli organismi abilitati accreditati dal Ministero. Gli stessi formatori sono pertanto autorizzati a praticare l'attività di formazione entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del decreto in commento e, successivamente a tale data, ad aggiornare le proprie credenziali in conformità ai requisiti di cui all'art. 18.

2.3.5. Ammontare minimo e massimo e criterio di calcolo delle indennità spettanti agli organismi

L'indennità complessiva spettante agli organismi comprende sia le spese di avvio del procedimento, sia le spese di mediazione. Per le spese di avvio risulta dovuto da ciascuna parte un importo di euro 40, versato dall'istante in via anticipata ossia al momento del deposito della domanda di mediazione e dalla parte chiamata alla mediazione al momento della sua adesione al procedimento.

Valore della lite - Spesa (per ciascuna parte)	
Fino a Euro 1.000:	Euro 65
da Euro 1.001 a Euro 5.000:	Euro 65
da Euro 5.001 a Euro 10.000:	Euro 240
da Euro 10.001 a Euro 25.000:	Euro 360
da Euro 25.001 a Euro 50.000:	Euro 600
da Euro 50.001 a Euro 250.000:	Euro 1.000
da Euro 250.001 a Euro 500.000:	Euro 2.000
da Euro 500.001 a Euro 2.500.000:	Euro 3.800
da Euro 2.500.001 a Euro 5.000.000:	Euro 5.200
Oltre Euro 5.000.000:	Euro 9.200

Tavola 1
Tabella A (art. 16, co. 4, D.M. 180/2010)

Per le spese di mediazione è dovuto da ciascuna parte l'importo massimo per ciascuno scaglione di riferimento indicato nella tabella A allegata al decreto (Tavola 1).

Nondimeno, tale importo è suscettibile di variazione nei casi esplicitamente previsti dall'art. 16 del decreto, ossia:

- a) può essere aumentato in misura non superiore a un quinto tenuto conto della particolare importanza, complessità o difficoltà dell'affare;
- b) deve essere aumentato in misura non superiore a un quinto in caso di successo della mediazione;
- c) deve essere aumentato di un quinto nel caso di formulazione della proposta ai sensi dell'articolo 11 del decreto legislativo⁽¹²⁾;

⁽¹²⁾ Art. 11: «Se è raggiunto un accordo amichevole, il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo [...]. La proposta di conciliazione è comunicata alle parti per iscritto. Le parti fanno pervenire al mediatore, per iscritto ed entro sette giorni, l'accettazione o il rifiuto della proposta. In mancanza di risposta nel termine, la proposta si ha per rifiutata. [...]. Se è raggiunto l'accordo amichevole ovvero se tutte le parti aderiscono alla proposta del mediatore, si forma processo verbale che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore [...]».

- d) deve essere ridotto di un terzo nelle materie di cui all'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo⁽¹³⁾;
- e) deve essere ridotto di un terzo quando nessuna delle controparti di quella che ha introdotto la mediazione, partecipa al procedimento.

⁽¹³⁾ Art 5: «Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-*bis* del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale [...]».

3. COME SI DIVENTA MEDIATORI^(*)

Le novità legislative in materia di mediazione civile concernono anche il profilo professionale del mediatore e stabiliscono le modalità con cui si può accedere all'elenco dei mediatori di un Organismo di mediazione, tra quelli accreditati dal Ministero della Giustizia.

I requisiti per l'esercizio delle funzioni di mediatore, in vigore dal 5 novembre 2010, sono stabiliti dagli artt. 4 e 6, D.M. 18 ottobre 2010, n. 180, come già accennato (cfr. § 2.3, *supra*).

In particolare (art. 4), gli aspiranti mediatori devono essere in possesso di un titolo di studio non inferiore alla laurea triennale, oppure, alternativamente, essere iscritti a un ordine o a un collegio professionale. Devono anche soddisfare alcuni requisiti formativi: possedere una formazione specifica per mediatori civili ed effettuare uno specifico aggiornamento almeno ogni due anni. Il corso base per mediatori e i corsi di aggiornamento devono essere tenuti dagli enti di formazione accreditati dal Ministero, in base a quanto stabilito dall'art. 18, D.M. 180/2010.

I requisiti di onorabilità necessari per l'appartenenza all'elenco dei mediatori sono i seguenti:

- a) non avere riportato condanne definitive per delitti non colposi o pena detentiva non sospesa;
- b) non essere incorsi nell'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici;
- c) non essere stati sottoposti a misure di prevenzione o di sicurezza;
- d) non avere riportato sanzioni disciplinari diverse dall'avvertimento.

Inoltre, se l'aspirante mediatore intende richiedere l'iscrizione all'elenco specifico dei mediatori esperti nella materia internazionale (art.

^(*) A cura di Claudia Mezzabotta, Commissione Principi Contabili ODCEC Milano. Commissione tecnica IASCF SMEIG, Londra (Regno Unito). Commissione tecnica EFRAG SME Working Group, Bruxelles (Belgio).

3, comma 3, parte I, sezione B e parte II, sezione B), deve essere in grado di produrre idonea documentazione per comprovare le proprie conoscenze linguistiche.

L'aspirante mediatore deve presentare domanda di iscrizione all'elenco dei mediatori presso l'Organismo di mediazione accreditato dal Ministero della Giustizia di cui intende entrare a fare parte. Alla domanda di iscrizione egli dovrà allegare (art. 6):

a) la dichiarazione di disponibilità a svolgere le funzioni di mediatore per tale organismo, indicando espressamente in quale delle sezioni del registro egli vorrebbe entrare a fare parte; tale dichiarazione deve essere sottoscritta dall'aspirante mediatore;

b) un curriculum sintetico, in cui deve essere specificata l'esistenza dei requisiti di cui all'art. 4, comma 3, lett. a) e b); si tratta, in particolare, del possesso del titolo di studio non inferiore alla laurea triennale o, in alternativa, dell'appartenenza a un ordine o a un collegio professionale, e del possesso di una specifica formazione e di uno specifico aggiornamento almeno biennale, già menzionati *supra*;

c) l'attestazione del possesso dei requisiti di onorabilità, sopra specificati;

d) la documentazione idonea a comprovare le conoscenze linguistiche necessarie a svolgere le funzioni di mediatore in materia internazionale.

È importante qui ricordare che ciascun mediatore non può dichiararsi disponibile a svolgere le funzioni di mediatore per più di cinque organismi contemporaneamente.

In caso di dichiarazioni mendaci sull'esistenza dei requisiti per esercitare le funzioni di mediatore, nel caso di dipendenti di enti pubblici o di professionisti iscritti a un albo o a un collegio professionale, essi sono passibili di sanzioni disciplinari in base alle rispettive norme deontologiche.

Fin qui i requisiti disposti dalla legge, che gli aspiranti mediatori devono possedere per l'iscrizione all'elenco dei mediatori di un Organismo accreditato. Nondimeno, è importante sottolineare che non necessariamente l'istante ha diritto di essere inserito nell'elenco dei mediatori, per il solo fatto che sia in possesso dei requisiti legali. Secondo alcuni commentatori⁽¹⁴⁾, infatti, nel caso in cui l'organismo di mediazione

⁽¹⁴⁾ Triscari G., «Iscrizione e rapporti con il professionista: scelte delicate condizionano l'organismo», in: *Guida alla mediazione civile*, Il Sole 24 Ore, Milano, novembre 2010.

abbia natura privata, esso opera in regime di concorrenza secondo le regole del mercato e, pertanto, esso ha una totale libertà di scelta nella decisione di includere o meno un aspirante mediatore nel proprio elenco. Ciò in quanto l'organismo potrebbe desiderare di crearsi una particolare immagine nei confronti dei concorrenti, includendo nell'elenco mediatori particolarmente esperti e prestigiosi, o anche specializzarsi in determinate materie, scegliendo pertanto solo i professionisti più idonei a svolgere tale funzione. Né il mediatore, una volta che sia stato incluso nell'elenco di un determinato organismo, può vantare alcuna pretesa in merito alla possibilità di essere designato per svolgere una specifica attività di mediazione. L'organismo, infatti, pur essendo vincolato al rispetto del proprio regolamento, approvato dal Ministero della Giustizia, sceglierà liberamente a chi conferire un determinato incarico di mediazione, tra i professionisti iscritti nel suo elenco.

Diversa è invece la situazione del professionista nel caso in cui l'organismo sia di natura pubblica (p.e. perché costituito da un ordine professionale o da una camera di commercio). In questo caso, infatti, l'organismo di conciliazione pubblico dovrà operare in base ai criteri ordinari che regolano le attività della pubblica amministrazione. Sia l'ammissione dell'aspirante mediatore all'elenco tenuto dall'organismo, sia i criteri di scelta di un determinato professionista, tra quelli inclusi nell'elenco, per l'assegnazione di uno specifico caso di mediazione dovranno essere informati a rigorosi criteri di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità (cfr. art. 27, Codice dei contratti pubblici). L'organismo di diritto pubblico, pertanto, dovrà regolamentare in modo rigoroso e rispettoso delle ordinarie regole di funzionamento della pubblica amministrazione le procedure volte a determinare, caso per caso, il nome del mediatore da designare per la trattazione di uno specifico caso di mediazione, tra quelli iscritti all'elenco, per esempio stabilendo dei criteri volti a garantire l'imparzialità del mediatore rispetto a uno specifico caso di mediazione, la sua specializzazione in una particolare materia, le modalità di turnazione, e così via. Nel caso in cui l'organismo sia di diritto pubblico, in altri termini, il rigetto non motivato della domanda di iscrizione nell'elenco dei mediatori o la scelta di un particolare professionista per la trattazione di uno specifico caso che non segua i criteri di selezione preventivamente stabiliti dal regolamento potrebbero fare sorgere in capo al soggetto istante escluso o al professionista pretermesso il diritto a fare valere i suoi interessi legittimi.

Infine, vale la pena soffermarsi ancora un poco su quanto concerne

l'ottenimento della qualificazione professionale del mediatore tramite specifici percorsi formativi e di aggiornamento biennale. Se è vero infatti, che questo è solo uno dei requisiti da rispettare per gli aspiranti mediatori, è altrettanto vero che il legislatore del D.M. 180/2010 ha posto particolare enfasi sulla rilevanza di questo requisito (art. 18), rispetto agli altri, soprattutto per quanto concerne gli aspetti quantitativi e qualitativi della formazione⁽¹⁵⁾.

Il corso base da frequentare se si desidera diventare mediatori professionisti deve avere la durata minima di 50 ore e deve essere articolato in sezioni teoriche e pratiche, con un massimo di 30 partecipanti per corso. Le sezioni pratiche devono includere simulazioni eseguite dai partecipanti, sotto la guida e il commento dei docenti. Le materie di studio dovranno includere la normativa nazionale, comunitaria e internazionale in materia di mediazione e conciliazione, le metodologie delle procedure facilitative e aggiudicative di negoziazione e mediazione, le tecniche di gestione dei conflitti e di interazione comunicativa, anche in relazione alle mediazioni demandate dal giudice ex art. 5, comma 5, D.Lgs. 28/2010. I discenti dovranno anche esaminare in aula l'efficacia e l'operatività delle clausole contrattuali di mediazione e conciliazione, la forma, il contenuto e gli effetti della domanda di mediazione e dell'accordo di conciliazione, oltre ai compiti e alle responsabilità del mediatore.

I corsi di aggiornamento obbligatori dovranno avere la durata di almeno 18 ore per ogni biennio e saranno strutturati anch'essi in sezioni teoriche e pratiche di natura «avanzata», aventi a oggetto le medesime materie sopra elencate. Dovranno anch'essi includere sessioni di simulazione con la partecipazione dei discenti o, alternativamente, sessioni di mediazione.

Appare pertanto evidente da quanto fin qui detto che la formazione ritenuta dal legislatore necessaria per diventare mediatori e per continuare a esercitare tale professione non si basa soltanto su nozioni teoriche e sulla conoscenza delle norme che regolano il funzionamento dell'istituto, ma anche delle tecniche «comportamentali» che il mediatore dovrà utilizzare per gestire il conflitto, per comunicare con le singole parti che entrano in mediazione e per facilitare la comunicazione tra le parti stesse. Questa compenetrazione di nozioni teorico-giuridiche e tecnico-pratiche

⁽¹⁵⁾ Porreca P., «Formazione continua obbligatoria per il corretto esercizio dell'attività», in: *Guida alla mediazione civile*, Il Sole 24 Ore, Milano, novembre 2010.

dovrebbe fare del mediatore una figura professionale estremamente qualificata e dal profilo decisamente innovativo nel panorama giuridico italiano.

La qualità della formazione obbligatoria per il mediatore dovrebbe essere garantita, secondo le intenzioni del legislatore, dal fatto che essa potrà essere erogata solamente da enti di formazione accreditati presso il Ministero della Giustizia, che si servono di docenti le cui qualifiche professionali e accademiche sono rigorosamente stabilite e controllate dalla legge. Inoltre, il controllo e l'indirizzo del contenuto e le modalità di erogazione dei corsi base e di aggiornamento sono demandati a un responsabile scientifico di chiara fama ed esperienza in materia di mediazione, conciliazione e altre forme alternative di risoluzione delle controversie, il quale dovrà attestare la completezza e l'adeguatezza del percorso formativo per i mediatori.

