

**INDICE**

<b>PRESENTAZIONE</b>	<b>9</b>
<i>(dell'avv.to Carlo Penna, Presidente dell'As-connet)</i>	
<b>INTRODUZIONE</b>	<b>10</b>
Adottare la conciliazione stragiudiziale	12
<b>PREMESSA</b>	<b>16</b>
<i>(terminologica)</i>	
<b>I - PANORAMICA SULLA MEDIAZIONE</b>	<b>21</b>
I.1 - Le caratteristiche principali della procedura di mediazione	25
I.2 - Vantaggi e svantaggi	29
I.3 - La riservatezza	30
I.4 - La conciliazione amministrata	33
I.5 - ODR (on line dispute resolution)	37
I.6 - Una sfida per gli avvocati	40
I.6.1 - Valutare gli aspetti generali	43
I.6.2 - Le regole d'oro	45
I.6.3 - Le scuse	46
<b>II - IL CONFLITTO</b>	<b>49</b>
II.1 - Fisiopatologia del conflitto	50
II.2 - Gli opposti	56
II.3 - Il controllo delle controversie	60
II.4 - La comunicazione	61
II.4.1 - La domanda sta nella risposta (!)	61
II.4.2 - Conversando	62
II.4.2/1 - Invece di...	63
II.4.2/2 - "Le parole che non ti ho detto"	65
II.4.3 - Ascoltare	66
II.4.4 - La comunicazione non verbale	67
II.4.5 - Altre forme di comunicazione non verbale	69
<b>III - PRINCIPI E TECNICHE</b>	<b>71</b>
III.1 - Procedura – forma – stile	72
III.2 - Problemi comportamentali delle parti	82
III.3 - Gli incontri separati	89
III.4 - La prova della realtà	90
III.5 - La figura professionale del mediatore	92

III.5.1 - Pubblico ufficiale	93
III.5.2 - Il segreto professionale	95
III.6 - La scelta del conciliatore	98
III.7 - Vademecum del conciliatore	99
III.8 - L'informazione (Viaggiare informati!)	102
III.8.1 - Capire se la comunicazione è falsa o ingannevole	103
III.8.2 - L'impasse	103
III.9 - Tenere distinti i fatti dalle persone	106
III.10 - Scomporre gli elementi del conflitto	...108
<b>IV - ENTI ED ORGANISMI</b>	
<b>(di amministrazione della conciliazione e della formazione)</b>	<b>111</b>
IV.1 - Gli obblighi	111
IV.2 - Il registro	114
IV.2.1 - Faq	120
IV.3 - Gli interventi previsti dalla legge 69/2009	124
IV.4 - Gli enti abilitati a tenere corsi di formazione	125
IV.4.1 - L'elenco	127
IV.4.2 - Faq	131
IV.5 - I criteri di formazione	134
IV.5.1 - Gli standard Unioncamere	135
<b>V - L'ORGANIZZAZIONE INTERNA</b>	<b>137</b>
V.1 - Le funzioni della segreteria	137
V.2 - L'incarico al conciliatore	138
V.2.1 - Alcuni adempimenti amministrativi a carico del conciliatore	138
V.3 - La qualità del servizio	139
V.4 - La gestione dei dati e l'archiviazione	139
V.5 - Il sito web	140
V.6 - La pubblicità	141
V.7 - La formazione "continua"	142
V.7.1. - I corsi formativi	143
<b>VI. - ALTRI ISTITUTI E FORMULE DI MEDIAZIONE</b>	<b>147</b>
VI.1 - L'arbitrato	147
VI.2 - Arbitraggio e perizia	151
VI.3 - La mediazione penale	153
VI.4 - La mediazione familiare	161
<i>(a cura dell'avv.to Carlo Penna, curatore speciale di minori presso il tribunale dei minori di Napoli)</i>	
VI.5 - La mediazione nel rapporto di lavoro	167
VI.5.1 - La mediazione sul posto di lavoro	168
VI.5.2 - Ombudsman aziendale e interaziendale	169
VI.6 - La mediazione bancaria	171
VI.7 - La mediazione tributaria	173
VI.8 - La mediazione con la Pubblica Amministrazione	176
VI.8.1 - Conciliazione tra la Pubblica Amministrazione e i suoi dipendenti	178

