

ASSOCIAZIONE DEI DOTTORI
COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI
CONTABILI DELLE TRE VENEZIE

LA MEDIAZIONE
COME STRUMENTO
PER LA GESTIONE
DEI CONFLITTI

IL RUOLO DEI
COMMERCIALISTI

A CURA DI CARLO MOSCA

TIAKI PUBL 2015

Proprietà letteraria riservata

Copyright © 2015 Tiaki s.r.l. – Treviso (Italia)

ISBN 978-88-_____

Prima edizione it.: 2015

I diritti di traduzione, memorizzazione elettronica, riproduzione e adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (inclusi microfilms e foto fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Le riproduzioni possono avvenire solo previo assenso scritto da parte di Tiaki s.r.l. via Alzaia, 5 - 31100 Treviso (Italia)
info@tiaki.com www.adrquadra.com

Stampato in Italia – Printed in Italy
Grafiche _____

SOMMARIO

SOMMARIO	7
RIFERIMENTI LEGISLATIVI	11
PREFAZIONE (MICHELA COLIN).....	17
INTRODUZIONE (CARLO MOSCA)	21
CAPITOLO 1. LA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE: UN'ESTERNALITÀ POSITIVA PER TUTTA LA CATEGORIA (ALESSANDRO MOTTA E SILVIA CHINELLATO).....	27
La mediazione come nuova specializzazione per il professionista.....	30
La mediazione come strumento alternativa per la risoluzione delle problematiche conflittuali che si presentano in studio.....	33
La mediazione come esternalità positiva.....	36
CAPITOLO 2. MEDIAZIONE E MEDIAZIONI (CARLO MOSCA)	41
Il fenomeno mediazione	41
Evoluzione della mediazione.....	43
Modelli di mediazione	46
<i>La mediazione 'valutativa'</i>	46
<i>La mediazione 'facilitativa'</i>	47

<i>La mediazione ‘trasformativa’</i>	50
Scelta fra modelli diversi.....	51
CAPITOLO 3. UTILITA’ DELLA	
MEDIAZIONE (CARLO MOSCA).....	55
È utile la mediazione?	55
<i>Varie opinioni a favore</i>	56
<i>Le tesi contro l’utilità della mediazione</i>	59
Conclusioni	61
CAPITOLO 4. NORMATIVA ITALIANA DI	
RIFERIMENTO (ANTONIO NASCIMBEN).....	65
Premesse	65
Evoluzione normativa nel panorama nazionale.....	66
La disciplina della mediazione in Italia a	
seguito della direttiva 2008/52. I principali	
aspetti del d.lgs. 28/2010.....	70
Il decreto “Decreto del Fare”: le principali	
novità in sintesi.....	73
CAPITOLO 5. IL RUOLO DEL	
COMMERCIALISTA COME CONSULENTE	
E MEDIATORE (VANESSA SPOLADORE).....	77
Il commercialista nel ruolo di consulente della	
parte in mediazione.....	78
Il commercialista nel ruolo di mediatore.....	83
CAPITOLO 6. IL “DECRETO DEL FARE” E LE	
PRINCIPALI NOVITA’ INTRODOTTTE NEL	
DECRETO 28/2010 (FABIO LEGGI).....	87
Le materie	87
<i>Risarcimento danni da circolazione di veicoli e</i>	
<i>natanti</i>	87
<i>Risarcimento danni da responsabilità medica e</i>	
<i>sanitaria</i>	89

Usucapione 89*Procedimenti di consulenza tecnica preventiva* 90

La mediazione delegata 91

La competenza territoriale 92

L'assistenza dell'avvocato 93

I termini di avvio e di conclusione del
procedimento 94

Il primo incontro di mediazione 95

L'efficacia esecutiva 97

Gli avvocati come 'mediatori di diritto' 98

CAPITOLO 7. L'OPPORTUNITÀ FISCALE
COME ULTERIORE SOLLECITAZIONE
ALL'ISTITUTO DELLA MEDIAZIONE

(LUCA SANTI) 99

Vantaggi in tema di imposizione indiretta 101

Vantaggi in tema di imposizione diretta 104

Persone fisiche non titolari di reddito d'impresa
o di lavoro autonomo 110Persone fisiche titolari di reddito d'impresa o di
lavoro autonomo 118