4. LA MEDIAZIONE CIVILE NEL CONTESTO INTERNAZIONALE⁽⁹⁾

4.1. Inquadramento economico-giuridico della mediazione internazionale

Al fine di poter meglio comprendere la genesi dei fattori propulsivi dell'istituto delle *alternative dispute resolution* e della loro normalizzazione nell'ordinamento giuridico italiano, risulta indispensabile un approccio a livello economico internazionale, seppur sintetico in ragione dello scopo introduttivo di questo scritto.

I soggetti che intervengono nel commercio internazionale sono solitamente suddivisi in operatori non statali, ossia istituti bancari e imprese multinazionali⁽¹⁶⁾, che svolgono professionalmente la produzione e la commercializzazione di beni e servizi da uno Stato all'altro, e in operatori statali, ossia gli Stati⁽¹⁷⁾, le organizzazioni internazionali (WTO, ONU, Unione Europea, eccetera) e le organizzazioni non governative a vocazioni economico transnazionali (ONG), che nella forma di associazione di diritto interno svolgono attività transnazionali. Questi soggetti si propongono di accordare tra loro una pluralità di associazioni nazionali omogenee, facendo da catalizzatore tra operatori statali e non statali; elaborando modelli contrattuali uniformi; identificando le *best*

⁽⁹⁾ A cura di Giorgio Aletti, Commissione Banche Intermediari Finanziari e Assicurazioni ODCEC Milano.

⁽¹⁶⁾ Sino agli anni novanta il fattore dimensionale era fattore di sicuro successo per l'internazionalizzazione dell'attività economica di un'azienda. Con l'avvento di internet e il conseguente facile accesso all'informazione diffusa e alla comunicazione a basso costo, le medie e piccole imprese hanno preso il sopravvento, con la conseguenza di una moltiplicazione dei rapporti commerciali e del relativo contenzioso.

⁽¹⁷⁾ Il termine Stato deve essere inteso come ogni comunità organizzata dotata di un sistema di regole ed istituti per governare sé stessa. Perché si possa dire che una comunità costituisce uno Stato, questa deve essere caratterizzata di una popolazione, da un territorio delimitato da confini e da un potere sovrano esercitato attraverso le proprie istituzioni senza imposizioni esterne. (Vedi anche Galgano F., Marrella F.).

practice; emanando regole di *business ethics*; fornendo servizi di risoluzione delle controversie attraverso camere e regolamenti arbitrali e ADR. In altri termini, codificando in via privata gli usi del commercio internazionale⁽¹⁸⁾.

È evidente che in una situazione di economia transnazionale sorge il problema di quale legge nazionale vada applicata. Ogni ordinamento, per ragioni storico-culturali e a volte di religione, attribuisce effetti assai diversi alla medesima dichiarazione di volontà. Se in questo scenario inseriamo il problema che gli Stati non solo influiscono sul commercio internazionale in modo indiretto,

- disciplinando diversamente i vari negozi giuridici in base al proprio diritto privato,
- intervenendo direttamente con norme di diritto pubblico dettati in base alle proprie scelte di politica economica con cui regolano i flussi di beni e servizi,
- limitandoli e condizionandoli all'interesse nazionale oppure adottando misure restrittive al commercio,
- applicando tasse e altre barriere commerciali al fine di proteggere e favorire le proprie industrie interne o come ripercussione economica per comportamenti considerati illegittimi di altri Stati,

possiamo ben comprendere l'importanza dell'istituto della mediazione internazionale. Infatti, rari sono i casi di Stati che adottano una politica commerciale di *laissez-faire* al mercato.

È bene, a questo proposito, ricordare l'esistenza di una scienza giuridica particolare, la sistematologia, che studia i caratteri simili dei differenti ordinamenti e, sulla base di questi, li ha raggruppati in quattro grandi famiglie: *civil law*, *common law*, *Scharia* e altri.

Ai sistemi di *civil law* appartengono tra gli altri l'Italia, la Francia, la Germania e la Spagna e sono così caratterizzati:

- gli ordinamenti traggono la loro origine dal diritto romano;
- hanno un ugual sistema delle fonti del diritto;
- la materia civile privatistica è raccolta in un codice, al quale si affiancano le leggi complementari;
- la giurisprudenza ha la funzione d'interpretazione della legge;

⁽¹⁸⁾ Tra queste è bene ricordare l'*Internationale Chambre de Commerce* (ICC), l'*International Accounting Standard Board* (IASB), l'*International Accounting Standards* (IAS), l'*International Financial Reporting Standards* (IFRS), il *Comité Maritime International* (CMI), l'*International Standards Organisation* (ISO). (Vedi anche Giuliano M., Scovazzi T., Treves T.).

– la dottrina ha un ruolo fondamentale per la comprensione della legge.

Ai sistemi di *common law* appartengono l'Inghilterra e molti paesi un tempo colonie, come gli Stati Uniti d'America, Malta, il Sudafrica e l'Australia. Questi ultimi si caratterizzano per:

– la giurisprudenza, che è fonte del diritto. Vi sono leggi emanate dal Parlamento, ma la creazione del diritto è affidata alla giurisprudenza;

– il precedente è giurisprudenza, ossia quello che viene deciso riguardo a una fattispecie dalla Corte superiore vincola le Corti inferiori e, rispetto ad essa, ha valore persuasivo;

– l'assenza, nella quasi totalità dei casi, di codici;

– la dottrina analizza e spiega i precedenti e tenta di elaborare delle regole non vincolati⁽¹⁹⁾.

Infine esistono i sistemi in cui vige la *Sharia*, ossia la legge islamica. Alcuni dei paesi interessati sono: il Marocco, l'Arabia Saudita, il Sudan, eccetera. Le caratteristiche salienti di questo sistema sono le seguenti:

– non vi è una chiara distinzione tra i poteri dello Stato;

– le fonti del diritto sono il Corano, la Sunna (ossia le consuetudini di vita del Profeta) e l'interpretazione dei sapienti;

– non vi sono necessariamente più gradi di giudizio;

– il diritto non tratta ogni aspetto del vivere sociale, pertanto spesso sono adottati istituti propri dell'Occidente, con influenze significative risalenti al dominio coloniale.

Negli altri sistemi possiamo ricondurre:

– i Paesi socialisti, come la Cina, la Corea del Nord, Cuba e Vietnam.

Sono caratterizzati da un sistema prossimo a quello di *civil law*, tanto da essere talvolta considerati rientranti in esso. La sostanziale differenza risiede nel concetto di proprietà dei mezzi di produzione, che è solo statale;

– i modelli pluralisti, come il Giappone, l'India e alcuni Paesi africani sub-sahariani. Sono una sorta di istituti propri del mondo coloniale, incarnati in concezioni religiose millenarie. Vi è una sostanziale sfiducia nella giustizia, privilegiando accordi fra le parti.

⁽¹⁹⁾ Negli Stati Uniti esistono i cosiddetti *Restatement of Law*, raccolte che sembrano codici, ma in realtà non hanno poteri precettivi. Sono redatti a cura di enti privati, come l'American Law Society, o delle autorità federali che valutano lo stato della giurisprudenza tentando di fornire dei modelli uniformi, come il *Model Business Corporation Act*.

L'internazionalità dell'economia, in questo quadro così composito, comporta la necessità di trovare regole comuni che diano sicurezza ai loro rapporti contrattuali. Gli ordinamenti moderni riconoscono che un determinato rapporto tra privati possa essere regolato da una norma esterna.

Di più, in ciascun Paese possono venir elaborate, quale specifica branca dell'ordinamento interno, norme che stabiliscano la legge nazionale, propria o straniera, da applicarsi a un rapporto giuridico che presenta elementi di collegamento con l'estero. Queste norme, denominate di diritto internazionale privato, sono sempre norme interne e non costituiscono norme materiali, ossia che disciplinano la sostanza dei rapporti, ma solo regole strumentali. Alcuni Stati, dal dopoguerra in poi, accettano di limitare il proprio potere sovrano su certi ambiti, per regolarli e sintonizzarli con quelli di altri Paesi.

Al fine di massimizzare l'interscambio commerciale dei servizi, molti Stati hanno deciso di sottoscrivere convenzioni internazionali, in cui gli stessi s'impegnano a regolare uniformemente di solito solo una, altre volte più materie. Più di sovente hanno deciso di aderire a organizzazioni internazionali con due modalità specifiche di partecipazione: a organizzazioni che mirano ad armonizzare e unificare in forma graduale il diritto dei Paesi membri in via intergovernativa⁽²⁰⁾; con adesione ad organizzazioni che, attraverso metodologie di libero scambio, di unioni doganali e di mercati comuni, tendono ad evolversi fino a costruire federazioni di Stati⁽²¹⁾.

Possiamo ora affermare che per diritto del commercio internazionale s'intende quel coacervo di norme, di origine statale⁽²²⁾, ovvero di origine

⁽²⁰⁾ A solo titolo di riferimento: UNIDROIT, UNCTAD, UNCITRAL, CIPDIP (Conferenza permanente dell'Aia di diritto internazionale privato). I trattati possono contenere non solo norme materiali ma anche regole formali e strumentali per istituire nuove fonti di produzione. Tali sono i trattati istitutivi di organizzazioni internazionali. Generalmente comunque l'attività di tali organizzazioni non è tanto quella di legiferare ma di facilitare la collaborazione fra Stati e predisporre progetti di Convenzioni aperti alla ratifica.

⁽²¹⁾ A solo titolo d'esempio: WTO, UE, EFTA, NAFTA, OPEC, eccetera. Infine è da considerarsi soggetto di diritto internazionale la Chiesa cattolica, da sempre tradizionalmente riconosciuta.

⁽²²⁾ L'art. 10 Cost. sancisce l'uniformarsi del diritto italiano alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute. Tali sono le norme consuetudinarie. La loro principale caratteristica è che pur essendo norme primarie hanno dato luogo ad uno

professionale⁽²³⁾, che disciplina i rapporti commerciali tra operatori di Paesi diversi. Tale definizione è molto vasta e comprende anche le singole normative commerciali dei diversi Stati.

Per quanto riguarda la funzione di accertamento giudiziario bisogna dire che essa è prevalentemente di carattere arbitrale dato che non esistono organi giurisdizionali istituzionali cui il singolo Stato possa ricorrere contro un altro che non accetti di sottoporvisi.

Per quanto riguarda i mezzi che nel diritto internazionale permettono l'osservanza delle norme dobbiamo realisticamente riconoscere che siano tutti riparabili alla categoria dell'autotutela. Il diritto internazionale poggia su rapporti di mera forza.

È discusso in dottrina se il diritto internazionale sia o no un vero e proprio diritto. La difesa dell'obbligatorietà del diritto internazionale è un problema rilevante, dato che formalmente non esiste nulla che possa imporre ad uno Stato di sottoporvisi⁽²⁴⁾. Tale problema si suole risolvere

scarso numero di norme materiali. Altra categoria di norme di diritto internazionale sono gli «accordi» che vincolano soltanto gli Stati contraenti. Essi, al contrario delle norme consuetudinarie sono numerosi (2° grado). Sotto agli accordi troviamo un'altra fonte, i procedimenti previsti da accordi che costituiscono fonti di diritto internazionale particolare. Traggono la loro forza dagli accordi che li prevedono e vincolano soltanto gli Stati contraenti (es. sono procedimenti previsti da accordi molti degli atti della UE costituita appunto da un accordo).

⁽²³⁾ *Lex mercatoria*: con tale espressione si intende quel sistema di norme «nazionali», creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati (Galgano F., *Lex mercatoria. Storia del Diritto Commerciale*, Bologna, 1993, p. 217). Con particolare riferimento ai «principi dei contratti commerciali internazionali», si deve osservare che tali principi rappresentano una sorta di codificazione «privata» mai tentata in precedenza, elaborati per la prima volta nel 1994 in seno all'International Institute for the Unification of Private Law («Unidroit»), con la quale un gruppo di lavoro internazionale, composto da esperti e rappresentanti di differenti sistemi giuridici, ha cercato: (a) di riassumere le norme ed usi in materia contrattuale che appaiono comuni alla maggior parte degli ordinamenti giuridici; (b) di dare corpo alla *lex mercatoria* che ha sempre subito la critica di essere troppo vaga e incerta circa i suoi contenuti; (c) di proporre alcune soluzioni innovative che possano soddisfare le esigenze del commercio internazionale (Bonell M.J., «I Principi Unidroit dei Contratti Commerciali», in: AA.VV., *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*, a cura di Bonell M.J. e Bonelli F., Milano, 1997, p. 16).

⁽²⁴⁾ È interessante analizzare il rango delle norme comunitarie e i rapporti fra queste e le leggi ordinarie italiane. La nostra Corte Costituzionale ha più volte cambiato

identificando negli operatori giuridici (in primo luogo i giudici) dei singoli Stati coloro che debbono dare attuazione alle norme di diritto internazionale⁽²⁵⁾.

