

ENZO MAURO

MANUALE
DELLA NUOVA CONCILIAZIONE STRAGIUDIZIALE
LA GIUSTIZIA FACILITATA:
STRUMENTI PER I CITTADINI E PER GLI OPERATORI



SERVIZI GRATUITI ON LINE

Questo libro dispone dei seguenti servizi gratuiti disponibili on line:

- filodiretto con gli autori
- le risposte degli autori a quesiti precedenti
- files di aggiornamento al testo e/o al programma allegato
- possibilità di inserire il proprio commento al libro.

L'indirizzo per accedere ai servizi è: www.darioflaccovio.it/scheda/?codice=DF0008

INDICE

<i>Presentazione</i>	pag.	IX
<i>Introduzione</i>	»	XI
<i>Premessa: cenni terminologici</i>	»	XVII

CAPITOLO 1

Panoramica sulla mediazione

1.1. Le procedure di soluzione alternativa delle controversie.....	»	1
1.2. Le caratteristiche principali della procedura di mediazione	»	4
1.3. Vantaggi e svantaggi tra ADR e giustizia ordinaria	»	8
1.4. La riservatezza	»	9
1.5. La conciliazione amministrata.....	»	11
1.6. La procedura ODR.....	»	15
1.7. Le ADR: una sfida per gli avvocati.....	»	17
1.7.1. L'importanza delle valutazioni preliminari	»	21
1.7.2. Le nove regole d'oro per una mediazione efficace	»	22
1.7.3. La formulazione delle scuse	»	24

CAPITOLO 2

Il conflitto

2.1. Cenni introduttivi.....	»	25
2.2. Le origini del conflitto.....	»	26
2.3. Gli opposti	»	28
2.4. Il controllo delle controversie.....	»	33
2.5. La comunicazione.....	»	33
2.5.1. L'importanza del saper domandare	»	34
2.5.2. L'arte del conversare	»	35
2.5.2.1. Il valore delle parole.....	»	36
2.5.2.2. Il silenzio come forma di comunicazione	»	36
2.5.3. L'ascolto attivo.....	»	39
2.5.4. La comunicazione non verbale	»	39
2.5.4.1. Altre forme di comunicazione non verbale.....	»	42

CAPITOLO 3

La conciliazione: principi e tecniche

3.1. Le fasi della conciliazione	»	45
3.2. Procedura, forma, stile	»	47
3.2.1. Procedure amministrative	»	47
3.2.2. Gli incontri fra le parti	»	48
3.2.3. Lo stile del conciliatore	»	49
3.3. Aspetti pratici degli incontri di conciliazione	»	53
3.3.1. Aspetti logistici	»	53
3.3.2. Aspetti comportamentali	»	56
3.3.2.1. Problemi comportamentali delle parti	»	56
3.3.3. I più comuni errori di valutazione	»	61
3.4. Strategie e metodi	»	62
3.4.1. Tattiche negoziali	»	63
3.4.2. Gli incontri separati	»	63
3.4.3. La prova della realtà	»	64
3.5. La figura professionale del mediatore	»	66
3.5.1. Il pubblico ufficiale	»	67
3.5.2. Il segreto professionale	»	70
3.5.3. Il conciliatore	»	71
3.6. La scelta del conciliatore	»	72
3.6.1. La professionalità di un mediatore e le aspettative delle parti	»	72
3.7. Il vademecum del conciliatore	»	73
3.8. Raccogliere le informazioni	»	75
3.8.1. Capire se la comunicazione è falsa o ingannevole	»	76
3.8.2. L'impasse	»	77
3.9. Tenere distinti i fatti dalle persone	»	78
3.10. Scomporre gli elementi del conflitto	»	79

CAPITOLO 4

Organismi ed enti di amministrazione della conciliazione e della formazione

4.1. Gli enti e gli organismi iscritti al registro tenuto dal ministero della giustizia	»	81
4.2. Gli obblighi degli organismi di conciliazione	»	81
4.2.1. Il registro degli organismi	»	84
4.2.2. FAQ	»	89
4.3. Gli interventi previsti dalla legge 69/2009	»	93
4.4. Gli enti abilitati a tenere corsi di formazione	»	94
4.4.1. L'elenco degli enti	»	96