VI.9 - Il mediatore europeo	180
<b>APPENDICI</b>	<b>183</b>
<b>APPENDICE A:</b>	
Le principali norme di riferimento	184
<b>APPENDICE B:</b>	
L'associazione per la soluzione delle controversie As-connet	231
b1. Regolamento; tariffa; codice deontologico	233
<b>APPENDICE C:</b>	
Il libro verde della Comunità Europea	242
<b>APPENDICE D:</b>	
L'ADR nel resto del mondo	245
d1 – L'esperienza degli altri Paesi	246
d2 – L'armonizzazione delle norme in campo internazionale	247
<b>APPENDICE E:</b>	
L'analisi transazionale	251
Teoria dei giochi	256
<b>APPENDICE F:</b>	
Studi e dati sull'ADR in Italia	259
<b>APPENDICE G:</b>	
Formulario	
g1- la domanda	262
g2 - il verbale	265
g3 - la procedura Odr (informativa tecnica)	267
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	<b>271</b>

## PRESENTAZIONE

*(dell'avv.to Carlo Penna, Presidente dell'As-connet)*

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

*Il mondo della mediazione (rivolta alla conciliazione) è vasto ed affascinante.*

*Abbraccia principi giuridici, tecniche specifiche, elementi di sociologia e di psicologia.*

*Nell'esperienza quotidiana del rapporto con i clienti, il professionista (avvocato, dottore commercialista, lo stesso magistrato) utilizza alcune tecniche di approccio, di conversazione, di proposizione di soluzioni, che incontrano i suddetti campi.*

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

*Alla fine se si raggiunge un risultato, senza passare per le forche caudine dei dispendiosi (in termini di denaro e ancor più di tempo) procedimenti giurisdizionali, si acquisisce la riconoscenza del cliente, la stima dell'avversario, la soddisfazione personale di aver raggiunto un buon risultato con economia di mezzi e di tempi.*

*L'autore di questo libro ha abbracciato con passione l'onere di produrre del materiale sull'argomento con due precisi obiettivi: l'uno di raccogliere il materiale (giuridico e tecnico), in maniera che chi fosse interessato non debba ricavarlo da fonti diverse e disperse; l'altro di guidare passo passo, sia il cittadino, sia l'operatore del settore, a compiere, quando si trova ad affrontare un conflitto o una controversia, una scelta, sicuramente diversa da quella alla quale è abituato, in maniera consapevole, meditata, sfruttando tutte le possibilità delle ADR: dalla mediazione all'arbitrato.*

*L'impatto sociale delle scelte del legislatore, che vuole inserire la mediazione (rivolta alla conciliazione) quale strumento privilegiato per alleggerire il carico dei tribunali e offrire una maggiore e più efficiente giustizia (alla quale il principio più volte ribadito del “giusto processo” non ha dato le risposte che ci si aspettava), sarà rilevante.*

*Però, non produrrà gli effetti sperati se gli operatori del settore non ne condideranno il principio, apprendendone le tecniche, e anche i cittadini e i manager d'azienda non spingeranno il loro consulenti a sperimentare tali strade.*

*Negli altri paesi, dove i tribunali sono altrettanto intasati e i costi delle consulenze sono elevatissimi, sono stati proprio i clienti degli studi professionali a esercitare la maggiore pressione affinché si sperimentassero le strade alternative.*

*Questo libro dovrebbe coinvolgere tutti nell'entusiasmo e nel convincimento dell'autore che questa è la strada da percorrere.*

*Agosto, 2009*

*Avv.to Carlo Penna*

## **INTRODUZIONE**

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

E' fatta! La mediazione ha piena “cittadinanza” anche in Italia.

Con la recente legge del giugno 2009 (n. 69/2009)<sup>1</sup> 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 (conciliazione societaria), l'esperienza di altri paesi, e di dare una risposta, efficace ed efficiente, al bisogno di giustizia dei cittadini, mortificata dalla lentezza dei procedimenti giurisdizionali e dal costo degli stessi.

Per soddisfare queste esigenze sono state individuate due strade:

- la prima quella della semplificazione del processo civile (di cui non ci occupiamo in questo lavoro);
- l'altra di canalizzare **la soluzione delle controversie, civili e commerciali, verso istituti e procedure alternative al ricorso alla giustizia dei Tribunali.**

Per ottenere il secondo scopo il legislatore ha ritenuto opportuno affidarlo a “*organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione*”, in maniera da sollevare, almeno in parte, i Tribunali dall'affanno del numero enorme di procedimenti.