La cooperazione del diritto interno è indispensabile per assicurare compiutamente al diritto internazionale il suo valore e la sua forza in quanto fenomeno giuridico. Ma anche considerando il diritto internazionale indipendentemente dai suoi rapporti con gli ordinamenti statali interni esso è il punto di riferimento di una sana diplomazia in un clima di sempre più ampia trasparenza⁽²⁶⁾.

parere ed è pure stata in contrasto con la Corte di Giustizia Europea. La tesi sostenuta nel 1975 era che la prevalenza del diritto comunitario sulle leggi interne fosse assicurata attraverso lo strumento del controllo di costituzionalità. Ciò comportava l'inconveniente che una norma comunitaria non fosse applicabile prima della pronuncia di incostituzionalità della norma interna in contrasto. Dopo varie polemiche con la Corte di Giustizia Europea, la nostra Corte è approdata alla conclusione che il compito di far prevalere il diritto comunitario su quello interno sia compito del giudice ordinario il quale può disapplicare la norma interna in favore di quella comunitaria. Si noti che la norma interna non è abrogata, ma soltanto «compressa» nell'efficacia. Qualora la norma comunitaria cessi di esistere il diritto interno si potrà «riespandere» e la norma prima compressa riacquisterà il suo valore originario.

Per quanto riguarda i rapporti fra norme comunitarie e norme costituzionali vale il solito principio che a «resistere» alle prime è solo il nucleo dei principi fondamentali della Costituzione. Peculiare è poi che gli stessi organi della comunità si siano impegnati a non violare questi principi.

⁽²⁵⁾ Le norme di diritto internazionale generale hanno natura consuetudinaria in quanto derivano da un comportamento costante ed uniforme tenuto dagli Stati, dal ripetersi cioè di un dato comportamento, accompagnato dalla convinzione dell'obbligatorietà del comportamento stesso. Gli elementi che caratterizzano la consuetudine sono quindi due: la *diurnitas* (la prassi) e l'*opinio juris ac necessitatis*. Parte della dottrina sostiene che solo la prassi sia necessaria e che se si ammettesse l'*opinio juris* sarebbe come dire che il diritto internazionale si fonda su «errori» dovuti alla falsa convinzione che la norma da applicare esista già. In realtà si parla di *opinio juris ac necessitatis* quindi non è tanto l'obbligatorietà a rilevare quanto la doverosità sociale. Inoltre l'*opinio juris* è il solo criterio utilizzabile per ricavare una norma consuetudinaria dalla prassi internazionale. Serve inoltre a distinguere il comportamento dello Stato diretto a modificare il diritto consuetudinario da un mero illecito internazionale.

⁽²⁶⁾ L'art. 13 della Carta delle Nazioni Unite prevede che l'Assemblea generale intraprenda studi e faccia raccomandazioni per incoraggiare lo sviluppo progressivo del Diritto Internazionale e la sua codificazione. Sulla base di questa disposizione l'Assemblea costituì un proprio organo sussidiario composto da esperti che vi risiedono a titolo personale con il compito di preparare testi di codificazione delle norme procedendo a studi, inviando questionari agli Stati, raccogliendo dati dalla prassi, ecc.

4.2 L'arbitrato internazionale: un approccio alla mediazione internazionale

Abbiamo visto come le convenzioni internazionali abbiano influito sulla disciplina giuridica interna degli Stati. Prescindendo dagli accordi bilaterali, è rilevante agli scopi del presente scritto riferirsi a quattro convenzioni multilaterali ratificate dall'Italia, che hanno dato impulso a successive riflessioni sull'attuazione di strumenti alternativi alla risoluzione di problemi economici nel nostro ordinamento:

- il Protocollo di Ginevra del 1923 sulle clausole compromissorie: ha avuto larga diffusione in Europa e nei Paesi ex-socialisti. Gli aderenti riconoscono la validità delle clausole arbitrali in materia commerciale o in qualsiasi altra materia suscettibile di procedura arbitrale. Nell'art. 4 si definisce il principio con il quale il giudice nazionale deve declinare la propria giurisdizione in caso di presenza di clausola arbitrale;
- la Convenzione di Ginevra del 1927 sull'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere: ratificata da quasi tutti i Paesi sottoscrittori del Protocollo, allarga l'applicazione dello stesso, impegnando gli Stati a dare esecuzione ai lodi arbitrali provenienti da un altro Stato contraente, purché divenute esecutive nel Paese d'origine;
- la Convenzione di New York del 1958, sul riconoscimento e l'esecuzione di sentenze arbitrali straniere. Ratificata da 142 Paesi stabilisce l'obbligatorietà nell'applicazione delle disposizioni a qualsiasi lodo straniero, che diventa obbligatorio per le parti nel Paese d'origine;
- la Convenzione di Ginevra del 1961 sull'arbitrato commerciale internazionale, che disciplina tutte le fasi dell'arbitrato internazionale, restringendo i casi del rifiuto del riconoscimento.

Va infine ricordata la Legge Modello dell'UNCITRAL in materia di arbitrato commerciale internazionale. È stata approvata nel 1985 dall'ONU, sotto forma di raccomandazione⁽²⁷⁾.

Queste codificazioni rimangono poi aperte alla ratifica da parte degli Stati. Numerosi sono Stati gli interventi di tale commissione anche se solo poche convenzioni sono state ratificate da un numero cospicuo di Stati. Spesso non si sono raggiunte le 50 adesioni.

⁽²⁷⁾ Quando le parti contrattuali non riescono o non vogliono scegliere di assoggettare il contratto ad una specifica legge nazionale, questa situazione di *impasse* può essere superata scegliendo di assoggettare il contratto alla *lex mercatoria* (potendo utilizzare a tal fine varie formule contrattuali che assoggettino il contratto «ai principi generali del diritto» oppure agli «usi e consuetudini del commercio internazionale»).

Questi accordi e la loro attuazione sono la genesi della mediazione internazionale e sanciscono tutti un'ampia libertà delle parti, fermo il principio dell'uguaglianza e del contraddittorio tra esse. In caso di silenzio delle parti o di una di esse, il mediatore arbitro ha ampi poteri discrezionali per l'organizzazione del procedimento.

4.3. *International alternative dispute resolution*

È un'evoluzione rispetto alla giustizia ordinaria e all'arbitrato. Ha preso piede negli ultimi anni nella prassi del commercio internazionale. Tali metodi vengono appunto raggruppati sotto la denominazione di ADR. Ideali nelle vertenze di modico valore, si applicano generalmente con successo nella pratica commerciale internazionale, perché offrono, rispetto ai metodi tradizionali, un costo inferiore, tempi certi e, ultimamente, la possibilità di un servizio internet davvero efficace. La caratteristica saliente è la semplificazione della procedura a parità di garanzie di tutela.

I regolamenti di talune organizzazioni internazionali la assimilano al *fast arbitration*. Anche questa procedura è semplificata al massimo, tanto che vengono talvolta eliminate le udienze, sostituite con lo scambio di memorie scritte dalle parti. In alcuni casi, viene eliminata la fase scritta e l'intera procedura si svolge solo oralmente.

Tuttavia il semplice riferimento alla *lex mercatoria* potrebbe non essere sufficiente, stante gli ampi margini di incertezza riguardo al contenuto e alla portata della *lex mercatoria* stessa; pertanto, qualora si desidera che vengano applicati i principi Unidroit, sarà opportuno inserire una clausola. Qualora, invece, le parti contrattuali, per un motivo o per l'altro, non scelgano la legge applicabile al contratto, il mediatore chiamato a dirimere una controversia derivante da tale contratto, qualora sulla base delle norme di diritto internazionale privato non sia in grado di individuare la legge applicabile al contratto, potrebbe fare riferimento ai principi Unidroit per la risoluzione di tale controversia. A tale riguardo, è decisamente più probabile che, in assenza di un qualsiasi richiamo nel contratto, un tale utilizzo dei principi Unidroit sia effettuato nell'ambito di una mediazione o arbitrato internazionale, piuttosto che da un giudice nazionale (il quale solitamente cerca di individuare una legge applicabile/una convenzione internazionale che disciplini il caso di specie); in ogni caso, appare opportuno che la parte che ha interesse a che la questione sia valutata anche alla luce dei principi Unidroit, ne richiami l'applicazione nell'ambito delle proprie memorie (fermo restando che ciò non garantirà ovviamente che tali principi siano presi in considerazione dall'organo giudicante laddove il contratto non li abbia espressamente richiamati).

La *international mediation*⁽²⁸⁾ è una procedura volontaria e informale in cui le parti sottopongono una vertenza tra loro insorta a un soggetto neutrale affinché le assista nel raggiungere una soluzione negoziata. A differenza dell'arbitrato internazionale, il mediatore non può assumere in proprio decisioni vincolanti tra le parti.

Il ricorso alla mediazione internazionale può avvenire o sulla base di una clausola contrattuale, o sulla base di un accordo privato quale elemento di un programma endoprocessuale. La procedura di mediazione può essere condotta simultaneamente o congiuntamente da due o più mediatori; è molto utilizzata per risolvere complesse controversie multipartiti. I mediatori sono solitamente scelti della nazionalità dei litiganti, pur ovviamente rimanendo entrambi assolutamente imparziali,

Nella prassi esistono diverse varianti di mediazione internazionale, così identificabili:

- *Confidential Listener Mediation*, ossia la mediazione con un ascoltatore confidenziale. In questo contesto, il mediatore si limita ad agevolare il negoziato astenendosi dal valutare nel merito della controversia;

- *Evaluative Mediation*, ossia la mediazione valutativa. In questo contesto, il mediatore valuta le posizioni delle parti, fornisce un parere sul probabile esito in tribunale della causa e propone una o più formule risolutive;

- *Shadow Mediation*, ossia la mediazione ombra. In questo contesto, il mediatore partecipa alla procedura di arbitrato internazionale come semplice osservatore fino al momento in cui le parti si accordano per sospendere l'arbitrato e ritentare la conciliazione.

- *Med-Arb*, con questa sigla viene indicato un ADR ibrido in cui si compongono nella mediazione internazionale conciliazione e arbitrato. Le parti si impegnano a esperire la conciliazione e, solo in via eventuale, per quanto non risolto dalla *mediation*, ricorreranno all'arbitrato;

- *Co-Med-Arb*, è un'ulteriore variazione della *Med-Arb* in cui il conciliatore e l'arbitro agiscono simultaneamente, coordinandosi fra di

⁽²⁸⁾ Questo termine anglosassone corrisponde invero alla conciliazione e non propriamente alla mediazione, disciplinata dal D.M. 28/2010. Il termine *conciliation*, invece, ha due accezioni diverse: nei Paesi di *common law* fa riferimento al tentativo di una terza parte, solitamente ma non necessariamente neutrale, d'incoraggiare la negoziazione e il raggiungimento di una soluzione della propria vertenza; a livello di prassi commerciale internazionale viene solitamente usato per indicare le forme d'intervento non aggiudicative.

loro se la conciliazione non produce alcuna soluzione. La lite, o qualsiasi altra situazione irrisolta, può essere sottoposta al giudizio dell'arbitro che prende una decisione vincolante in merito alla questione.

Nel recente passato si sono sollevate perplessità circa la garanzia ridotta che fornirebbe alle parti la mediazione, oltre ai dubbi sulla compatibilità con la disciplina processuale ordinaria dei singoli Stati. È stata emanata per questo la Direttiva 2008/52/CE relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, la quale deve essere adottata dagli Stati membri, eccetto la Danimarca, entro il 21 maggio 2011, a eccezione dell'art. 10⁽²⁹⁾, che ha trovato applicazione il 21 novembre 2010.

⁽²⁹⁾ «Informazioni sugli organi giurisdizionali e sulle autorità competenti». La Commissione mette a disposizione del pubblico, tramite qualsiasi mezzo appropriato, le informazioni sugli organi giurisdizionali o sulle autorità competenti comunicate dagli Stati membri ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 3, che così recita: «*Gli Stati membri indicano alla Commissione gli organi giurisdizionali o le altre autorità competenti a ricevere le richieste conformemente ai paragrafi*

1. *Gli Stati membri assicurano che le parti, o una di esse con l'esplicito consenso delle altre, abbiano la possibilità di chiedere che il contenuto di un accordo scritto risultante da una mediazione sia reso esecutivo. Il contenuto di tale accordo è reso esecutivo salvo se, nel caso in questione, il contenuto dell'accordo è contrario alla legge dello Stato membro in cui viene presentata la richiesta o se la legge di detto Stato membro non ne prevede l'esecutività.*

2. *Il contenuto dell'accordo può essere reso esecutivo in una sentenza, in una decisione o in un atto autentico da un organo giurisdizionale o da un'altra autorità competente in conformità del diritto dello Stato membro in cui è presentata la richiesta.»*

5. MEDIAZIONE E CRISI ECONOMICO-FINANZIARIA. TIPOLOGIA DELLE CONTROVERSIE CHE SCATURISCONO DA UNO SCENARIO DI RECESSIONE E STRATEGIE APPLICABILI DAI MEDIATORI^(*)

5.1. Lo scenario

La comune e quotidiana pratica professionale ci induce a percepire che le controversie commerciali sorte, e che continuano a sorgere, nel difficile periodo attuale contraddistinto da una acutissima crisi economico-finanziaria e sociale (per comodità di esposizione, a partire dal crac di *Lehman Brothers* nel settembre 2008), presentano caratteristiche del tutto peculiari e specifiche.