<i>Indice</i>	VII
4.4.2. FAQ	» 100
4.5. I criteri di formazione	» 103
4.5.1. Gli standard Unioncamere	» 104

CAPITOLO 5

L'organizzazione interna

5.1. Le funzioni della segreteria	» 107
5.2. L'incarico al conciliatore	» 108
5.2.1. Alcuni adempimenti amministrativi a carico del conciliatore	» 109
5.3. La qualità del servizio	» 110
5.4. La gestione dei dati e l'archiviazione.....	» 110
5.5. Il sito web	» 111
5.6. La pubblicità	» 112
5.7. La formazione continua	» 112
5.7.1. I corsi formativi.....	» 113

CAPITOLO 6

Altri istituti e formule di mediazione

6.1. L'arbitrato	» 117
6.2. Arbitraggio e perizia.....	» 121
6.3. La mediazione penale	» 122
6.4. La mediazione familiare	» 123
6.5. La mediazione nel rapporto di lavoro	» 129
6.5.1. La mediazione sul posto di lavoro	» 132
6.5.2. L'ombudsman aziendale e interaziendale	» 133
6.6. La mediazione bancaria	» 134
6.7. La mediazione tributaria	» 136
6.8. La mediazione con la pubblica amministrazione	» 139
6.8.1. La conciliazione tra la pubblica amministrazione e i suoi dipendenti	» 142
6.9. Il mediatore europeo	» 143

APPENDICE A

Le principali norme di riferimento

A.1. Introduzione	» 145
A.2. Le leggi	» 146

APPENDICE B

Aggiornamenti legislativi in materia di mediazione

B.1. Schema di decreto legislativo recante: “Attuazione dell’articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali” »	199
B.2. Relazione illustrativa	211
B.3. Commento allo schema del decreto legislativo di attuazione della legge delega	232

APPENDICE C

L’associazione per la soluzione delle controversie As-Connet

C.1. Regolamento, tariffa e codice deontologico	243
---	-----

APPENDICE D

Statistiche

D.1. Studi e dati sull’ADR in Italia	253
--	-----

APPENDICE E

Il libro verde della comunità europea	257
---	-----

APPENDICE F

Le ADR nel resto del mondo

F.1. L’armonizzazione delle norme in campo internazionale	263
---	-----

APPENDICE G

Formulario

G.1. La domanda	267
G.2. Il verbale	270
G.3. La procedura ODR (informativa tecnica)	272
Bibliografia	275

Presentazione

*“Chi va per primo segna il cammino,
coloro che seguono lo percorrono”.*

Proverbio cinese

Il mondo della mediazione finalizzata alla conciliazione è vasto ed affascinante; abbraccia principi giuridici, tecniche specifiche, elementi di sociologia e di psicologia che sono alla base delle tecniche di approccio, conversazione e proposizione di soluzioni utilizzate dal professionista (avvocato, dottore commercialista o magistrato), nell'esperienza quotidiana del rapporto con i clienti.

È un derivato dell'esperienza, un approccio emotivo, un'esperienza di mestiere, certamente non una tecnica o una disciplina appresa sui banchi di scuola, attraverso precisi percorsi formativi.

Raggiungere un risultato, senza passare sotto le forche caudine dei dispendiosi (in termini di denaro e ancor più di tempo) procedimenti giurisdizionali, garantisce la riconoscenza del cliente, la stima dell'avversario e la soddisfazione personale per aver agito con economia di mezzi e di tempi.

L'autore di questo libro si è prefisso due precisi obiettivi: l'uno di raccogliere il materiale giuridico e tecnico; l'altro di guidare passo per passo – sia il cittadino che l'operatore del settore – a compiere una scelta innovativa, nell'affrontare un conflitto o una controversia, sfruttando tutte le potenzialità delle soluzioni alternative (dalla mediazione all'arbitrato).

