

UN VANTAGGIO SOCIALE E COMPETITIVO

# *la* MEDIAZIONE

Trimestrale di cultura della prevenzione e risoluzione dei conflitti

## OSSERVATORIO ADR

*un'iniziativa del*

FORUM NAZIONALE DEI MEDIATORI

*Inaugurazione Anno della Mediazione 2013-2014*

Sala Capitolare del Senato della Repubblica  
Roma 19 settembre 2013



---

UN VANTAGGIO SOCIALE E COMPETITIVO

# la MEDIAZIONE

Trimestrale di cultura della prevenzione e risoluzione dei conflitti

---

## PERCHÉ È NECESSARIA LA RIVISTA la MEDIAZIONE

1. **Perché** fornisce una completa informazione su tutte le materie che interessano i mediatori, i formatori, gli organismi di mediazione e gli enti di formazione.
2. **Perché** è un prezioso organo di collegamento fra il mercato e la Vostra realtà, fra il diritto e la pratica. Tutte le materie vengono trattate in funzione dei loro aspetti applicativi e delle problematiche che devono essere affrontate quotidianamente. Inoltre il taglio interdisciplinare offre nuovi elementi di informazione e documentazione e apre nuove frontiere di pensiero e di manovra.
3. **Perché** ogni tre mesi pubblica articoli su argomenti economico-aziendali e giuridico-fiscali ed inoltre dà notizia dei più importanti provvedimenti normativi e giurisprudenziali.
4. **Perché** in ogni numero saranno riportati dati sul mercato della mediazione.
5. **Perché** è la prima e unica rivista indipendente del settore.
6. **Perché** è la prima e unica rivista ad avere un comitato scientifico indipendente.

*Ed inoltre*

7. **Perché** sui numeri della rivista troveranno spazio supplementi di approfondimento sulla mediazione curati da esperti del settore.

*Ed anche*

8. **Perché** con l'abbonamento 2013 il **1° ANNUARIO degli Organismi di Mediazione ed Enti di Formazione**.

### Come abbonarsi:

- ▶ Visitando il nostro sito **www.rivistalamediazione.it** e seguendo le indicazioni riportate nella sezione Abbonamenti.
- ▶ Inviando un'e-mail a: **abbonamenti@rivistalamediazione.it** comunicandoci i Suoi dati (nome, cognome, indirizzo fiscale, luogo di spedizione, codice fiscale e partita iva) ed allegando la ricevuta di pagamento dell'abbonamento.
- ▶ Inviando un fax come da modello in terza di copertina.

**EDITORIALE** di Marco Ceino 2

*Numero Speciale • Settembre 2013  
a cura della dott.ssa Francesca Tempesta*

**la MEDIAZIONE • Osservatorio ADR & Cultura della Mediazione**

Osservatorio ADR: Laboratorio di analisi per favorire la diffusione della cultura della mediazione

PARTE 1 • Scopo ed attività dell'Osservatorio ADR di Francesca Falvo 3

PARTE 2 • Gli effetti della Mediazione. Uno strumento capace di migliorare la nostra società di Giuseppina de Aloe e Alessio Bellanza 4

**la MEDIAZIONE • Osservatorio ADR & Formazione del Mediatore**

Mediatore: la ricerca alla base della formazione continua di qualità di Francesca Tempesta 6

**la MEDIAZIONE • Osservatorio ADR & Conflitto**

Osservatorio ADR: Metodi di risoluzione del conflitto a confronto di Giuseppina de Aloe 9

**la MEDIAZIONE • Osservatorio ADR & Mediazione Familiare**

Osservatorio Nazionale sulla Mediazione Familiare: un progetto innovativo ed ambizioso di Emanuela Palamà 12

**la MEDIAZIONE • Osservatorio ADR & Impresa**

Piccole e Medie Imprese italiane (PMI): la cultura della mediazione alla luce delle richieste di crescita, sviluppo ed occupazione di Vincenzo Lazzaro 14