Le oggettive difficoltà in cui versano le imprese, in termini di scarsa produttività, incapacità di remunerare adeguatamente i fattori della produzione, minori margini di utile, tensioni finanziarie, possono effettivamente determinare condizioni straordinarie nell'ambito delle quali emergono forti criticità latenti o comunque contraddistinte da una virulenza e da un radicamento non presenti in fasi economico-finanziarie di sviluppo o in periodi non recessivi.

Si può affermare quindi che sulla base di considerazioni di carattere generale, che potremmo definire empiriche in quanto tratte essenzialmente dalla pratica professionale, le vaste e diffuse difficoltà presenti nel sistema economico sono potenzialmente in grado di generare un più alto volume di conflittualità nei rapporti tra imprese e tra imprese e altre controparti e, di conseguenza, un più alto numero di controversie che scaturiscono nell'ambito della gestione aziendale. Il più elevato tasso di conflittualità presente nel mercato presumibilmente può determinare a sua volta una più robusta domanda di giustizia, intesa come generale istanza espressa dalle parti in lite per ricercare e ottenere una soluzione

^(*) A cura di Stefano Pavletič, Commissione Mediazione e Conciliazione ODCEC Milano.

efficace a un conflitto, e di conseguenza anche un più forte ricorso agli strumenti ADR per la gestione efficace delle controversie.

5.2. Tipologia delle controversie in ambito di crisi economico-finanziaria

In prima approssimazione, si può evidenziare come le controversie che sorgono in periodi di profonda crisi sistemica, di natura sia economico-finanziaria che sociale, siano potenzialmente influenzate in misura determinante da fattori esterni e da aspetti e cause di forza maggiore (*force majeure causes*).

Un diffuso scenario macroeconomico irto di ristrettezze finanziarie e fortemente marcato da misere se non nulle prospettive di sviluppo, difficoltà e vincoli nei rapporti con fornitori e clienti, un faticoso e difficile accesso alle fonti di credito e alle fisiologiche risorse finanziarie del mercato, può agevolmente, come effetto dirompente, avere un pesante impatto sulla ordinaria gestione delle imprese, sui loro processi di negoziazione e sulle loro strategie operative per la risoluzione delle controversie.

Lo stato di necessità oggettiva in cui soggetti professionali e imprenditoriali possono trovarsi e il sorgere di vincoli esogeni alla loro capacità decisionale, possono quindi determinare, in uno scenario di crisi, drastiche modificazioni nelle strategie adottate nella gestione delle controversie e nelle aspettative insite nei processi, giudiziari e non giudiziari, di risoluzione dei conflitti.

Con particolare riferimento alle opzioni negoziate di risoluzione delle controversie, è immaginabile che, soprattutto all'interno di schemi negoziali di posizione, la disponibilità a negoziare sia sicuramente limitata e costretta dentro stringenti vincoli e angusti margini di manovra.

Inoltre le parti, a causa di pesanti vincoli di natura finanziaria, possono essere indotte ad assumere condotte sleali, non improntate a una totale correttezza, e deliberate strategie contrarie e opposte alla risoluzione delle controversie. Le stesse parti infine, alla presenza di una riduzione evidente della capacità di risolvere gli aspetti critici del conflitto, potrebbero dimostrarsi incapaci di rispettare volontariamente i termini e i requisiti di un possibile accordo.

In sintesi, lo scenario di crisi può sicuramente costituire un potente catalizzatore di tutte le pulsioni, le forze contrapposte e le cariche emozionali che tipicamente caratterizzano, con intensità variabile, ogni

controversia commerciale e quindi ogni processo di mediazione che viene adottato. Da un tale contesto, pertanto, è ipotizzabile che sorgano controversie la cui risoluzione presumibilmente può presentarsi più difficile e maggiormente impegnativa e che può mettere a dura prova le abilità e la professionalità del mediatore, il quale tuttavia troverà un campo di attività fortemente stimolante e in grado di valorizzare in modo formidabile le proprie capacità.

5.3. Le strategie del mediatore nel gestire questo tipo di controversie

Sulla base delle considerazioni sopra illustrate in merito alla specificità dei conflitti e delle controversie sorte in uno scenario di crisi, in tale contesto il mediatore è chiamato a svolgere una attività necessariamente mirata e capace di cogliere gli elementi peculiari rispetto alle ordinarie controversie che vengono normalmente gestite con un processo di mediazione.

Nell'ottica della flessibilità e dell'informalità che contraddistinguono il procedimento di mediazione, egli sarà inoltre chiamato a registrare il proprio stile e ad adattarlo alle circostanze reali e alle dinamiche negoziali che si determinano. Le strategie che il mediatore potrà applicare dovranno quindi essere ancor più centrate, in misura preponderante, sull'identificazione delle posizioni negoziali e degli interessi e dei bisogni sottostanti e sull'impostazione e il riconoscimento di criteri oggettivi di valutazione dei risultati del processo negoziale, alla luce della ancor più marcata incapacità delle parti di risolvere autonomamente il conflitto insorto.

Molteplici possono essere le sollecitazioni che investono il mediatore e ne condizionano l'effettivo operato in mediazione. Per comodità espositiva possono essere riferite a due ambiti distinti: aspetti di natura negoziale e aspetti attinenti al procedimento di mediazione.

5.3.1. Aspetti di natura negoziale

Negoziato di posizione

Il mediatore dovrà presumibilmente essere pronto a fronteggiare situazioni di negoziato di posizione, ovvero ambiti negoziali in cui ogni parte prende una posizione («cosa offro/cosa chiedo»), fissa un risultato, autogiustifica la ragionevolezza delle proprie pretese e compie mosse negoziali cercando di far muovere la controparte dalla rispettiva posizione

assunta. La presenza di uno scenario difficile di crisi, caratterizzato dalle peculiarità che abbiamo sopra delineato, in particolare determinerà presumibilmente un ulteriore arroccamento delle differenti posizioni, a cui le parti non si dimostreranno disponibili a rinunciare, data la precarietà dei rispettivi presupposti negoziali. Strategie negoziali dall'impronta «muscolare» potranno essere anche caratterizzate da atteggiamenti minacciosi, violenze verbali ed espressive, comportamenti di attacco e *bluff*.

La negoziazione competitiva potrà essere contrastata o arginata dal mediatore, a maggior ragione in presenza di un tale scenario e molto più efficacemente, facendo leva sulla massimizzazione dei benefici della cooperazione e della reciproca empatia.

Alternative all'accordo

Il mediatore potrà utilmente concentrare la propria attività sull'identificazione dei diversi BATNA e WATNA (*Best/Worst Alternative to a Negotiated Agreement*), al fine di costruire gradualmente le condizioni di un accordo che possa essere raggiunto tra le parti con soddisfazione dei reciproci interessi. L'elaborazione e la creazione di opzioni alternative rivestirà una particolare valenza positiva nel caso in cui le parti siano altamente forzate da fattori esterni e appaiano rigide su schemi negoziali fissi e ripetitivi.

Reality check

Varrà anche la pena individuare ed evidenziare le aspettative realistiche connesse a posizioni e interessi assunti dalle parti, alla luce di presumibili pressioni derivanti dalla presenza di elementi critici e disfunzionali legati allo scenario di crisi. Sebbene le parti si possano dimostrare estremamente restie ad abbandonare le reciproche posizioni, la mediazione può rappresentare con tutta efficacia un ottimo campo di prova per valutare accuratamente, alla presenza di un terzo indipendente e neutrale, la fondatezza delle proprie posizioni e la realistica fattibilità dei propri obiettivi negoziali. L'oggettivo profilo della controversia dovrà essere pienamente inteso e valorizzato, così come gli aspetti e i fattori che è presumibile abbiano un impatto significativo sul comportamento delle parti.

Priorità e flessibilità

Sempre nell'ambito di uno scenario di crisi, agli occhi del mediatore potrebbe risultare più impegnativo condurre le parti a considerare gli aspetti prioritari di un accordo amichevole, date le cautele eccessive, le

diffidenze e le difficoltà operative da cui le parti possono sentirsi condizionate. Una maggiore quantità di tempo e di risorse potrà essere dedicata all'accertamento della reale attitudine delle parti nei confronti del processo negoziale e della soluzione ADR prospettabile. Il mediatore dovrà riuscire quindi a estendere i margini del negoziato e a disvelare i reali interessi e obiettivi sottostanti.

La flessibilità del procedimento potrebbe inoltre essere messa a rischio in quanto potrebbe risultare faticoso e impegnativo affrontare e gestire la natura tecnica della lite e la combinata struttura delle posizioni negoziali.

Riservatezza

La chiave del successo di una mediazione è che essa avvenga in totale riservatezza. Le parti, quindi, hanno tutti i motivi per parlare apertamente e sinceramente del proprio caso, dei punti deboli e di quelli forti e della soluzione che auspicherebbero. Il mediatore deve verificare costantemente, durante tutto il processo di mediazione, quali informazioni possono essere rivelate e quali, invece, devono essere mantenute riservate. Nell'ambito delle controversie che in questa sede vengono trattate, è ragionevole presumere che la riservatezza acquisisca una valenza ancor più rilevante in presenza di delicate circostanze, di natura economico-finanziaria, gestionale, commerciale, alla base delle medesime controversie e che le parti considerino la tutela di una effettiva e totale confidenzialità su tali aspetti uno dei presupposti per il proprio investimento, anche emotivo, nel processo di mediazione. La sensibilità che le parti dimostreranno per non svelare informazioni delicate e sensibili, una sorta di pudore della crisi, sarà incentrata in misura particolare sugli aspetti di debolezza insiti nelle rispettive posizioni.

5.3.2. Aspetti attinenti al procedimento di mediazione

Fiducia

In linea generale, data la presenza di un contesto critico caratterizzato da un alto tasso di conflittualità tra le parti, potrebbe risultare più difficile per il mediatore «guadagnarsi» la fiducia di tutti i soggetti coinvolti, a causa della eccezionale diffidenza e della cautela espresse dai contendenti, che si potrebbero tradurre in maggiori ostacoli al negoziato. Una maggiore attenzione dovrà essere dedicata dallo stesso mediatore a un'analisi approfondita degli interessi delle parti e dei bisogni, al di là quindi delle posizioni espresse, in modo da costruire l'accordo sui reciproci benefici e vantaggi.

Tecnicalità

Considerata la natura spiccatamente «tecnica» che molte di queste controversie manifestano, potrebbe essere consigliabile «far ragionare» le parti su problemi specifici e sequenziali. Potranno inoltre risultare di difficile trattazione aspetti controversi di natura finanziaria (p.e., esistenza di garanzie, rapporti con gli istituti bancari, eccetera), gestionale, tributaria, che ben potrebbero essere affrontati separatamente con i consulenti e i professionisti che assistono le parti presenti in mediazione. Ne può conseguire quindi l'oggettiva necessità di prevedere incontri separati, segmentando così i vari aspetti della controversia, per concentrarsi con i consulenti e/o professionisti che affiancano le parti in conciliazione su aspetti oggettivamente autonomi a causa di un intrinseco carattere di technicalità (per esempio, separando gli aspetti finanziari da quanto effettivamente accaduto).

Stile

Come sopra indicato il mediatore potrà essere chiamato ad assumere un ruolo più direttivo, ovvero in grado di garantire una guida più autorevole e decisa del procedimento e di aiutare fattivamente a individuare nuove ipotesi di soluzione.

Un approccio più valutativo da parte del mediatore potrà presumibilmente rivelarsi efficace nel caso in cui le parti esprimano l'aspettativa e la necessità di essere condotte energicamente verso il raggiungimento di un accordo apparentemente irrealizzabile attraverso i normali canali negoziali.

5.4. Osservazioni conclusive

Benché uno scenario di crisi non rappresenti forse l'ambiente ideale per negoziare e condurre una soddisfacente mediazione, le soluzioni ADR rappresentano a pieno titolo una possibile risposta efficace per la risoluzione delle controversie commerciali.

È pur vero altresì che il valore aggiunto, apportato dalle tecniche ADR a ordinarie negoziazioni assistite, può concretizzarsi a maggior ragione anche in presenza di condizioni di mercato e di scenario macroeconomico particolarmente critiche, sia nel settore pubblico sia in quello privato.

Sotto questo profilo la mediazione è il procedimento specifico, per il superamento delle situazioni di conflitto, nel quale un soggetto neutrale aiuta i contendenti a raggiungere un accordo soddisfacente, che

evidentemente non è possibile realizzare anche a causa di potenti fattori esogeni di disturbo.