Società di persone 120

Società di capitali ed enti non commerciali 120

CAPITOLO 7. LA MEDIAZIONE

'OBBLIGATORIA' (JACOPO MOSCA) 125

Introduzione 125

L'art. 5 del d.lgs. 28/2010 127

Le cc.dd. "materie obbligatorie" 133

Controversie in materia di condominio 136

Controversie in materia di diritti reali 138

Controversie in materia di divisione 139

Controversie in materia di successioni ereditarie. 140

Controversie in materia di patti di famiglia 141

Controversie in materia di locazione, comodato, affitto di aziende	141
Controversie in materia di risarcimento del danno da circolazione	142
Controversie in materia di contratti assicurativi, bancari, finanziari	144
<i>Le ragioni dell'obbligatorietà del tentativo di mediazione ai sensi dell'art. 5, d.lgs. 28/2010</i>	146
Analisi dell'obbligatorietà del tentativo in relazione agli articoli 24 e 77 della Costituzione e all'art. 6 della Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo	155
APPENDICE NORMATIVA	181
PROFILI DEGLI AUTORI	229

INTRODUZIONE (Carlo Mosca)

L'introduzione in Italia qualche anno fa di una prima normativa organica a disciplina della mediazione¹, ha registrato contrastanti reazioni, sia da parte dei pochi che da tempo ne avevano dimestichezza e l'apprezzavano (vuoi come mediatori che come fruitori del servizio), sia da parte di chi ne aveva avuto negativa esperienza e la percepiva come una minaccia o come minimo cosa inutile.

A molti dei primi, l'impianto decisamente restrittivo adottato dal legislatore italiano (aggravato ulteriormente del Ministero della giustizia grazie alle norme regolamentari da questo emanate²) ha dato francamente fastidio. Non si sentiva il bisogno di rinchiudere la mediazione in una tale camicia di forza, laddove in

¹ Si tratta del d.lgs. 28/2010 (riprodotto in Appendice), un provvedimento inteso implementare la delega di cui alla l. 69/2009, a sua volta attuativa della dir. 2008/52.

² In part. d.m. 180/2010 (riprodotto in Appendice).

fondo sarebbe bastata una norma che esplicitamente garantisse la confidenzialità e la non utilizzabilità di quanto le parti si scambiano in corso di mediazione (aspetti in precedenza difficilmente ricavabili dai principi generali). Altri hanno trovato tollerabile la situazione, considerato anche che essa, in fondo, ricalcava pedissequamente lo schema, risalente di qualche anno anche se non con grande fortuna, della 'conciliazione societaria' adottata a seguito delle riforme in materia del 2003³. Tutti, comunque, non han potuto che rallegrarsi del fatto che, finalmente, la mediazione – da quel gigante dormiente che era - pareva svegliarsi. Si aprivano prospettive di mercato del tutto nuove sia per gli organismi di mediazione, che per i formatori; nonché prospettive di lavoro interessanti per coloro che desiderassero praticare come i mediatori. Il 2011 è stato un anno particolarmente intenso per quanto ha riguardato la preparazione a tale nuova attività: centinaia di corsi di formazione di base sono stati realizzati (spesso più male che bene) in tutta Italia ed un esercito di riserva di mediatori è stato velocemente approntato, anche se, in tipico stile nostrano, il vestiario e le munizioni han lasciato spesso a desiderare.

³ d.lgs. 5/2003.