Mediazione civile e competitività delle imprese italiane di Ivan Giordano 17

**la MEDIAZIONE • Osservatorio ADR & Servizi pubblici**

In tema di mediazione nei servizi pubblici di Piero Sandulli 19

**la MEDIAZIONE • Osservatorio ADR & Progetti**

SOS Media di Gianmario Battaglia 25

Osservatorio Regionale sulla mediazione di Gianmario Battaglia 27

**la MEDIAZIONE • Osservatorio ADR & Arbitrato**

Primi rilievi sulla costituzione delle Camere Arbitrali in seno agli Ordini Forensi di Mario Tocci 29

Caratterizzazione e rilevanza del ruolo del segretario del collegio arbitrale di Ilaria Patta 30

**DIRETTORE RESPONSABILE**

Dott. Marco Ceino  
direttore@rivistalamediazione.it

**COMITATO SCIENTIFICO**

Giuseppe Buffone, *magistrato*  
Monica De Rita, *Camera Arbitrale di Roma*  
Piero Sandulli, *docente di Diritto di procedura civile*  
Giancarlo Triscari, *magistrato*

**HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO**

Gianmario Battaglia, Alessio Bellanza, Giuseppina de Aloe, Francesca Falvo, Ivan Giordano, Vincenzo Lazzaro, Emanuela Palamà, Ilaria Patta, Piero Sandulli, Francesca Tempesta, Mario Tocci

**REDAZIONE**

Via Francesco Crispi, 36  
00187 Roma

Copyright © 2013

**Lombardo Editore**

www.lombardoeditore.it  
infolombardo@lombardoeditore.it

Proprietà della testata: Marco Ceino

Riservati tutti i diritti. Testi e immagini: vietata la riproduzione, anche parziale  
Autorizzazione del Tribunale di Roma n. 319/2012, 7.12.2012

Stampa: CdC Artigrafiche PG

## EDITORIALE

*La normativa sulla mediazione civile e commerciale decentra completamente lo svolgimento dei procedimenti di mediazione a soggetti terzi: gli organismi di mediazione. Il successo dell'applicazione della nuova normativa sarà determinato dalle condizioni di mercato in cui operano gli organismi. Il mercato della mediazione è caratterizzato dal ricorso alla mediazione (domanda) e dalla qualità della mediazione (offerta).*

*L'articolo 5, comma 1bis, del decreto legislativo n. 28 del 2010, alla luce della rivisitazione in sede di conversione del decreto legge del fare, che entrerà in vigore il 20 settembre 2013, in tema di mediazione come condizione di procedibilità prevede che "la disposizione ha efficacia per i quattro anni successivi alla data della sua entrata in vigore. Al termine di due anni dalla medesima data di entrata in vigore è attivato su iniziativa del Ministero della giustizia il monitoraggio di tale sperimentazione". Il monitoraggio è un'attività peraltro già prevista all'articolo 11 del decreto ministeriale 18 ottobre 2010 n. 180.*

*La MEDIAZIONE ha sempre riconosciuto alla raccolta e all'analisi dei dati statistici un ruolo di fondamentale importanza per il miglioramento delle strategie aziendali degli organismi di mediazione e dei comportamenti dei mediatori al tavolo. A tale riguardo aveva visto con favore la lodevole iniziativa ministeriale del Libro Verde di cui, al momento, non abbiamo ancora conosciuto i risultati.*

*L'indagine condotta dalla dottoressa Francesca Tempesta si inserisce bene in questo contesto. Lo studio infatti esamina i comportamenti dell'attività del mediatore attraverso la rilevazione e l'analisi di un questionario appositamente elaborato. Ciò ha rappresentato il punto di partenza dell'interessante intuizione nata con l'ambizioso progetto dell'Osservatorio ADR. Non posso che essere d'accordo con quanto detto dall'avvocato de Aloe nel suo articolo "un'analisi puntuale del fenomeno di diffusione della cultura della mediazione non può prescindere dalla osservazione degli effetti che tale fenomeno è in grado di generare in favore dei singoli cittadini, imprese e del sistema-Paese".*

*I lavori raccolti nella pubblicazione del numero speciale della rivista premono su un tasto che mi è molto caro: la diffusione trasversale della cultura della mediazione. Gli articoli qui pubblicati ne sono un esempio.*

MARCO CEINO

# **Osservatorio ADR: Laboratorio di analisi per favorire la diffusione della cultura della mediazione**

## **PARTE 1 • Scopo ed attività dell'Osservatorio ADR**

L'ideazione e la costituzione di un Osservatorio sulla mediazione nasce dall'esigenza di comprendere lo stato dell'arte nonché l'evoluzione del fenomeno mediazione con il fine ultimo di far conoscere l'esistenza di questo istituto e diffondere in tutti i settori della nostra società la cultura della pace.