La mediazione è un sistema che ha già largo sviluppo nel resto del mondo. Negli Stati Uniti non solo l'hanno adottata per rendere la giustizia meno onerosa in termini di tempi e di costi ma ne hanno elaborato principi e tecniche.

In attesa che il Governo emani i decreti di attuazione, sulla base dei principi della delega che gli è stata affidata, riteniamo che bisogna incominciare a prepararsi a raccogliere quella che è una vera e propria sfida.

Infatti, gli ostacoli che si frappongono ad un largo utilizzo della mediazione sono di vario genere:

---

<sup>1</sup> *In Appendici normative*

- la non abitudine degli operatori del settore (avvocati, dottori commercialisti, magistrati) a pensare che possano esistere valide alternative al contenzioso giurisdizionale,
- la mentalità degli stessi operatori, ma anche dei cittadini, i quali ritengono che le controversie possano avere solo soluzioni win/lose e non anche 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, se pure hanno il vantaggio dei minor tempi e dei minor costi, possono essere gestite da soggetti non qualificati o almeno non qualificati tanto quanto i magistrati di carriera.

Per queste ragioni ci siamo prefissi lo scopo di:

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

Quest'ultimo punto, a nostro parere, è quello più stimolante ed affascinante.

Molti professionisti, nel trattare con la propria clientela (o con gli avversari) usano anche tecniche di approccio transazionale ma, in gran parte, lo fanno inconsapevolmente, in base alla loro esperienza senza, quindi, un preciso bagaglio culturale.

Il fatto è che, dietro i conflitti che danno luogo alle controversie, non ci sono solo i fatti ma anche le emozioni, i bisogni, gli interessi 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 vuole ottenere lo scopo di conciliare le parti, deve prima di tutto essere in grado di distinguere e far distinguere le persone dai fatti.

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

Tutto questo si impara studiando – e verificando continuamente – le tecniche di mediazione.

La formazione è purtroppo carente. Poche sono le Università che hanno nei piani di studio delle facoltà di Giurisprudenza, di Economia o di Sociologia corsi sulla mediazione.

Se non ci sono – per il momento – adeguate scuole formative, la “sfida” della mediazione rivolta alla conciliazione può essere raccolta solo attraverso un percorso “fai da te”, che con questo lavoro si intende aiutare a seguire.

#### **ADOTTARE LA CONCILIAZIONE STRAGIUDIZIALE**

. .....

### **PREMESSA (terminologica)**

*Ne puote più la lingua che la spada*

Le convenzioni (linguistiche, ma più in generale quelle che servono ad una vita di relazione, sono importantissime.

Nella vita di relazione le parole hanno un peso non indifferente.

In ogni lingua i vocaboli hanno un significato ed un significante<sup>2</sup>, e spesso la dicotomia tra i due genera difficoltà relazionali, se non addirittura incomprensioni e conflitti.

E' importante, quindi, quando ci si relaziona con "un altro da sé", determinare, quanto più possibile, il significato (il peso) che si intende dare alle parole (ed alle espressioni verbali).

Poiché quello che trattiamo in una procedura di mediazione è principalmente un "disaccordo" tra le parti, non basta solamente rilevare i fatti che, presumibilmente, lo hanno originato ma anche il tipo di informazioni verbali (poi vedremo anche quelle non verbali), che le parti si sono scambiate, originando o aggravando il conflitto.

---

<sup>2</sup> È merito di de Saussure l'aver definito il segno linguistico come l'unione di un significante e di un significato. Per significante si intende la produzione verbale, quell'insieme di suoni che hanno la proprietà, per coloro che parlano quella lingua, di richiamare un certo significato.

Più difficile definire il significato in quanto esso si correla al concetto, all'oggetto, al fenomeno, o ad altro che il significante indica.

Inoltre il significato di una parola dipende dal soggetto psicologico e dalla lingua stessa; l'oggetto non è un "in sé", ma dipende dal soggetto che ne prende coscienza-conoscenza.

Il soggetto è condizionato dalle proprie strutture emotive e cognitive, la lingua è determinata dalle scelte del soggetto e della comunità a cui l'individuo appartiene e determina, per molti aspetti, l'organizzazione logica del mondo concettuale.

È quindi più corretto, in linguistica, definire il significato come "significato verbalmente elaborato" piuttosto che usare come punto di riferimento il concetto, l'oggetto, l'azione o la relazione; il significato è quella parte di realtà extra-linguistica a cui un certo significante fa riferimento.