Le parti in mediazione possono sempre concentrarsi sulla materia del contendere, esprimere le loro opinioni e vedute, cercare di stabilire una comunicazione favorevole al dialogo e alla comprensione reciproca.

Si può affermare quindi che i mediatori dovranno considerare attentamente la specifica natura delle controversie, mentre operano nell'ambito di uno scenario di crisi, con l'obiettivo di adattare possibilmente lo stile personale in mediazione.

Sotto questo punto di vista, la mediazione rimane un'ottima possibilità da cogliere poiché, oltre a garantire risultati oggettivamente apprezzabili in tempi ridotti e a costi contenuti, è in grado di aiutare le parti, nonostante il contenzioso insorto, a preservare gli esistenti rapporti commerciali, che potrebbero essere preziosi una volta che risulti attenuata o superata la fase recessiva.

6. LA MEDIAZIONE E LE CONSULENZE TECNICHE D'UFFICIO^(*)

Le recenti novità legislative in tema di mediazione e conciliazione hanno dato ampio risalto a questo istituto che però, seppur solo nell'ambito dei procedimenti giurisdizionali e al verificarsi di determinate condizioni, era già previsto nel corso delle attività dei Consulenti Tecnici d'Ufficio.

6.1. L'art. 198 del codice di procedura civile

Una particolare figura di consulente tecnico conciliatore è quello di cui parla l'art. 198 c.p.c., il quale afferma che «quando è necessario esaminare documenti contabili e registri, il giudice istruttore può darne incarico al consulente tecnico, affidandogli il compito di tentare la conciliazione delle parti».

In caso di incarico di consulenza con esame contabile, il giudice può quindi eventualmente affidare al CTU l'incarico di tentare la conciliazione delle parti, conferendogli, quindi, particolari poteri.

Il consulente infatti è incaricato dell'esame dei documenti contabili e dei registri prodotti tra i documenti di causa, ma ha anche la possibilità, con il consenso di tutte le parti, di esaminare documentazione non acquisita: ha quindi il potere di espletare indagini contabili senza la presenza del giudice. Si tratta evidentemente di una regolamentazione a carattere eccezionale e speciale, che non ne permette l'applicazione in altri contesti. L'utilizzo, infatti, dei documenti non prodotti in causa può essere esercitato solo al fine del tentativo di conciliazione e con il consenso di tutte le parti.

^(*) A cura di Maria Rita Astorina, Presidente Commissione Mediazione e Conciliazione ODCEC Milano.

Se le parti conciliano viene redatto processo verbale della conciliazione, sottoscritto dalle parti e dal consulente tecnico; tale verbale viene inserito nel fascicolo d'ufficio e a esso il giudice istruttore attribuisce con decreto efficacia di titolo esecutivo.

Nel caso di insuccesso del tentativo di conciliazione, i documenti non inseriti tra quelli di causa, ma esaminati dal consulente tecnico, non devono essere considerati né nel verbale né nella relazione peritale, salvo un ulteriore consenso di tutte le parti, pena la nullità della consulenza.

La norma letteralmente prevede che questo tipo di conciliazione sia possibile solo laddove esista una controversia di tipo contabile e che, nel corso della stessa, il giudice ritenga opportuno sottoporre a consulenza tecnica i documenti contabili e i registri.

In realtà, la dottrina sostiene che l'attività conciliativa del consulente possa essere svolta anche al di fuori dei casi di esame contabile e che l'unica conseguenza sia che il verbale della conciliazione avrà il valore di una mera scrittura privata non autenticata, salvo che l'accordo non venga perfezionato davanti al giudice ai sensi dell'art. 185 c.p.c.

6.2. L'art. 696-bis del Codice di procedura civile: natura e obiettivi

Il legislatore ha successivamente introdotto un nuovo istituto, che si aggiunge alla conciliazione prevista dall'art. 198, dettando con la legge 80/2005 una nuova formulazione dell'art. 696-bis del codice di procedura civile, così rubricato: «Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite».

Tale articolo prevede «l'espletamento di una consulenza tecnica, in via preventiva, ai fini dell'accertamento e della relativa determinazione dei crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito. Il consulente, prima di provvedere al deposito della relazione, tenta, ove possibile, la conciliazione delle parti. Se le parti si sono conciliate, si forma processo verbale della conciliazione. Il giudice attribuisce con decreto efficacia di titolo esecutivo al processo verbale. Se la conciliazione non riesce, ciascuna parte può chiedere che la relazione depositata dal consulente sia acquisita agli atti del successivo giudizio di merito. Si applicano gli articoli da 191 a 197, in quanto compatibili».

È evidente che l'intervento del legislatore avesse come obiettivo il potenziamento del ricorso a forme alternative di risoluzione delle controversie, collocato nell'ambito di un procedimento giurisdizionale.

La nuova norma è stata però inserita laddove il codice parla di procedimenti cautelari, come l'accertamento tecnico, cioè di quei

procedimenti che hanno lo scopo di impedire il venir meno dell'oggetto della prova nel corso del giudizio di merito; vi sono situazioni infatti che, proprio per la loro mutevolezza e dinamicità, non potrebbero più essere accertate una volta trascorso un certo periodo di tempo.

Vi sono però alcune differenze tra questo istituto e i procedimenti cautelari, primo fra tutti il fatto che si possa ricorrere alla consulenza tecnica preventiva pur non sussistendo il requisito dell'urgenza; affrancata, quindi, da tale requisito, questa consulenza non può costituire una misura cautelare. In ogni caso, si rileva proprio dalla formulazione della norma che la figura di consulenza introdotta dall'art. 696-*bis* non ha quale obiettivo l'anticipazione di un'attività che si teme non si potrà più compiere a causa del venir meno dell'oggetto della prova, ma di chiudere la controversia senza dover arrivare alla sentenza resa dal giudice.

È necessario sottolineare, però, che tale tipo di conciliazione rientra nella giurisdizione civile contenziosa e non nella giurisdizione volontaria, vale a dire che ci si trova in una situazione in cui tra le parti c'è già in atto una lite; inoltre la consulenza preventiva permette al giudice di effettuare valutazioni e attività che dovrebbero altrimenti esser compiute nel corso di un processo ordinario di cognizione, del quale quindi si anticipa così una fase. Il fatto dunque di trovarci di fronte a un istituto avente scopo conciliativo, in cui la ricerca di una soluzione alternativa è demandata a un soggetto diverso dal giudice, non deve far dimenticare che questo tipo di mediazione è pur sempre una parte del giudizio di merito.

È per tale motivo che la dottrina qualifica questa tipologia di conciliazione tra le conciliazioni giudiziali e non stragiudiziali.

Per quanto riguarda l'ambito di utilizzo della conciliazione preventiva dell'art. 696-*bis*, la norma prevede che deve essere utilizzabile in riferimento a diritti di credito derivanti dall'inadempimento di contratti di opera, appalto o compravendita o da fatti illeciti.

L'istituto non può quindi essere utilizzato nel caso di diritti che non siano di credito o che comunque non trovino la loro fonte in un contratto o in un atto illecito (per esempio, sono esclusi i diritti di credito che derivano da un diritto della persona).

6.3. L'art. 696-*bis* del codice di procedura civile: l'attività del consulente

Da un punto di vista procedurale, nel ricorso presentato al giudice per richiedere la consulenza tecnica preventiva devono essere esposte in maniera chiara le domande e le eccezioni delle parti in modo che l'oggetto

della causa di merito non risulti generico, ma contenga tutti gli elementi necessari.

Tali elementi sono indispensabili non solo al giudice per valutare l'ammissibilità della domanda, ma anche al consulente, che in tal modo è in grado di conoscere le pretese delle parti e di individuare il cosiddetto «punto di mediazione», che gli permettano di condurre un tentativo di conciliazione più efficace.

Come in ogni consulenza tecnica, è fondamentale dunque la formulazione dei quesiti sottoposti al perito e, in particolare, è in questo momento che il ruolo del giudice è determinante per la riuscita della conciliazione.

Egli deve essere infatti in grado di valutare gli aspetti della controversia che richiedono un approfondimento di carattere tecnico, di cogliere la reale origine della lite e di comprendere le reciproche pretese per poter formulare i quesiti in modo corretto.

A volte, tuttavia, il giudice, in questa fase iniziale della controversia, non si trova nelle condizioni di conoscere in modo completo i fatti; è possibile dunque che egli non riesca a trasmettere sufficienti informazioni al perito.

La norma non chiarisce se il consulente possa acquisire conoscenze da fonti diverse dalla documentazione allegata, ma il fatto che l'art. 696-*bis* non neghi questa possibilità e che richiami come applicabili solo gli articoli da 191 a 197 c.p.c., fa presumere che non solo il consulente possa esaminare documenti non prodotti in causa, ma che, addirittura, possa farlo anche senza il consenso di tutte le parti.

Probabilmente, il legislatore ha voluto dare la possibilità al perito di svolgere la consulenza in maniera completa, senza correre il rischio di vederla rinnovata nel futuro giudizio di merito.

Per quanto riguarda il momento in cui il consulente tecnico deve dirigere il tentativo di conciliazione, la norma non dice molto, tranne che «il consulente, prima di provvedere al deposito della relazione, tenta, ove possibile, la conciliazione delle parti»; l'unica indicazione che si rileva, dunque, è che il consulente procede al tentativo di conciliazione dopo aver concluso le operazioni peritali.

Il legislatore non specifica nemmeno le modalità di espletamento della consulenza, permettendo quindi il libero utilizzo di tecniche di mediazione dei conflitti, quali il ricorso agli incontri separati e l'elaborazione di soluzioni creative.

Il contenuto della norma consente anche di escludere il carattere obbligatorio del tentativo di conciliazione, tanto è vero che da più parti si

sostiene che non vi debbano essere conseguenze nel caso di sua omissione.

In ogni caso, la conciliazione può avere esito negativo o positivo. Se la conciliazione fallisce, ciascuna parte può chiedere che la relazione del consulente tecnico sia inserita nel fascicolo del giudizio di merito.

Il raggiungimento della conciliazione dipenderà ovviamente dalle modalità concrete di svolgimento delle attività tecniche, dalle caratteristiche e dalla competenza del consulente incaricato, ma dipenderà molto anche dalle convinzioni che si formano nelle parti relativamente all'utilizzo che il giudice farà della relazione tecnica.

L'opinione che si saranno fatta relativamente a tale uso sarà determinante nella valutazione della convenienza dell'accordo piuttosto che del giudizio.

Nel caso in cui, invece, il tentativo di conciliazione abbia esito positivo, il giudice attribuisce al verbale, dopo averne verificato la correttezza, efficacia di titolo esecutivo, senza necessità che sia presentata un'istanza di parte al riguardo, in quanto trattasi di un'esecutorietà prevista *ex lege*.

6.4. Il Consulente Tecnico d'Ufficio e la conciliazione

Il Consulente Tecnico, nel ruolo di conciliatore, ha suscitato nella dottrina parecchie perplessità, in quanto la scelta del soggetto deve ricadere su una figura dotata di una speciale competenza tecnica nella materia controversa, ma, in questo particolare contesto, si chiede al consulente anche una certa capacità conciliativa e una conoscenza delle tecniche di mediazione e conciliazione.

Tale considerazione porta taluni a interpretare l'istituto introdotto dall'art. 696-*bis* come qualcosa di diverso da una conciliazione in senso stretto, considerandola invece una valutazione preventiva della lite che consente alle parti di ottenere, in breve tempo e con l'ausilio di un soggetto qualificato, un'anticipazione dell'esito della causa. Da altre parti giungono invece considerazioni a favore dell'attribuzione di compiti conciliativi al CTU.

Certamente va riconosciuto che è diverso operare una conciliazione nei confronti di soggetti che vi sono giunti volontariamente rispetto a interagire con persone che invece avevano già intrapreso un percorso «avversariale», in cui la decisione del giudice era vista come l'unica soluzione alla controversia.

È pur vero, però, che il CTU possiede caratteristiche professionali che

favoriscono le sue capacità conciliative, quali la sua imparzialità, il minor formalismo della sua attività rispetto a quella del giudice e le capacità tecniche che gli permettono di orientare le parti verso possibili soluzioni della lite, soprattutto quando la controversia abbia come oggetto questioni di fatto.

Alla luce di queste considerazioni e prendendo atto che, allo stato attuale del nostro sistema giudiziario, i giudici sempre più frequentemente richiedono ai propri ausiliari di tentare una conciliazione delle controversie per porre fine alla causa giudiziaria, sta diventando consuetudine tra i professionisti che rivestono il ruolo di Consulenti Tecnici d'Ufficio l'avvicinamento alla cultura della mediazione e l'acquisizione delle nozioni specialistiche per esperire i tentativi di conciliazione, utilizzando nel modo più opportuno le tecniche di mediazione.