Data la portata innovativa della mediazione, poiché essa si inserisce nel nostro ordinamento con il primario obiettivo di semplificare le relazioni tra le persone e rendere più agevole la risoluzione dei conflitti, emerge evidente come fondamentali siano le attività di studio ed analisi rivolte all'osservazione dei cambiamenti che saranno indispensabili per il radicamento di una cultura nuova orientata al dialogo.

Lo scopo è quello di osservare la mediazione e farla conoscere, mostrandone le peculiarità attraverso l'elaborazione di statistiche e l'analisi di alcuni casi pratici e di studio. La conoscenza di un fenomeno, attraverso la condivisione di dati ed informazioni, permette, infatti, di valutare eventuali criticità nonché punti di forza e consente di programmare strategie migliorative per il futuro.

L'Osservatorio vuole essere un punto di riferimento per gli operatori del settore mediazione e per quanti desiderano conoscere più da vicino tutto ciò che riguarda il mondo della mediazione. Realizzare un Osservatorio consentirà di rendere fruibili dati, report, statistiche non solo agli addetti ai lavori (organismi di mediazione, mediatori, professionisti) ma anche all'opinione pubblica, ai mezzi di informazione, ai rappresentanti di categoria, alle Camere di Commercio, agli Ordini professionali, alle Università.

Le attività di cui si occuperà l'Osservatorio riguarderanno sia la realizzazione di indagini statistiche sul campo, studi e ricerche tematiche rivolte al nostro ordinamento che l'attuazione di studi comparati rivolti ad ordinamenti statuali ove la mediazione è già da tempo una realtà consolidata.

Precipuo per l'osservazione dei fenomeni legati alla diffusione della mediazione sarà la realizzazione di un'indagine di mercato con lo scopo di vagliare la diffusione della mediazione tra cittadini ed imprese. Infatti, analizzando la mediazione come un particolare servizio è naturale pensare a tutti coloro che ne usufruiscono e a come questo possa generare un determinato livello di soddisfazione e benessere. Una prima analisi riguarderà il grado di soddisfazione del sistema giustizia e contestualmente il livello di conoscenza e di gradimento della mediazione.

La metodologia utilizzata dovrà prevedere il rispetto delle tecniche del marketing management associate alla disciplina della ricerca sociale. Se è vero, infatti, che scopo di tale attività è studiare la mediazione come un servizio è altrettanto vero che non si possono trascurare, nello sviluppo della ricerca, tutte le dinamiche relazionali e sociali che ruotano intorno al fenomeno.

Un'attenta *indagine di mercato* dovrà prevedere, altresì, una prima fase di analisi qualitativa del fenomeno ed, in un secondo momento, una serie di attività che spaziano dalla definizione del problema, alla definizione dei metodi di raccolta delle informazioni nonché dei metodi di elaborazione, concludendo con l'analisi e l'interpretazione dei risultati.

Fondamentali per il buon esito delle attività sopra descritte saranno gli apporti di commissioni di studio all'uopo costituite. Queste dovranno essere formate da professionisti ed esperti del settore in grado di elaborare ricerche in ogni settore interessato.

Tali commissioni dovranno poi redigere, nel medio-lungo periodo, un primo rapporto sulla mediazione civile e commerciale in Italia e contestualmente elaborare una Banca Dati in cui far confluire i risultati delle *indagini di mercato* e di tutte le attività che l'Osservatorio porrà in essere.

Tali attività unitamente alle altre iniziative consentiranno di avere una reale percezione degli effetti benefici nonché delle criticità legate al fenomeno "mediazione", favorendo la programmazione di opportuni interventi migliorativi dell'istituto, da proporre nelle competenti sedi istituzionali.