Sarà certamente rilevante l'impatto sociale delle scelte di quel legislatore che voglia inserire la mediazione quale strumento privilegiato per alleggerire il carico dei tribunali, offrendo una maggiore e

più efficiente giustizia (alla quale il principio più volte ribadito del giusto processo non ha dato le risposte attese).

Tuttavia, non produrrà gli effetti sperati se gli operatori del settore non ne condivideranno il principio, apprendendone le tecniche, insieme ai cittadini e ai manager d'azienda, nella sperimentazione di tali strade.

Prova di questa urgenza è data dall'esperienza di altre nazioni, in cui proprio i clienti degli studi professionali hanno esercitato la maggiore pressione affinché si sperimentassero strade alternative, in risposta all'intasamento dei tribunali e ai costi elevati delle consulenze; dimostrazione che questa possa essere la giusta strada da percorrere, in accordo con l'entusiasta convincimento dell'autore.

Agosto, 2009

Avvocato Carlo Penna
Presidente dell'As-Connet

Introduzione

*“Se si parla riflettendo davvero sul significato delle parole,
esse acquistano vita”*

Erich Fromm

La mediazione ha piena cittadinanza anche in Italia: con la recente legge del giugno 2009 (n. 69/2009) il legislatore delega il governo ad adottare “entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale”.

Lo spirito è quello di raccogliere le raccomandazioni della Commissione Europea, l’esperienza di un primo tentativo fatto con il D.Lgs. n. 5/2003 (relativo al tema della conciliazione societaria) e l’esperienza di altri paesi, per dare una risposta – efficace ed efficiente – al bisogno di giustizia dei cittadini, troppo spesso mortificato dalla lentezza e dal costo dei procedimenti giurisdizionali.

Per soddisfare queste esigenze sono state individuate due strade:

- semplificare il processo civile;
- indirizzare la soluzione delle controversie – civili e commerciali – verso istituti e procedure alternative rispetto al ricorso alla giustizia dei tribunali.

Il legislatore ha ritenuto opportuno affidare tale compito a “organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all’erogazione del servizio di conciliazione”, in modo da sollevare, almeno in parte, i tribunali dall’affanno dell’enorme quantità di procedimenti.

La mediazione è un sistema che ha già largo sviluppo nel resto del

mondo; gli Stati Uniti ne hanno elaborato principi e tecniche adottando la mediazione per rendere la giustizia meno onerosa in termini di tempi e costi.

In Italia, nell'attesa che il Governo emani i decreti di attuazione, occorre incominciare a prepararsi a raccogliere quella che è una vera e propria sfida, considerato che sono molti gli ostacoli che si frappongono a un largo utilizzo della mediazione:

- la resistenza degli operatori del settore (avvocati, dottori commercialisti, magistrati) a pensare che possano esistere valide alternative al contenzioso giurisdizionale;
- la diffidenza degli stessi operatori e dei cittadini, i quali ritengono che le controversie possano avere solo soluzioni *win-lose* e non *win-win*;
- l'ignoranza – mi si permetta di usare questo termine un po' forte – delle tecniche di mediazione, senza l'applicazione delle quali, la mediazione (o conciliazione) resta un procedimento formale;
- la mancanza di una domanda di tale servizio (opportunità) da parte dei cittadini ai propri consulenti;
- il sospetto che le soluzioni alternative delle controversie, pur avendo il vantaggio dei minor tempi e costi, possano essere gestite da soggetti non qualificati, o meno qualificati, dei magistrati di carriera.

Per queste ragioni, questo testo si prefigge lo scopo di:

- proporre una sinossi del materiale normativo (perché si possano effettuare scelte informate e consapevoli);
- offrire una panoramica sulla situazione attuale e sulle prospettive concrete;
- fornire un'esposizione, quanto più dettagliata possibile, dei principi e delle tecniche che stanno alla base di un efficiente processo di mediazione.