Per molti dei secondi (i detrattori), invece, l'introduzione della mediazione è stata fattore di reazione rabbiosa di rigetto. Molti colleghi avvocati, complice anche la non felice congiuntura economica, hanno visto la mediazione come un pericoloso attacco al monopolio tradizionalmente esercitato nella gestione di una controversia. Altri hanno avuto, nella chiara impreparazione di molti mediatori improvvisati, la lampante dimostrazione della fondatezza delle loro perplessità quanto ad un istituto nuovo, poco conosciuto e dal profilo incerto. Nulla di nuovo sotto il sole, si badi. Nella patria della moderna mediazione, gli Stati Uniti, già trent'anni fa c'era chi paventava che l'acronimo ADR (che sta per Alternative Dispute Resolution e comprende gli strumenti alternativi di gestione dei conflitti, tra i quali la mediazione) in realtà doveva leggersi Alarm, Drop in Revenue! cioè "Attenzione! Qui calano gli affari!".

Com'è andata, lo sappiamo. Dopo pochi mesi di incoraggiante attività sospinta dall'obbligatorietà del mediazione (rectius, la qualificazione di condizione di procedibilità dell'esperimento in un tentativo di mediazione per una serie, invero limitata, di cause civili), la stoltezza del nostro governo (l'aver previsto tale obbligatorietà in un decreto legislativo, al di fuori delle previsioni della relativa legge delega) ha condotto ad una declaratoria d'incostituzionali-

tà proprio di tale fattore propulsivo, con il blocco di fatto dell'attività e conseguente doccia fredda delle aspirazioni di tanti, in primis proprio coloro che pensavano di aprirsi ad una nuova attività professionale, magari in parallelo con quella che normalmente svolgevano.

Poi la macchina è ripartita. Il governo Letta ha rimesso formalmente le cose a posto con il c.d. "decreto del fare" dell'estate 2013⁴, dando però un colpo al cerchio (i fautori della mediazione) ed uno alla botte (i detrattori) con conseguente ulteriore appesantimento della normativa. Vedremo nei prossimi anni come si svilupperà il fenomeno sperando che le cose restino (almeno) come sono oggi: un'obbligatorietà, seppur depotenziata ed a termine; una maggiore sostanziale flessibilità del procedimento che permette di realizzare mediazioni di qualità a dispetto di ogni tentativo dei burocrati ministeriali di ricondurla nell'alveo di un procedimento 'ben regolato' (quasi fosse una causa); uno stuolo di aspiranti mediatori che, a dispetto di coloro che hanno abbandonato ogni speranza, sono ancora intenzionati a raffinare le proprie capacità e promuovere l'utilizzo di uno strumento in cui credono.

⁴ D.l. 69/2013.

Questo lavoro raccoglie i contributi di alcuni autori che da tempo interpretano la mediazione nel modo più appassionato e mi auguro possa esser utile a coloro ai quali è essenzialmente destinato: i commercialisti, per i quali è stato realizzato su iniziativa della loro Associazione delle Tre Venezie, di cui mi onoro di essere il responsabile scientifico per i programmi di formazione e consulente in genere per l'attività da poco avviata come organismo di mediazione.

Credo che i commercialisti abbiano da subito percepito l'importanza della mediazione, come strumento da consigliare ai loro clienti ed anche come possibile attività da curare personalmente. Al di là degli incidenti di percorso cui sopra accennavo, vorrei rassicurarli che in effetti, se così è, non hanno visto male. Nella veste di consulente, il commercialista è spesso nella miglior posizione per poter consigliare ai suoi clienti una metodologia d'approccio al conflitto veramente innovativa. I clienti non potranno che esser loro grati. Ed anche come possibile mediatore, il commercialista ha tutte le caratteristiche per poter far bene. Certo non bastano le 50 ore che la legge oggi prevede come minime per un corso-base: sono sin troppe per apprendere le nozioni iniziali, ma occorrono anni di esperienza per poi arrivar a dire di essere esperti mediatori. Ma se non si comincia

a camminare non si arriva mai da nessuna parte.

Buona lettura

Carlo Mosca

gennaio 2015