FRANCESCA FALVO

*Dottore Commercialista e Mediatore civile  
Coordinatrice del I Dipartimento dell'Osservatorio ADR  
Forum Nazionale dei Mediatori*

© RIPRODUZIONE RISERVATA

### **Bibliografia essenziale • Parte 1**

Corbetta P. *La ricerca sociale: metodologie e tecniche*, Il mulino, 2003.

Kotler P, Scott WG. *Marketing management*, ISEDI, 1993.

Molteni L, Troilo G. *Ricerche di marketing*, EGEA, 2012.

Morineau J. *Lo spirito della mediazione*, Franco Angeli, 2000.

## **PARTE 2 • Gli effetti della Mediazione. Uno strumento capace di migliorare la nostra società**

Un'analisi puntuale del fenomeno di diffusione della cultura della mediazione non può prescindere dalla osservazione degli effetti che tale fenomeno è in grado di generare in favore dei singoli cittadini ed imprese ed in favore dell'intero sistema-Paese.

La Mediazione, intesa quale nuovo approccio di risoluzione del problema attraverso gli strumenti del confronto pacifico e costruttivo e del dialogo, senza dubbio rappresenta uno strumento innovativo in un contesto come quello italiano caratterizzato da un'elevata litigiosità e dal radicamento di una cultura che disconosce il conflitto e si rifugia in metodi di risoluzione della lite ancorati al giudizio.

L'affermazione della cultura della mediazione consentirebbe, in prima battuta, il superamento di tali ultime percezioni in favore di un ridimensionamento delle nostre sensazioni legate al conflitto ed a vantaggio di un approccio metodologico nuovo nel superamento della lite.

Emerge evidente la complessità di un siffatto cambiamento culturale.

Ciò impone un attento studio del fenomeno da più angolazioni partendo da un'analisi economica e sociologica fino ad arrivare ad una lettura in chiave psicologica ed etica dei vari passaggi che caratterizzeranno il mutamento.

Tale osservazione, evidentemente, consentirà una puntuale analisi dell'evento permettendo, sin da subito, l'individuazione di tutti gli strumenti che risultino appropriati alla diffusione e all'affermazione della cultura della mediazione.

Nello studio degli effetti della Mediazione non potrà, innanzitutto, trascurarsi l'osservazione della capacità della Mediazione di salvaguardare le relazioni sociali.

La salvaguardia dei rapporti interpersonali, ottenuta grazie all'accordo (esito positivo della procedura di mediazione) rappresenta il primo grande risultato benefico della Mediazione e ci consente di affermare che esso possa definirsi propulsore della diffusione della cultura della mediazione.

Questo aspetto risulta ancora più evidente in contesti di aggregazione di persone (famiglia, condominio, società, rapporti di lavoro, etc.) in cui il conflitto risulta essere spesso intrecciato con alcune dinamiche che caratterizzano i rapporti tra gli individui facenti parte di quella specifica aggregazione sociale o le relazioni che possono instaurarsi con soggetti esterni a quest'ultima.

Pensiamo all'impresa. Essa è al centro di numerose relazioni; basti pensare ai rapporti che intercorrono con i diversi stakeholders aziendali quali clienti, fornitori, istituzioni, etc. La possibilità, per le imprese, di raggiungere un accordo attraverso un sistema che gli consenta di essere protagonista e proattivo nella risoluzione dello stesso è, indubbiamente, una delle variabili in grado di generare valore aggiunto e consentire, altresì, di salvaguardare non solo le relazioni interpersonali ma anche i rapporti commerciali, producendo così valore costante e duraturo nel tempo.

Dal momento che la Mediazione può, inoltre, essere vista come un vero e proprio servizio rivolto alla società tutta (dal cittadino alle imprese fino alla pubblica amministrazione) sarà precipuo osservarne gli effetti in termini di soddisfazione e di benessere onde addivenire, in una fase successiva, ad una corretta e puntuale individuazione di strategie migliorative che rendano maggiormente efficace il servizio di mediazione e quindi realmente capace di

dare origine ad allocazioni efficienti sul piano micro- e macro-economico e di soddisfare i bisogni delle persone e delle imprese, generando altresì benessere sociale oltre che economico.