Molti professionisti, nel trattare con la propria clientela (o con gli avversari) usano anche tecniche di approccio transazionale, ma lo fanno spesso inconsapevolmente – in base alla propria esperienza – e senza, quindi, la preparazione derivata da un preciso bagaglio culturale.

Il punto è che, dietro i conflitti che danno luogo alle controversie, non ci sono solo i fatti ma anche le emozioni, i bisogni e gli inte-

ressi delle parti: la controversia spesso nasce – e si alimenta – dal conflitto tra le persone piuttosto che da una reale necessità di riconoscimento o negazione di un diritto.

Il mediatore che persegua lo scopo di conciliare le parti deve, prima di tutto, essere in grado di distinguere e far distinguere le persone dai fatti.

Pertanto, la sua professionalità corrisponde alla sua capacità di intuizione e di operare un percorso maieutico che faccia emergere, dall'incontro e dal confronto delle parti, una soluzione che le soddisfi entrambe.

Tutto questo si impara studiando – e verificando continuamente – le tecniche di mediazione. Tuttavia, ad oggi, la formazione è purtroppo carente; poche sono le Università che annoverano tra i propri piani di studio – nelle facoltà di Giurisprudenza, Economia o Sociologia – corsi sulla mediazione.

Per sopperire all'attuale carenza di adeguate scuole formative, la *sfida* della mediazione finalizzata alla conciliazione può essere raccolta solo attraverso un percorso *fai da te*, che questo testo si prefigge di delineare.

UN CASO: PERCHÉ ADOTTARE LA CONCILIAZIONE STRAGIUDIZIALE

Prima di addentrarci nell'esame delle procedure alternative alle soluzioni giurisdizionali, può essere utile analizzare un caso pratico attinto dalla mia esperienza personale.

Una volta possedevo un piccolo appezzamento di terreno. Non potendomene occupare, decisi di venderne una parte a due coniugi, operai agricoli, con i quali avevo anche stretto rapporti di amicizia, in seguito a una precedente collaborazione.

I rapporti erano tali che trasferii la proprietà del terreno, con regolare atto notarile, prima ancora che avessero finito di pagare il prezzo concordato, stabilendo con loro che avrebbero saldato il pagamento in rate mensili successive.

Purtroppo, dopo poco tempo, cominciai a non ricevere più i pagamenti mensili e, col passare dei mesi, i rapporti di amicizia si deteriorarono.

Andai quindi dal mio avvocato per decidere il da farsi.

Naturalmente, come si è solito fare, nell'atto notarile non solo non era stato indicato il prezzo reale del trasferimento, ma nulla era

stato scritto sugli accordi relativi ai restanti pagamenti. L'unica cautela presa era stata una scrittura privata di dichiarazione di debito e promessa di pagamento, per la cifra rimanente (in verità non molto, circa tremila euro).

L'avvocato mi confermò che era possibile, ovviamente, agire contro i debitori, ma che la causa sarebbe durata qualche anno e che esisteva il problema della successiva azione di recupero del credito (considerato che i due risultavano avere un reddito basso e saltuario e che, forse, un'azione esecutiva sul terreno di loro proprietà avrebbe comportato notevoli spese).

Poiché ero abbastanza irritato da quello che ritenevo essere un affronto diretto, più che un vero disagio per il mancato incasso delle rate, insistetti perché iniziasse la procedura.

L'avvocato, per prima cosa, inviò una raccomandata sollecitando il pagamento e invitando i due contadini a contattarlo.

Questi, evidentemente dopo essere stati dal loro avvocato, si presentarono all'appuntamento e sostennero che, non solo non mi dovevano alcunché, ma che il mio comportamento nei loro confronti era stato scortese e per queste ragioni non ritenevano di dover adempiere agli accordi.

Dopo una qualche trattativa, per fortuna, si raggiunse un accordo su una modalità di pagamento ulteriormente rateizzata, dalla quale veniva però escluso il compenso per il mio avvocato, che restava a mio carico.