Se si considera un segno linguistico si nota che esso possiede due aspetti: l'immagine acustica (cioè i suoni in successione che lo compongono) e il concetto che esso esprime. Al primo si dà il nome di significante e al secondo di significato. Il legame che unisce il significato al significante è arbitrario ed ha una motivazione storica.

Un segno linguistico si può paragonare ad una banconota. Il significante è il rettangolo di carta di una certa dimensione, con certe immagini e con certi colori, il significato è il valore (in oro o in merci) che viene attribuito a tale rettangolo di carta. Il legame tra il rettangolo di carta e un determinato valore è arbitrario: cioè non ha una motivazione logica, ma dipende da una convenzione.

in [http://it.wikipedia.org/wiki/Lingua\\_\(idioma\)](http://it.wikipedia.org/wiki/Lingua_(idioma))

Se il disaccordo nasce tra soggetti appartenenti a culture diverse, tale tipo di informazioni può avere un significato ancora più rilevante.

Quindi, prima di iniziare a trattare la materia, è opportuno fare una premessa terminologica su alcune parole adoperate in questo contesto.

### CONCILIAZIONE – MEDIAZIONE

Il legislatore italiano, nelle ultime disposizioni di legge riguardo la materia (art. 60 legge 69/2009), utilizza sia il termine mediazione che conciliazione.

Si legge, all’inizio: “Il Governo è delegato ad adottare, ... uno o più decreti legislativi in materia di **mediazione e di conciliazione** in ambito civile e commerciale” e subito dopo: “Nell’esercizio della delega di cui al comma 1, il Governo si attiene ai 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;
- b) prevedere che **la mediazione** sia svolta da organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all’erogazione del **servizio di conciliazione**”.

Sembra quindi che i due termini abbiano lo stesso significato e siano intercambiabili.

La **conciliazione** non può essere altro che il risultato finale di una “**mediazione, finalizzata alla conciliazione**” e va esercitata da organismi “*professionali e indipendenti, stabilmente destinati all’erogazione del servizio di conciliazione*”.

Nei codici, e nella maggior parte delle altre leggi sulla materia, quando si parla di soluzioni alternative delle controversie (endoprocessuali o stragiudiziali) l’uso del termine conciliazione è privilegiato rispetto a quello di mediazione, quasi a voler tenere ben distinto il concetto di mediazione quale attività esercitata dal mediatore di cui agli artt. 1754 e segg. del codice civile.<sup>3</sup>

Eppure il termine mediatore-mediazione – non più sotto il profilo commerciale – ha cominciato a trovare una sua cittadinanza, tant’è che viene

---

<sup>3</sup> Art. 1754 c.c. Mediatore. E' mediatore colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza.

adoperato per la mediazione familiare o penale, o per le figure dei mediatori creditizi o assicurativi (gli ex agenti di assicurazione).

In questo lavoro, nel trattare la materia sia sotto il profilo teorico che pratico, intendiamo sempre parlare di mediazione (e di mediatori) perché chi si ripropone di svolgere questa delicata professione deve essere, e prima di tutto sentirsi, un mediatore (professionale), cioè colui che in base alla sua esperienza, professionalità e capacità maieutica riesce a produrre una conciliazione tra le parti.

### **PROCEDURA – PROCESSO (DI MEDIAZIONE)**

Altra questione è la definizione del complesso di attività poste in essere dal mediatore per ottenere che le parti (in conflitto) raggiungano un accordo conciliativo.

La procedura è senz'altro quella formale, necessaria a stabilire un incontro tra le parti.

Può essere regolata da norme di legge e costituisce una necessaria attività dell'amministrazione degli enti/organismi che offrono il "servizio di conciliazione".

Come vedremo, la corretta procedura è di fondamentale importanza per ottenere un buon risultato.

Il processo di mediazione è invece quanto pone in essere il mediatore per raggiungere lo scopo.

E' un sistema formale e sostanziale di approccio con le parti e di gestione sia del conflitto tra di loro, sia di ciò che sta dietro il conflitto.

Negli Stati Uniti viene usato l'acronimo ADR "alternative dispute resolution".

Lo useremo – insieme a ODR<sup>4</sup> – per comodità, e per indicare tutto ciò che attiene ai vari procedimenti per la soluzione alternativa (al processo giurisdizionale) delle controversie.

---

<sup>4</sup> *Nel caso la procedura possa essere portata a termine mediante teleconferenze o altri strumenti telematici l'acronimo americano è ODR (on line dispute resolution.)*