Precipuo, allora, sarà studiare gli effetti della diffusione della Mediazione quale strumento di risoluzione del conflitto in termini di efficienza ed efficacia onde vagliare il livello di soddisfazione e di benessere apportato sul piano economico-sociale ai cittadini e alle imprese anche attraverso un'indagine rivolta a vagliare la qualità del servizio di mediazione offerta dagli operatori, individuando strumenti che migliorino il servizio di mediazione anche sul piano qualitativo.

In ragione dell'ampiezza degli effetti che la diffusione dello strumento della mediazione è capace di realizzare, non potrà, infine, tralasciarsi di analizzare le conseguenze a livello macro-economico e sistemico di Paese soffermandoci altresì sul fattore della competitività della nostra economia al momento compromesso anche dall'inefficienza del sistema di risoluzione dei conflitti, oggi ancora completamente basato sulla giustizia.

Se, poi, si pensa che tutto ciò avverrà in un contesto di grave crisi economica e sociale fondamentale sarà studiare gli effetti che l'affermazione della Mediazione potrà apportare a beneficio non soltanto di una maggiore competitività e sviluppo ma in favore della società tutta grazie alla riscoperta di valori dimenticati ma fondamentali per una pacifica convivenza tra noi "animali sociali" che solo il radicamento della cultura della pace e del dialogo attraverso la Mediazione potrà garantire.

A fianco dell'attività di analisi e ricerca, finora descritta, indispensabile sarà l'individuazione di interventi migliorativi della normativa in tema di mediazione e la conseguente elaborazione di proposte e disegni di legge da presentare nelle opportune sedi istituzionali.

**GIUSEPPINA DE ALOE**

*Ph.D. "Diritto dei Mercati"  
Avvocato e Mediatore civile  
Formatore accreditato presso il Ministero della  
Giustizia per i corsi per Mediatore civile  
Vice-Segretario organizzativo Forum Nazionale  
dei Mediatori*

**ALESSIO BELLANZA**

*Dottore Commercialista e Mediatore civile  
Responsabile di S.P.F. MEDIAZIONE s.r.l.  
Formatore accreditato presso il Ministero della  
Giustizia per i corsi per Mediatore civile  
Project Manager Forum Nazionale dei Mediatori*

### **Bibliografia essenziale • Parte 2**

Shavell S. *Analisi economica del diritto*, Giappichelli, 2007.

Gandhi MK. *Teoria e pratica della non-violenza* (a cura di G. Pontara), Einaudi, 2006.

Goleman D. *L'intelligenza emotiva*, BUR, 1999.

Bauman Z. *Vita liquida*, Laterza, 2008.

Friedman-Himmelstein. *La Mediazione attraverso la comprensione*, FrancoAngeli, 2012.

Fisher-Ury-Patton. *L'arte del negoziato*, Corbaccio, 2012.

## **Mediatore: la ricerca alla base della formazione continua di qualità**

Il dato emerso dal Rapporto dell'OCSE "Giustizia civile: come promuovere l'efficienza", presentato al Senato lo scorso 21 giugno 2013, è che, in Italia, il tempo medio stimato per la conclusione di un procedimento civile, in tutti i suoi gradi di giudizio, è di quasi 8 anni, contro una media nei paesi dell'area OCSE pari a 788 giorni. Nel Comunicato Stampa del Consiglio dei Ministri n. 9 del 15 giugno 2013, con cui il D.L. n. 69/2013 è stato presentato, il Presidente Letta ha, infatti, espressamente riconosciuto la necessità di incidere sui tempi della giustizia civile e migliorarne l'efficienza spingendo il Governo a ridisegnare il già noto istituto della mediazione civile per mezzo dell'articolo 84, D.L. n. 69/2013 recante interventi di modifica ed integrazione del Decreto Legislativo 4 marzo 2010, n. 28. Con gli emendamenti al decreto legge n. 69/2013 è stato, invece, valutato di dedicare un periodo di tempo, stabilito in quattro anni, alla sperimentazione dell'istituto attraverso il monitoraggio degli esiti da parte del Ministero della Giustizia.