Considerati i tempi della giustizia e gli oneri connessi (ossia il compenso all'avvocato e l'anticipazione delle spese), ritenni opportuno accettare la proposta.

Nessuna delle parti ne uscì vittoriosa e soddisfatta; nemmeno l'avvocato che, sebbene ricevesse un compenso, dovette sobbarcarsi l'onere degli incontri e degli appuntamenti per la riscossione delle rate concordate.

Tutto sommato, la mediazione dell'avvocato aveva comunque dato dei risultati, ma non aveva soddisfatto i reali bisogni delle parti.

Se, all'epoca dei fatti, si fosse già parlato di conciliazione, si sarebbe potuto raggiungere un accordo diverso.

Probabilmente mi sarei recato, di mia spontanea volontà (o su suggerimento del mio avvocato) presso un organismo di conciliazione, presentando la domanda per iniziare la procedura.

L'organismo avrebbe invitato l'altra parte, nominato un concilia-

tore professionale e fissato un primo incontro, riscuotendo – come prevede la legge – l'importo delle spese amministrative (trenta euro, peraltro non dovute se la domanda di conciliazione fosse stata presentata da entrambi) e l'indennità dovuta al conciliatore che, in base al valore della pratica e alle tariffe ministeriali, sarebbe stata di circa cento euro (meno di quanto pretese il mio avvocato).

È evidente che questo sarebbe stato già un bel risultato, considerato che, a differenza di una causa in tribunale, la durata della procedura sarebbe stata contenuta in un periodo di tempo abbastanza breve (quattro mesi al massimo).

Inoltre, il risultato finale ottenuto dal conciliatore professionale sarebbe stato, probabilmente, migliore, considerato che, evidentemente, le parti non erano in contrasto solamente per una questione economica, ma piuttosto per ragioni di carattere psicologico.

Un buon mediatore, attraverso incontri comuni e separati, avrebbe condotto le parti a trovare un tipo di accordo non distributivo.

Per esempio, avrebbe potuto *allargare la torta*, come si suole dire nella letteratura sull'argomento, individuando i reali bisogni delle parti. Nel caso concreto avrebbe capito che, da parte mia, esistevano altri tipi di necessità, come quello di far curare l'appezzamento di terreno da persone esperte.

Un accordo ottimale avrebbe potuto prevedere che, in cambio di una mia rinuncia alla residua somma dovuta, i due contadini si sarebbero potuti prendere cura del mio terreno, per un certo periodo di tempo.

Questo mi avrebbe favorito più della riscossione della somma (peraltro rateizzata) e probabilmente avrebbe costituito la base per un rinnovato rapporto di fiducia.

D'altra parte, i due contadini, proprietari di un terreno confinante con il mio, non avrebbero dovuto sopportare particolari disagi, con l'ulteriore vantaggio di non dover sborsare l'ulteriore somma e di non dover sottostare a una resa incondizionata.

Occorre comunque precisare che, allo stato attuale della normativa, l'accordo raggiunto non avrebbe potuto essere adoperato in caso di inottemperanza, in quanto la legge prevede che l'accordo sottoscritto al termine di una procedura di conciliazione possa essere utilizzato solo per l'iscrizione di ipoteca e non anche per gli adempimenti degli obblighi di fare, non fare e permettere.

Precisazione di poco rilievo, comunque, visto che non solo si

sarebbe addivenuti a un accordo, ma si sarebbero anche poste le basi per una fattiva collaborazione nel futuro. Sarebbe stato, quindi, poco probabile che nascesse la necessità di costringere – giudizialmente – le parti a far fede a quanto definito.

Questo breve racconto evidenzia quali siano le opportunità del ricorso alle procedure alternative di mediazione, almeno in tutti quei casi in cui la soluzione giurisdizionale abbia un rilevante peso, in termini di tempi e costi, e non riesca a soddisfare i reali bisogni delle parti.