7. LA MEDIAZIONE IN AMBITO SOCIETARIO^(*)

Gli articoli da 38 a 40 del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, in attuazione della delega contenuta nell'articolo 12 della l. 3 ottobre 2001, n. 366, regolavano per la prima volta in modo compiuto la conciliazione stragiudiziale nella materia societaria. L'art. 40, sesto comma, del citato D.Lgs. 5/2003⁽³⁰⁾ prevedeva, infatti, la sospensione del procedimento innanzi al giudice in presenza di una clausola statutaria di conciliazione. La parte del processo societario, interessata a far valere la clausola, doveva proporre istanza nel primo atto difensivo, non essendo data al giudice la possibilità di procedere d'ufficio. In ogni caso, il processo poteva essere riassunto in assenza della presentazione della domanda di conciliazione entro il termine fissato dal giudice.

Da quanto sopra detto, alla conciliazione era stata attribuita essenzialmente natura volontaria: la mancata presentazione della domanda di conciliazione era espressione di una volontà delle parti di derogare alla clausola statutaria e il processo poteva così essere riassunto entro massimo sessanta giorni.

Ad ogni modo, la portata della norma era di ampio respiro, dato il richiamo dell'art. 38 del D.Lgs. 5/2003 all'art. 1 del medesimo decreto, poiché la conciliazione poteva essere utilizzata in tutte le materie nelle

^(*) A cura di Alessandro Augusto, Commissione Arbitrato ODCEC Milano.

⁽³⁰⁾ «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'articolo 297, primo comma, del codice di procedura civile, decorsi sei mesi dal provvedimento».

quali era obbligatorio il rito societario, ossia: *«rapporti societari, ivi compresi quelli concernenti le società di fatto, l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo, i liquidatori e i direttori generali della società, delle mutue assicuratrici e delle società cooperative nonché contro il soggetto incaricato della revisione contabile per i danni derivanti da propri inadempimenti o da fatti illeciti commessi nei confronti della società che ha conferito l'incarico e nei confronti dei terzi danneggiati; trasferimento delle partecipazioni sociali, nonché ogni altro negozio avente ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti; patti parasociali, anche diversi da quelli disciplinati dall'articolo 2341-bis del codice civile e accordi di collaborazione di cui all'articolo 2341-bis ultimo comma, del codice civile; rapporti in materia di intermediazione mobiliare da chiunque gestita, servizi e contratti di investimento, ivi compresi i servizi accessori, fondi di investimento, gestione collettiva del risparmio e gestione accentrata di strumenti finanziari, vendita di prodotti finanziari, ivi compresa la cartolarizzazione dei crediti, offerte pubbliche di acquisto e di scambio, contratti di borsa; materie di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, quando la relativa controversia è promossa da una banca nei confronti di altra banca ovvero da o contro associazioni rappresentative di consumatori o camere di commercio; credito per le opere pubbliche».*

Quella delineata dal legislatore del 2003, analogamente all'attuale mediazione, era una forma di conciliazione «amministrata», in quanto era previsto che le parti si rivolgessero a un organismo (pubblico o privato) che desse *garanzie di serietà ed efficienza*. L'organismo, che doveva possedere le caratteristiche previste dal D.M. 23 luglio 2004, n. 222, era deputato alla gestione del procedimento, inclusa la nomina del conciliatore. Come nella vigente disciplina, non vi era il divieto di svolgere il procedimento di conciliazione presso soggetti privati privi dei requisiti di cui al D.M. 222/2004 (p.e., studi professionali), ma ciò non consentiva alle parti di godere delle agevolazioni previste dagli artt. 39 e 40 del D.Lgs. 5/2003. Infatti, al fine d'incentivare l'utilizzo della conciliazione societaria, vennero introdotte alcune esenzioni fiscali e l'attribuzione all'accordo conciliativo dell'efficacia di titolo esecutivo (previa omologa da parte del presidente del tribunale).

Nell'ambito della successiva riforma del processo civile di cui alla l. 18 giugno 2009, n. 69, il governo fu delegato ad adottare *«uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale»* allo scopo di *«disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5»*. Alla luce di tale delega, il Governo ha emanato il D.Lgs. 5 marzo 2010, n. 28, che, a seguito dell'abrogazione dell'art. 1 del D.Lgs.

5/2003 (come previsto dalla legge 69/2009) e degli artt. 38-40 (ad opera dell'art. 23 dello stesso D.Lgs. 28/2010) ha incluso la mediazione in materia societaria nel più ampio alveo di quelle contemplate dall'art. 5 del D.Lgs. 28/2010. Il citato art. 5, però, prevede l'obbligatorietà della mediazione preventiva al processo (condizione di procedibilità) solo in caso di controversie derivanti da contratti assicurativi, bancari e finanziari, mentre le controversie societarie divengono (come nella precedente disciplina) oggetto di un tentativo obbligatorio di mediazione solo in presenza di una clausola statutaria o contrattuale⁽³¹⁾.

Infatti, se una delle parti nel processo eccepisce la presenza di una clausola, il giudice deve, come nei casi di mediazione obbligatoria per legge, assegnare il termine di quindici giorni entro il quale deve essere proposta domanda di mediazione e fissare la successiva udienza dopo la scadenza del termine prevista dall'art. 6 del D.Lgs. 28/2010 (quattro mesi). Allo stesso modo il giudice fissa la successiva udienza quando la mediazione o il tentativo di conciliazione sono iniziati, ma non conclusi.

L'invito del giudice e il contestuale rinvio, in caso dell'eccezione di presenza di una clausola, non richiedono l'adesione delle parti, ma sono obbligatori: la parte che ha proposto il giudizio ha già rinunciato alla clausola di mediazione, cosicché l'invito alla mediazione è assimilabile al provvedimento che il giudice deve adottare ai sensi del comma 1 dell'art. 5 del D.Lgs. 28/2010. Come detto in precedenza, l'eccezione è proponibile su istanza di parte e non è rilevabile d'ufficio poiché, nel caso di mancata rilevazione, si determinerebbe l'implicita volontà delle parti di derogare alla clausola di mediazione. Come già prevedeva l'abrogato art. 40 del D.Lgs. 5/2003, l'eccezione di parte deve essere proposta nella prima difesa.

L'attuale normativa, a differenza di quella precedente, impone anche all'arbitro, in caso di arbitrato societario, di sospendere il procedimento e di differire la prima udienza.

Il deposito della domanda di mediazione deve avvenire davanti all'organismo indicato dalla clausola, se iscritto al Registro istituito dal Ministero dell'Economia (con i requisiti di cui all'art. 4 del D.M. 18 ottobre 2010, n. 180) ovvero, in mancanza, davanti a un altro organismo (sempre se iscritto al Registro). È fatta salva alle parti la possibilità di concordare, successivamente allo statuto (o all'atto costitutivo o al contratto), l'individuazione di un diverso organismo.

⁽³¹⁾ Art. 5, comma 5, D.Lgs. 28/2010.

È importante sottolineare che la previsione di una clausola di mediazione permette alle parti la determinazione di alcune caratteristiche del procedimento. In particolare, oltre alla predeterminazione dell'organismo presso il quale svolgere la mediazione, possono stabilire alcuni aspetti del procedimento stesso. In più, se in alcune ipotesi fosse incerta l'obbligatorietà della mediazione, la sottoscrizione della clausola permetterebbe di risolvere il dubbio all'origine.

Come accadeva nella conciliazione societaria, anche nel D.Lgs. 28/2010 non è presente alcuna norma a carattere sanzionatorio quando le parti, dopo la sospensione del processo davanti al giudice (o all'arbitro), non provvedano al deposito della domanda di mediazione. Ad ogni modo, la parte che ritiene di poter risultare vittoriosa nel processo e che si è vista sospendere il processo per l'eccezione formulata dalla controparte sull'esistenza di una clausola di mediazione, avrà con ogni probabilità interesse a proporre nel più breve tempo possibile la domanda di mediazione per poter riprendere il processo il più velocemente possibile.

Per quanto sopra detto, le controversie societarie divengono oggetto di tentativo obbligatorio di mediazione solo in presenza di una clausola inserita nell'atto costitutivo o nello statuto o nel contratto. In assenza della clausola, la procedura di mediazione è attivabile solo su base volontaria.

8. COME FUNZIONA UN ORGANISMO DI MEDIAZIONE: L'ESPERIENZA DELLA CAMERA ARBITRALE E DI CONCILIAZIONE DELLA FONDAZIONE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI DI MILANO^(*)

La Fondazione dei Dottori Commercialisti di Milano è stata costituita il 23 dicembre 1993 e l'art. 4 del suo statuto recita che essa, «in attuazione delle proprie finalità istituzionali, con deliberazione assunta dal Consiglio Direttivo [...] istituisce la Camera Arbitrale e di Conciliazione quale specifica e stabile articolazione funzionale della Fondazione medesima. Il Consiglio Direttivo individua con appositi regolamenti l'assetto istituzionale della Camera, distinguendo tra Camera Arbitrale e di Conciliazione, nonché le modalità di funzionamento e l'ambito di operatività della medesima».

Il Ministero della Giustizia ha disposto in data 9 novembre 2007 «l'iscrizione nel Registro degli organismi deputati a gestire tentativi di conciliazione a norma dell'art. 38 del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, dell'organismo non autonomo costituito dell'Ente privato Fondazione dei Dottori Commercialisti di Milano con sede legale in Milano, Corso Europa n. 11, C.F. e P.I. 11073530153, denominato “Camera Arbitrale e di Conciliazione dei Dottori Commercialisti”», e ha altresì disposto che «lo stesso viene iscritto, dalla data del presente provvedimento, al n. 18 del Registro degli organismi di conciliazione, con le annotazioni previste dall'art. 3, comma 4 del D.M. 222/2004».

Per conoscere le regole di funzionamento della Camera Arbitrale e di Conciliazione della Fondazione dei Dottori Commercialisti occorre fare riferimento al suo Regolamento⁽³²⁾ che, all'art. 2, determina come funzione

^(*) A cura di Walter Cerioli, Consigliere Fondazione dei Dottori Commercialisti di Milano.

⁽³²⁾ Si noti che, al momento in cui scriviamo, il Regolamento della Camera Arbitrale e di Conciliazione della Fondazione dei Dottori Commercialisti di Milano è in corso di aggiornamento per il necessario adeguamento alle nuove norme stabilite dal D.Lgs. 28/2010 e dal D.M. 180/2010.

istituzionale della Camera stessa l'organizzazione di servizi di arbitrato rituale e irrituale, arbitraggio, perizia contrattuale, mediazione e conciliazione.

Focalizzando l'attenzione sul solo tema della mediazione, le ulteriori funzioni della Camera previste dal Regolamento sono:

- lo sviluppo e il perfezionamento delle procedure di mediazione e conciliazione nell'interesse del commercio, dell'industria, dell'artigianato, dell'agricoltura e dei servizi;
- la diffusione delle procedure di mediazione e conciliative anche mediante attività di documentazione, elaborazione dati, studio e ricerca, in funzione della composizione della controversia in materia commerciale, sia nazionale che internazionale;
- l'organizzazione e la promozione di convegni, incontri, tavole rotonde e azioni comuni con altre istituzioni anche specializzate, ovvero con associazioni economiche e imprenditoriali o con altri organismi pubblici e privati, interessate alla diffusione delle procedure conciliative.

La Camera può, infine, predisporre clausole compromissorie e compromessi-tipo, clausole di conciliazione e di mediazione anche per particolari rapporti o specifici settori economici e commerciali.

Il Regolamento è strutturato in tre parti: nella prima parte si trovano le disposizioni comuni, la seconda parte è dedicata all'arbitrato, mentre la terza verte sulla procedura di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali.

Nella prima parte del Regolamento sono elencati gli organi della Camera Arbitrale e di Conciliazione, vale a dire il Presidente, il Comitato Arbitrale e il Segretario, e ne vengono specificate le loro funzioni.

L'art. 5, *Elenco degli arbitri, arbitratori, periti, conciliatori e mediatori*, chiarisce che la Camera Arbitrale e di Conciliazione, per le procedure di conciliazione, predispone le liste di mediatori che siano adeguatamente formati, avendo partecipato con profitto ai corsi di formazione organizzati periodicamente dalla Fondazione dei Dottori Commercialisti di Milano, o da altre agenzie di formazione: detti corsi debbono aver applicato standard non inferiori a quelli richiamati dall'art. 10, comma 5, D.M. 23 luglio 2004, n. 222.

La Camera predispone le liste di mediatori, italiani o stranieri, di cui può avvalersi per le nomine di sua spettanza. Tali liste specificano, per ogni persona, le qualificazioni, le conoscenze tecniche e le esperienze professionali, le lingue conosciute, l'esperienza di conciliazione e mediazione, la partecipazione a corsi di formazione organizzati dalla Camera o da terzi e ogni altro elemento utile per facilitare la scelta della

persona più adatta alle circostanze del caso.

La Camera può accertare periodicamente e, laddove necessario, sollecitare l'aggiornamento professionale dei mediatori iscritti nelle liste, anche attraverso prove di valutazione effettuate da una Commissione composta da tre membri nominati *ad hoc* dal Comitato Arbitrale. Le liste dei mediatori sono revisionate in relazione agli esiti delle prove stesse.