In questo libro saranno esposti i principi, le tecniche e le norme che stanno alla base di quella che avrebbe potuto essere la soluzione alternativa al mio problema, come al vostro o a quello dei vostri clienti.

L'autore

CAPITOLO I

Panoramica sulla mediazione

*“Qualunque cosa nella vita può essere causa
di lite ma la scelta di arrabbiarsi o meno è solo nostra”*

Chagdud Tulku Rinpoche

1.1. LE PROCEDURE DI SOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE

Posto che le procedure che possono condurre ad una soluzione alternativa delle controversie sono preferibili al ricorso alla giustizia ordinaria, perché permettono di risparmiare tempi e costi, è auspicabile la nascita di una cultura sociale consapevole che contribuisca alla creazione della domanda e conduca quindi a un maggior utilizzo delle ADR.

Queste diverse forme di gestione dei conflitti nascono nei paesi anglosassoni, dove il sistema giuridico si basa sulla *common law*, a differenza dei paesi di tradizione latina basati sulla *civil law*¹.

Le procedure – nella fattispecie quelle di negoziato, mediazione, conciliazione e arbitrato – sono di varia specie e natura, assumono diverse sfaccettature e consentono quindi il raggiungimento di diversi livelli di soddisfacimento dei bisogni e degli interessi delle parti.

¹ Relativamente alla distinzione tra *common law* e *civil law*, si noti che la prima rappresenta un sistema giuridico di diritto non codificato basato su un modello di precedente giurisprudenziale (i giudizi di casi simili sono stabiliti secondo la comparazione con precedenti sentenze), mentre la *civil law* si basa su un sistema di diritto codificato che prevede la suddivisione delle norme (codice civile, codice penale, codice di procedura civile e codice di procedura penale).

Inoltre, le procedure di cui si parla hanno vari gradi di coinvolgimento giuridico, come si evince dalla rappresentazione grafica del *triangolo capovolto* nella figura 1.1.

Nella figura 1.1 maggiore è la vicinanza degli elementi al vertice, maggiore è la loro struttura formale, che assicura risultati più stabili sotto il profilo giuridico.

Va sottolineata, però, l'esistenza di un difetto nelle soluzioni più strutturate: la tendenza a soluzioni di diritto, che non tengono conto della soddisfazione dei bisogni e degli interessi dei soggetti coinvolti, pur avendo tutte lo scopo di evitare il ricorso alla giurisdizione ordinaria e di raggiungere una soluzione in tempi brevi, possibilmente a costi contenuti.

Di certo queste soluzioni sono accomunate dal fatto che le parti si affidano a un terzo (nella figura del terzo neutrale, dell'arbitro o di una commissione) per mediare il conflitto; in qualche caso le parti si aspettano che il terzo si sostituisca al giudice per emettere un parere, una decisione o un lodo che determini il diritto dell'uno o dell'altro, in altri casi che questi possa semplicemente moderare il conflitto, lasciando tuttavia le parti libere di risolvere la controversia.

Questi vantaggi e svantaggi verranno approfonditi in seguito nella trattazione delle singole procedure.

Prima di analizzare la mediazione propriamente detta, è il caso di spendere alcune parole sulle caratteristiche principali delle singole procedure:

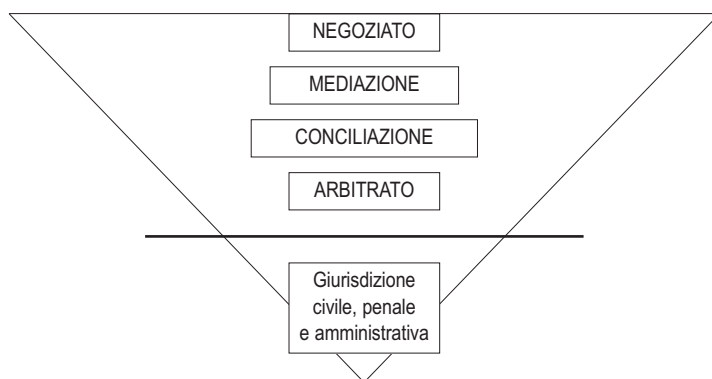


Figura 1.1

I diversi gradi di coinvolgimento giuridico delle ADR

- il negoziato;
- la mediazione;
- la conciliazione;
- l'arbitrato.

IL NEGOZIATO

Il negoziato – parola che designa l'interazione tra soggetti per la gestione di un *negozio*, vale a dire di un affare o una contrattazione – è adatto a quei casi di trattative tra parti in conflitto, in cui l'obiettivo primario non sia tanto la soddisfazione dei bisogni, quanto la salvaguardia degli interessi dei soggetti coinvolti e di quelli più generali della società civile; è bene precisare inoltre che la procedura e i suoi effetti non sono regolati da alcuna legge.

Il negoziato è utilizzato, ad esempio, dagli organi di polizia o da altre forze dell'ordine e organismi politici per risolvere conflitti che potrebbero evolversi negativamente, con il coinvolgimento di ostaggi, popolazioni e governi.

L'esperienza e la professionalità dei negoziatori è molto simile a quella dei mediatori e le tecniche psicologiche utilizzate risultano affini.

Un negoziato può anche concludersi con accordi e patti scritti, specialmente nei paesi anglosassoni, dove non vi è l'obbligo dell'esercizio dell'azione penale da parte dei pubblici ministeri.

LA MEDIAZIONE

Nella mediazione risulta invece fondamentale la presenza di una terza figura esterna – il cosiddetto *mediatore* – capace di guidare le parti verso la definizione di un accordo soddisfacente per entrambe.

Ritenuto al di sopra delle parti, il mediatore non ha la funzione di emettere valutazioni o decisioni in merito alla controversia, bensì quella di fornire un servizio professionale di assistenza e moderazione tra le parti; risulta fondamentale a tale scopo non tanto la competenza nella materia del disaccordo, quanto la padronanza delle tecniche di mediazione.

LA CONCILIAZIONE

La conciliazione nasce come strumento di risoluzione alternativo applicato, di norma, a questioni relative alle controversie in materia di lavoro e alla tutela dei consumatori; di fatto, però, la tendenza attuale prevede che questa procedura venga utilizzata anche in tutte le cause civili e commerciali.

L'ARBITRATO

L'arbitrato prevede che le parti coinvolte in una controversia si rivolgano non ai giudici, ma a un terzo soggetto, detto *arbitro* (o *collegio arbitrale* nel caso in cui sia più di uno). Compito di questa figura privata, autonoma e competente è l'emissione finale di una decisione vincolante (lodo).

Esso è regolato da disposizioni di legge sia nei suoi aspetti procedurali, che nell'efficacia del suo risultato.

1.2. LE CARATTERISTICHE PRINCIPALI DELLA PROCEDURA DI MEDIAZIONE

Esaminiamo quali sono le caratteristiche tipiche di questa procedura, al di là di quelle che poi sono le norme di legge che eventualmente la regolano.

Innanzitutto, occorre che le parti siano d'accordo nel voler cercare una soluzione alternativa al ricorso giurisdizionale della controversia insorta tra loro, affidandosi a un terzo neutrale e indipendente.

È essenziale che la procedura di mediazione sia, come si dice, *nella assoluta disponibilità delle parti*; ciò significa che le stesse ne stabiliscono le regole, i tempi e possono interromperla in ogni momento, senza che questo sia di alcun pregiudizio. Occorre precisare inoltre che il tentativo di mediazione – portato a termine con successo o meno – non impedisce alle parti il successivo ricorso alla giurisdizione ordinaria, a meno che le stesse non l'abbiano preventivamente esclusa, o la legge disponga diversamente.

In aggiunta a quanto detto, la procedura dovrebbe avere la

caratteristica della assoluta riservatezza², sia per quanto riguarda il mediatore – tenuto a non rivelare a chicchessia quanto appreso durante gli incontri con le parti (infatti non può essere chiamato a testimoniare, o riferire anche in successivi giudizi, su tali notizie e informazioni) – sia per quanto riguarda le parti stesse (e i loro consulenti) che non devono poter utilizzare quanto emerso negli incontri in successivi giudizi.