Nella terza parte, in cui è trattata la procedura di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali, il Regolamento della Camera adotta le stesse definizioni previste dall'art. 1 del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28. Più precisamente:

- per «mediazione» s'intende «l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa»;
- per «conciliazione» s'intende «la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione»;
- per «mediatore» s'intende la persona fisica 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. Il mediatore è il soggetto designato dalla Segreteria per la conciliazione della controversia indicata nella domanda di mediazione presentata ai sensi e per gli effetti degli artt. 4 e ss. D.Lgs. 28/2010.

La *procedura di mediazione* per la conciliazione delle controversie civili e commerciali viene illustrata all'art. 34 del Regolamento. Essa si attiva attraverso il deposito presso la Segreteria della domanda di mediazione ai sensi degli artt. 4 e ss. D.Lgs. 28/2010. Le parti possono depositare gli atti sia utilizzando gli appositi moduli, sia in carta libera e, in ogni caso, la domanda di mediazione deve contenere l'espressa ed esplicita indicazione dell'organismo adito, delle parti, dell'oggetto e delle ragioni della pretesa. È possibile depositare una domanda congiunta e contestuale.

Il Segretario, d'intesa con il Presidente, provvede alla designazione del mediatore e lo comunica alla Segreteria. La Segreteria fissa il primo incontro tra le parti entro e non oltre quindici giorni dal deposito della domanda e informa sia la parte che ha depositato la domanda di mediazione sia l'altra parte dell'avvenuta designazione del mediatore e dell'avvenuta fissazione del primo incontro tra le parti, invitando il soggetto che ha attivato la procedura di mediazione a darne comunicazione all'altra parte nel rispetto delle previsioni del Regolamento e delle norme di cui al D.Lgs. 28/2010.

La Segreteria procede secondo queste stesse modalità anche qualora ritenesse di dover designare uno o più mediatori ausiliari nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, ai sensi dell'art. 8, comma 1, D.Lgs. 28/2010.

È prevista la possibilità che le parti, di comune accordo, indichino il nominativo di un mediatore ai fini della sua eventuale designazione da parte dell'organismo, ed è altresì previsto che le parti possano richiedere alla Segreteria la sostituzione del mediatore individuato in base a giustificati motivi.

Su richiesta della parte che ha depositato la domanda di mediazione, la Segreteria attesta per iscritto l'avvenuto deposito della domanda.

Il funzionario che opera presso la Segreteria è imparziale, non entra nel merito della controversia, e non svolge attività di consulenza giuridica e/o di conciliazione.

L'art. 35 del Regolamento disciplina *il ruolo del mediatore*, specificando che esso non decide la controversia, ma aiuta le parti a trovare un accordo che soddisfi entrambi ed esegue personalmente la sua opera. Lo stesso articolo prevede che il mediatore sia individuato dalla Segreteria tra i nominativi inseriti nell'apposita lista a cui si è già fatto riferimento in precedenza e prevede anche che la Camera possa avvalersi delle strutture, del personale e dei mediatori di altri organismi con i quali sia stato raggiunto a tal fine un accordo, anche per singoli affari di mediazione, nonché di utilizzare i risultati delle negoziazioni paritetiche basate su protocolli di intesa tra le associazioni riconosciute ai sensi dell'art. 137 del Codice del Consumo e le imprese, o loro associazioni e aventi ad oggetto la medesima controversia.

Vengono inoltre stabilite le cause di incompatibilità allo svolgimento dell'incarico da parte del mediatore.

Più precisamente, il mediatore si trova in condizione di incompatibilità:

- se ha interesse nella controversia o in altra vertente su identica questione di diritto;
- se egli stesso o la moglie/marito è parente fino al quarto grado o legato da vincoli di affiliazione, o è convivente o commensale abituale di una delle parti o di alcuno dei difensori/professionisti che assistono le parti;
- se egli stesso o la moglie/marito ha causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito con una delle parti o alcuno dei suoi difensori/professionisti che assistono le parti;
- se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella controversia, o ha deposto in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come

magistrato o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico;

- se è tutore, curatore, procuratore, agente o datore di lavoro di una delle parti; se, inoltre, è amministratore o gerente di un ente, di un'associazione anche non riconosciuta, di un comitato, di una società o stabilimento che ha interesse nella causa.
- in ogni altro caso in cui esistono gravi ragioni di convenienza, il mediatore può richiedere al Segretario l'autorizzazione ad astenersi.

La violazione dell'obbligo di incompatibilità da parte del mediatore comporta la sua sospensione e la sua sostituzione con altro mediatore nominato ai sensi del Regolamento.

Il mediatore si impegna a rispettare le norme di comportamento previste dal Regolamento e non potrà comunque svolgere in seguito funzioni di difensore o di arbitro tra le stesse parti e in merito alla stessa controversia.

Il procedimento di mediazione può avere inizio solo dopo la sottoscrizione da parte del mediatore designato della dichiarazione di imparzialità di cui all'art. 14, comma 2, lettera a), D.Lgs. 28/10.

In merito all'*incontro di mediazione* per la conciliazione della controversia, il Regolamento stabilisce che la sede può essere fissata sia presso la sede della Camera Arbitrale e di Conciliazione della Fondazione dei Dottori Commercialisti di Milano, sia presso altra sede specificata dalla Segreteria alle parti. La sede della mediazione è derogabile con il consenso di tutte le parti, del mediatore e del Presidente.

Le parti partecipano all'incontro personalmente o, in via eccezionale, mediante un proprio rappresentante munito dei necessari poteri, e sono libere di farsi accompagnare da persone di fiducia, avvocati, rappresentanti delle Associazioni di consumatori o di categoria. Il mediatore può in ogni caso convocare per incontri separati anche solo le parti personalmente. Il mediatore conduce l'incontro senza formalità di procedura, ascoltando le parti congiuntamente e separatamente.

Alle parti è assicurato tutto il tempo necessario per svolgere l'incontro di conciliazione. Il conciliatore può fissare eventuali ulteriori incontri successivi, a breve intervallo di tempo e nel rispetto del termine di durata massima del procedimento di mediazione, pari a un tempo non superiore a quattro mesi ai sensi e per gli effetti dell'art. 6, comma 1, D.Lgs. 28/2010. Il termine di quattro mesi non è soggetto alla sospensione feriale dei termini.

L'*esito dell'incontro*, interamente regolato dall'art. 11 del D.Lgs. 28/2010, è contenuto nel verbale che deve essere sottoscritto dalle parti e dal

conciliatore.

In caso di mancato raggiungimento di un accordo, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. In tal caso e prima che la proposta sia formulata, le parti congiuntamente possono richiedere la designazione di un altro mediatore che provveda alla formulazione di tale proposta sulla base delle sole informazioni che le parti intendono offrire, e la Segreteria provvede alla designazione del nuovo mediatore.

Le parti congiuntamente possono richiedere anche la nuova designazione del mediatore ausiliario. La proposta può essere formulata dal mediatore anche nel caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione.

Nel caso in cui le parti richiedano congiuntamente che il mediatore formuli una proposta di mediazione, è nella facoltà delle parti stesse richiedere la designazione di altro mediatore che provveda alla formulazione di tale proposta, nel qual caso la Segreteria provvede alla designazione del nuovo mediatore.

Le proposte di conciliazione devono sempre contenere i seguenti elementi:

- a) indicazione del soggetto tenuto giuridicamente all'esecuzione della prestazione o dell'obbligo di fare, positivo o negativo;
- b) indicazione del soggetto che ha giuridicamente diritto all'esecuzione della prestazione o dell'obbligo di fare, positivo o negativo;
- c) indicazione delle ragioni, se necessario anche giuridiche, in forza delle quali le prestazioni o gli obblighi di fare, positivi o negativi, sono ritenuti esistenti e vincolanti tra le parti;
- d) indicazione specifica dell'oggetto della prestazione e degli obblighi, positivi o negativi, contenuti nella proposta.

In caso di raggiungimento dell'accordo, il mediatore redige un processo verbale. In tale processo verbale devono sempre essere specificati gli elementi indicati alle lettere a), b) c) e d) nella proposta di conciliazione, sopra indicati.

Su richiesta del mediatore, il contenuto del verbale di conciliazione può essere verificato da un esperto designato dal Segretario senza che sia necessario che tale esperto sia iscritto negli elenchi dei consulenti presso il Tribunale.

Al termine del procedimento di mediazione, a ogni parte viene consegnata un'idonea scheda per la valutazione del servizio. Il modello della scheda deve essere allegato al regolamento e copia della stessa, con la sottoscrizione della parte e l'indicazione delle sue generalità, deve essere in seguito trasmessa in via telematica al segretario, con modalità che

assicurano la certezza dell'avvenuto ricevimento.

In tema di *riservatezza*, l'art. 39 del Regolamento specifica che il procedimento di mediazione è riservato e che tutto quanto viene detto nel corso dell'incontro non può essere registrato o verbalizzato, con la sola esclusione dell'esito dell'incontro.

Al procedimento di mediazione è interamente applicabile l'inutilizzabilità di cui all'art. 10, comma 1, D.Lgs. 28/2010, in base al quale «le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. Sulle stesse dichiarazioni e informazioni non è ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisorio».

Non sono consentite comunicazioni riservate delle parti al solo mediatore, eccetto quelle effettuate in occasione delle sessioni separate.

È garantito il diritto d'accesso delle parti agli atti del procedimento di mediazione, custoditi in apposito fascicolo debitamente registrato e numerato nell'ambito del registro degli affari di mediazione, fermo quanto disposto dall'art. 9, comma 2, D.Lgs. 28/2010, ossia che «rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate e salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni, il mediatore è tenuto alla riservatezza nei confronti delle altre parti».

I dati raccolti sono trattati nel rispetto delle disposizioni del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, e successive modifiche. Il mediatore è vincolato al segreto professionale e ai divieti di testimonianza di cui all'art. 10, comma 2, D.Lgs. 28/2010.

Infine, le spese e gli onorari per la procedura di mediazione sono determinate in base all'articolo 40 del Regolamento attualmente in vigore, che è consultabile presso la Segreteria della Camera e sul sito internet www.fdc.mi.it.

9. LA MEDIAZIONE CIVILE NELL'ESPERIENZA DELLA COMMISSIONE MEDIAZIONE E CONCILIAZIONE: I RISULTATI DI UNA RICERCA^(*)

I ritardi della giustizia si ripercuotono sull'economia delle aziende, rendendo ancora più pesante la crisi finanziaria che le stesse oggi subiscono.

La Direttiva comunitaria 2008/52/CE ha lanciato un chiaro messaggio agli Stati membri per cercare di fornire una risoluzione stragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale, tali da garantire un migliore accesso alla giustizia⁽³³⁾ e contribuire al corretto funzionamento del mercato interno.

La relazione di apertura dell'anno giudiziario 2010 aveva rappresentato una situazione allarmante per la giustizia civile italiana:

- 977 *giorni*, per una causa civile di cognizione ordinaria di primo grado davanti ai tribunali,
- 837 *giorni*, per le cause di previdenza,
- 628 *giorni*, per le cause di lavoro non pubblico,
- 740 *giorni*, per il lavoro pubblico,
- 270 *giorni*, per i procedimenti esecutivi mobiliari,
- 1.213 *giorni*, per i procedimenti esecutivi immobiliari.

Esistono poi delle differenze quantitative e di composizione della domanda di giustizia tra Nord, Centro e Sud che disegnano un profilo di litigiosità del Sud non solo quantitativamente superiore, ma anche sistematico, per tutti i tipi di controversia analizzati.

Siamo passati da 10 milioni di fascicoli, depositati nelle cancellerie di corti e tribunali italiani, a circa 11 milioni di fascicoli, *con una media di un*

(*) A cura di Marcello Guadalupi, Consigliere Delegato alla Commissione Mediazione e Conciliazione ODCEC Milano.

(33) Ricerca a cura della Commissione Mediazione e Conciliazione dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Milano, presentata al convegno del 28 maggio 2010, svoltosi a Milano presso l'Università Bocconi, intitolato «Giustizia ed economia».

cittadino su cinque in attesa di giudizio. Più della metà riguarda cause civili, che insieme a quelle di lavoro, superano quota 5 milioni e mezzo (incremento del 6% rispetto allo scorso anno).

Il confronto di questi dati, in ambito internazionale, ci viene offerto dalla Banca Mondiale, che ha elaborato una classifica attraverso il rapporto *Doing Business* per il 2010.

Per completare una procedura di recupero crediti sono necessari:

- 1.210 *giorni*, in Italia,
- 515 *giorni*, in Spagna,
- 406 *giorni*, in Cina,
- 399 *giorni*, in Inghilterra,
- 394 *giorni*, in Germania,
- 331 *giorni*, in Francia,
- 300 *giorni*, in USA.

I ritardi sono destinati ad aumentare, perché nel confronto con Paesi omogenei per dimensioni, livello di sviluppo economico e caratteristiche dei sistemi legali, l'Italia ha un tasso di litigiosità maggiore.

Secondo i dati del rapporto *Cepej 2009*, i conflitti sono tre volte e mezzo quelli della Germania e 2 volte e mezzo quelli di Francia e Spagna.