La mediazione deve avere come scopo principale quello di giungere a un accordo conciliativo (al di là della forma) che soddisfi entrambe le parti; proprio in questo senso differisce da una transazione³, da un compromesso o da una decisione di diritto⁴.

Al mediatore intervenuto nella controversia si può – ma questo non è un obbligo né un dovere – chiedere che proponga una soluzione, che deve emergere dall'incontro delle parti, opportunamente guidate dal terzo⁵.

Chiaramente la mediazione non deve essere fine a se stessa, risultando tanto più vantaggiosa quanto più la soluzione del conflitto ha una ricaduta positiva nel prosieguo dei rapporti tra le parti.

Infine, è quasi inutile dire che la mediazione deve essere svolta in tempi ragionevolmente brevi.

Tutte le caratteristiche fin qui elencate rappresentano il nucleo essenziale perché la procedura adottata possa essere definita una mediazione rivolta alla conciliazione; regolamenti procedurali e norme di legge non dovrebbero prescindere quindi da ciò, inficiando sul nascere lo scopo e l'oggetto della procedura.

Riepilogando quanto esposto, la mediazione deve possedere caratteristiche che la rendano:

- non *avversariale*;
- volontaria;

² Il concetto di riservatezza verrà approfondito in seguito.

³ La transazione è regolata dagli articoli 1965 e seguenti del codice civile: “La transazione è il contratto con il quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già cominciata o prevengono una lite che può insorgere tra di loro [...]”.

⁴ La decisione di diritto tipica è il lodo arbitrale.

⁵ Si distingue, infatti, la mediazione facilitativa, nella quale si sfruttano le sole attitudini maieutiche del mediatore, da quella valutativa, nella quale si richiede al mediatore anche una capacità ed esperienza professionale in materia giuridica o economica, perché formuli una proposta di accordo tecnico.

- cooperativa;
- veloce;
- creativa;
- riservata;
- autocompositiva;
- autonoma;
- diretta da un terzo neutrale;
- imparziale.

Nel momento in cui si dà inizio alla procedura, dovrà essere chiaro alle parti e a chi eroga il servizio che:

- l'istituto della mediazione rivolta alla conciliazione prescinde dall'individuazione del torto e della ragione, mentre deve cercare di individuare gli interessi delle parti e tendere al soddisfacimento dei loro bisogni;
- il conciliatore, a differenza di un giudice o di un arbitro, dovrà concentrarsi sugli elementi che stanno alla base del disaccordo: le emozioni delle parti, le paure e le aspettative, gli interessi, le posizioni di principio;
- in conciliazione possono essere utilizzati anche incontri separati (i cosiddetti *private caucuses*)⁶, per far sì che le parti si sentano più libere di esprimere il proprio parere sulla questione e confidare ansie, paure e possibili soluzioni;
- è possibile sia *inventare* la soluzione, fuori da ogni schema, che *allargare la torta negoziale*, come ben illustrato dall'esempio di Raiffa⁷:

Le situazioni negoziali fondamentali sono la situazione negoziale distributiva e la situazione negoziale integrativa, corrispondenti rispettivamente ad un gioco a somma zero ed ad un gioco a somma positiva. Raiffa, per illustrare la strategia distributiva, ossia una situazione a somma zero, utilizza una metafora molto pertinente, quella della torta da dividere tra i vari contendenti: la fetta che andrà a uno sarà inevitabilmente sottratta a un altro.

⁶ Il termine *caucuses* significa *riunioni ristrette*.

⁷ L'esempio di Raiffa è tratto dalla tesi di Mariani M., *Il dilemma del negoziatore: strategia integrativa o strategia distributiva? Approccio cooperativo o approccio competitivo*, Università degli Studi di Pavia, 2003.