Nonostante i dati sulla durata del processo siano molto negativi, non sono da meno i dati relativi ai costi della giustizia (Tavola 2): spendiamo molto di più rispetto ad altri Paesi europei, che in cambio hanno tempi molto minori e vengono annoverati a livelli più alti nella classifica.

I dati provengono da rapporti come il *Doing Business* della Banca Mondiale e il *Cepej*, della speciale Commissione costituita in seno alla UE, la quale deve valutare e mettere a confronto il livello di efficienza della giustizia nei Paesi europei.

Italia	€ 4.088.000.000
Francia	€ 3.350.000.000
Spagna	€ 2.983.000.000
Olanda	€ 1.613.000.000

Tavola 2
Costo annuo della giustizia in alcuni Paesi europei

Il risultato è che *ogni italiano spende 70 euro all'anno* per l'amministrazione giudiziaria, contro i 53 dei francesi, i 68 degli spagnoli, i 106 euro dei tedeschi e 99 degli inglesi, con la differenza che una controversia

commerciale in Italia *si conclude in 1.210 giorni*, mentre Francia e Spagna sono nella media europea di 472 giorni.

Secondo una classificazione fatta dalla Banca Mondiale nel rapporto *Doing Business*, l'Italia figura quest'anno al 78° posto per durata del procedimento nelle controversie commerciali, risultando in calo rispetto allo scorso anno e molto distante dagli altri Paesi più sviluppati.

La Banca d'Italia, riprendendo questo rapporto, ha appurato che un'impresa in Italia per avere giustizia di una controversia commerciale deve aspettare in media 1.995 giorni (5 anni 4 mesi e 8 giorni) scoprendo poi che tra Nord e Sud la media sale a 2.226 giorni (oltre 6 anni) e che nel Nord Ovest i tempi si riducono a 1.826 giorni. Il dato preoccupante è che, alla fine di questo calvario, l'impresa, in una procedura d'insolvenza, *recupererà poco più del 50% (51,60%)*.

Altro dato molto importante, fornito sempre da un'indagine della Banca d'Italia, riguarda la pratica del ritardo dei pagamenti, che tra le imprese italiane è molto diffusa interessando *il 40% delle imprese* campione della ricerca.

Tutto questo crea notevoli difficoltà alla gestione aziendale e alla stessa sopravvivenza dell'impresa. Prova ne sia il fatto che nei primi mesi del 2010 *i fallimenti sono aumentati del 46% con circa 3.226 società*.

Con uno scenario del genere, è difficile poter pensare all'impresa italiana in termini di competitività, alla crescita economica e allo sviluppo del Paese. Crescita e sviluppo che possono avvenire solo attraverso gli investimenti e la capacità dello Stato di attrarre investimenti esteri.

Per rendere interessante il nostro mercato occorre tuttavia salvaguardare la competitività delle imprese e questo passa anche attraverso i tempi della giustizia.

Stando ai dati della Banca Mondiale, un altro triste primato per l'Italia (insieme alla Svezia) riguarda la più alta incidenza percentuale dei costi processuali sul valore della controversia (29,9%) che le imprese sostengono per tutelare i propri diritti, mentre uno studio di Confartigianato stima che il costo per le imprese dei ritardi della giustizia è di 2,3 miliardi di euro e cioè 371 euro per azienda.

Vi è poi da aggiungere tutta la mole di attività stragiudiziale che sfugge al controllo di queste ricerche, che nondimeno incide profondamente sulla finanza aziendale, determinandone perdite anche consistenti, così come anche tutte le rinunce al contenzioso che l'imprenditore è costretto a fare per l'antieconomicità di alcune azioni che comporterebbero solo dei costi aggiuntivi alla perdita già subita.

La mediazione, al di là dell'obbligo previsto dal legislatore, diventa un

valido strumento alternativo per le imprese per abbattere i costi e i tempi lunghi della giustizia. La partecipazione alla soluzione della controversia, l'attenzione ai rapporti tra le parti in conflitto e la riservatezza sono tutti importanti fattori che fanno della mediazione uno strumento utile alla gestione delle imprese.

Il decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 è andato oltre, abbattendo i seguenti costi:

- imposta di bollo su tutta la documentazione relativa alla mediazione;
- ogni spesa, tassa o tributo di qualsiasi natura;
- imposta di registro del verbale di accordo entro il limite di valore di € 50.000;

e riconoscendo, in caso di successo della mediazione, un credito d'imposta commisurato all'indennità stessa, fino alla concorrenza di € 500, ridotto alla metà in caso di insuccesso.

Considerando, poi, che un tariffario medio degli organismi di conciliazione operanti sul territorio dello Stato prevede l'applicazione di tariffe molto contenute (Tavola 3), si giunge alla conclusione che un'impresa che chiederà l'intervento di un mediatore in una controversia di valore fino ad € 50.000 riceverà un *servizio a costo zero* e, soprattutto, in un termine massimo più che ragionevole, pari a 4 mesi.

Valore della lite	Spesa
fino ad euro 5.000	€ 150
da € 5.001 a € 10.000	€ 250
da € 10.001 a € 25.000	€ 350
da € 25.001 a € 50.000	€ 500

Tavola 3
Tariffario medio degli organismi di conciliazione operanti in Italia

Numeri pubblicati

Anno 2007

- nr. 1 L'amministrazione nelle S.r.l. • *Simone Allodi*
- nr. 2 Lo Statuto dei diritti del contribuente • *Alessandro Turchi*
- nr. 3 Finanziamento dei Soci • *Giorgio Zanetti*
- nr. 4 Le norme del codice di procedura civile applicabili al Processo Tributario • *Paolo Brecciaroli*
- nr. 5 Bilancio e misurazione della performance delle organizzazioni non profit: principi e strumenti • *Marco Grumo*
- nr. 6 La normativa Antiriciclaggio. Profili normativi, obblighi ed adempimenti a carico dei dottori commercialisti • *Gian Gaetano Bellavia*
- nr. 7 Limiti dell'informativa societaria e controllo dei bilanci infrannuali • *Roberta Provasi, Daniele Bernardi, Claudio Sottoriva*
- nr. 8 La previdenza nella professione di Dottore Commercialista • *Ernersto Franco Carella*
- nr. 9 L'introduzione dei principi contabili internazionali e il coordinamento con le norme fiscali • *Mario D'ijino*
- nr. 10 La governance delle società a partecipazione pubblica e il processo di esternalizzazione dei servizi pubblici locali • *Ciro D'Aries*
- nr. 11 Il Consolidato fiscale nazionale (artt. 117-129 TUIR e DM 9 giugno 2004) • *Ambrogio Picolli*
- nr. 12 Il bilancio sociale nelle piccole e medie imprese • a cura di *Adriano Propersi*
- nr. 13 Le parti e la loro assistenza in giudizio • *Mariacarla Giorgetti*

Anno 2008

- nr. 14 Il nuovo ordinamento professionale: guida alla lettura del d.lgs n. 139 del 28 giugno 2005 • a cura della Commissione *Albo, Tutela e Ordinamento 2005-2007*
- nr. 15 Carta Europea dei diritti del contribuente • a cura della Commissione *Normative Comunitarie 2005-2007*
- nr. 16 Elementi di procedura civile applicati alle impugnazioni del processo tributario • *Mariacarla Giorgetti*
- nr. 17 Il processo di quotazione delle PMI tra presente e futuro: il ruolo del dottore commercialista in questa fase di cambiamento • *Carlo Arlotta*

- nr. 18 Controlled Foreign Companies Legislation: Analisi comparata negli stati comunitari • *Sebastiano Garufi*
- nr. 19 Il codice di condotta EU: Finalità e analisi comparativa a livello europeo • *Paola Sesana*
- nr. 20 Il dottore commercialista e la pianificazione e il controllo nella PMI • *Aldo Camagni, Riccardo Coda, Riccardo Sclavi*
- nr. 21 La nuova relazione di controllo contabile (art. 2409 ter del Codice Civile) • *Daniele Bernardi, Gaspare Insaudo, Maria Luisa Mesiano*

Anno 2009

- nr. 22 L'azionariato dei dipendenti come forma di incentivazione: ascesa e declino delle stock option? • *Vito Marraffa*
- nr. 23 Norme ed orientamenti rilevanti della Revisione Contabile • *Maria Luisa Mesiano, Mario Tamborini*
- nr. 24 Gli accordi giudiziali nella crisi d'impresa • *Cesare Zafarana, Mariacarla Giorgetti, Aldo Stesuri*
- nr. 25 Il bilancio consolidato e le scritture di consolidamento • *Francesco Grasso, Paolo Terazzzi*
- nr. 26 Conciliazione e mediazione: attualità legislative e profili operativi • *Aldo Stesuri*

Anno 2010

- nr. 27 La crisi d'impresa - L'attestazione di ragionevolezza dei piani di ristrutturazione ex art. 67, 3° comma, lettera d) L.F. • *Commissione Gestione Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali*
- nr. 28 Il Consolidato fiscale nazionale (artt. 117-129 TUIR e DM 9 giugno 2004) seconda edizione • *Ambrogio Piccoli*
- nr. 29 L'arbitrato - Analisi e commenti dalla recente prassi • *Commissione Arbitrato - a cura di Alessandro Augusto*
- nr. 30 Il bilancio di sostenibilità delle multiutilities: esperienze a confronto • *Commissione Bilancio Sociale - a cura di Francesco Randazzo, Cristiana Schena, Gabriele Badalotti, Eros A. Tavernar*
- nr. 31 La riforma della revisione legale in Italia: una prima analisi del D.Lgs. 39 del 27 gennaio 2010 • *Commissione Controllo Societario - Gruppo di lavoro: Daniele Bernardi, Antonella Bisestile, Alessandro Carturani, Annamaria Casasco, Gaspare Insaudo, Luca Mariani, Giorgio Morettini, Marco Moroni, Gianluca Officio, Massimiliano Pergami, Roberta Provasi, Marco Rescigno, Claudio Sottoriva, Mario Tamborini*
- nr. 32 Obbligo P.E.C. - Opportunità e problematiche per gli studi professionali • *Commissione Informatica e C.C.I.A.A. - Gruppo di lavoro: Fabrizio Baudo, Davide Campolunghi, Filippo Caravati, Alberto De Giorgi, Gianluca De Vecchi, Pietro Longhi, Daniele Tumietto*
- nr. 33 Nuova tariffa professionale - Commento alle modifiche intervenute • *Mario Tracanella*

Anno 2011

- **nr. 34** Perdite di valore e avviamento secondo i principi IFRS • *Riccardo Bauer, Claudia Mezzabotta*
- **nr. 35** Patrimonializzare e sostenere la competitività delle PMI italiane: la quotazione su AIM Italia • *Commissione Finanza e Controllo di Gestione - Gruppo di lavoro: Carlo Arlotta, Franco Bertoletti, Elisabetta Coda Negozio, Carlo Pesaro, Giorgio Venturini*

finito di stampare
nel mese di aprile 2011

3LB srl
Osnago (LC)

nr. 36.

Il tema della mediazione civile ha assunto in Italia in questi ultimi mesi notevole rilevanza. Il D.Lgs. 28/2010 e il relativo regolamento attuativo, contenuto nel D.M. 180/2010, hanno infatti sostituito le norme precedentemente in vigore in materia. La rilevanza del tema e il dibattito che ne è scaturito non derivano, tuttavia, solo dalla «novità», bensì anche e soprattutto dalla profonda «innovatività» delle nuove disposizioni legislative.

Le norme, infatti, hanno introdotto dal 20 marzo 2011 l'obbligatorietà del ricorso alla mediazione per alcune materie oggetto di controversia civile, come condizione di procedibilità attraverso le ordinarie vie giurisdizionali.

Il presente Quaderno intende introdurre il lettore alle nuove norme sulla mediazione civile e al contesto in cui esse sono applicabili, fornendo inoltre taluni concetti di base sugli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, in generale, e sulla mediazione, in particolare, come metodo «non avversariale e ad autocomposizione diretta» per la composizione delle liti.

Maria Rita Astorina, Dottore Commercialista e Revisore Legale in Milano, è Presidente della Commissione Mediazione e Conciliazione, istituita presso l'ODCEC del capoluogo lombardo. È conciliatore e arbitro presso la Camera di Conciliazione della CONSOB. Svolge attività professionale di consulenza in materia societaria e tributaria e fa parte di diversi collegi sindacali. Dal 1997 ricopre l'incarico di Consulente tecnico del Tribunale di Milano.

Claudia Mezzabotta, Dottore Commercialista e Revisore Legale in Milano, è membro della Commissione Principi Contabili, istituita presso l'ODCEC del capoluogo lombardo. Si occupa di consulenza in materia di principi contabili nazionali e internazionali IFRS e svolge un'intensa attività di formazione. È membro effettivo delle commissioni tecniche internazionali IASCF SMEIG (Londra, Regno Unito) e EFRAG SME Working Group (Bruxelles, Belgio). La sua formazione accademica internazionale anche in materia di psicologia sociale la porta a interessarsi alla mediazione civile e ai suoi aspetti normativi e comportamentali.