Alla luce di tali disposizioni, il Forum Nazionale degli Organismi di Mediazione e dei Mediatori civili ha individuato nell'Osservatorio Nazionale sull'uso dei sistemi alternativi delle controversie un valido supporto all'attività di sperimentazione posta in essere dal Ministero per monitorare non solo i risultati raggiunti in mediazione, ma per sviluppare ulteriormente ricerche e statistiche sull'attività del mediatore, vigilare sull'attività degli Organismi di Mediazione e, soprattutto, fornire al Parlamento i giusti correttivi ed interventi legislativi da adottare per diffondere la cultura di tutti i sistemi ADR e le linee guida per l'istituzione, di concerto con il MIUR, di seminari e master a livello universitario sull'uso dei sistemi ADR.

In attesa, quindi, che il Parlamento legiferi sulla costituzione di un Osservatorio sull'uso dei sistemi ADR, si è deciso

di sviluppare non un semplice progetto di massima ma un modello organizzativo da replicare, per il numero di dipartimenti attualmente creati e da creare, per le materie trattate e da trattare, affinché possa divenire da complemento all'attività già individuata dal Ministero.

In particolare, il secondo dipartimento dell'Osservatorio Nazionale sull'uso dei sistemi alternativi delle controversie, da me ideato e coordinato, è nato a seguito del lavoro svolto nell'ambito di una tesi di laurea sperimentale sull'istituto della mediazione ovvero sulla figura del mediatore, nella quale sono stati illustrati i risultati derivanti da un'indagine condotta con l'obiettivo di delineare le diverse sfumature di un ruolo, quale quello svolto dal mediatore civile, lasciato dalla normativa alla sua stessa discrezionalità.

L'intento perseguito con la realizzazione del questionario ha visto nell'analisi dell'approccio utilizzato dai diversi mediatori durante l'incontro di mediazione un'interessante attività da condurre viste le numerose criticità riscontrate in questa figura, prima fra tutte, la mancanza di qualità nella sua formazione.

La valutazione empirica che ne è seguita ha avuto come linea guida quella di descrivere, nei limiti delle dinamiche cognitive preliminarmente individuate e circoscritte, le prassi utilizzate dai mediatori nel facilitare la soluzione delle controversie a loro assegnate affinché si potesse accennare la presenza di una standardizzazione delle pratiche stesse o apprendere, al contrario, una diversità nell'utilizzo dei metodi possibili attraverso l'applicazione di quelle che sono le competenze, le conoscenze e le caratteristiche individuali dei singoli soggetti.

Lo sviluppo dell'indagine non ha, evidentemente, permesso di descrivere in modo esaustivo le caratteristiche soggettive ed oggettive legate alla figura del mediatore



ed al ruolo che svolge, né tantomeno ha tentato di individuare una procedura maggiormente efficace in grado di uniformare le modalità operative da compiersi durante gli incontri ma ha dato la possibilità di trarre elementi utili dalla prassi e dalle caratteristiche intrinseche dei soggetti che svolgono la funzione di mediatore per sviluppare un'analisi in grado di mettere in correlazione le tecniche utilizzate dai mediatori durante l'esercizio della loro funzione con le caratteristiche oggettive legate alla propria identità ed esperienza.

Lo scopo è stato, sostanzialmente, quello di sperimentare le ampie opportunità concesse al mediatore dalla normativa per neutralizzare le ambiguità tipiche delle situazioni oggetto di interesse.

Perché concentrare uno studio sulla figura del mediatore?

L'articolo 3 comma 3 del decreto legislativo 28/2010 riporta che *"gli atti del procedimento di mediazione non sono soggetti a formalità"*; si è, pertanto, proceduto ad indagare l'attività concreta del mediatore che, all'interno della disputa, più o meno complessa, è colui che, in veste di facilitatore, dirige l'incontro attraverso la sua capacità di fornire diverse prospettive per interpretare e valutare ciò che effettivamente la dinamica conciliativa è in grado di offrire e ciò che la rappresentazione corrente della situazione negoziale impedisce di vedere, al fine di soddisfare le aspettative delle parti stesse.

La Relazione illustrativa al decreto legislativo 28/2010 stabilisce che l'opera del mediatore ha *"finalità di assistenza delle parti nella ricerca di una composizione non giudiziale di una controversia"*.

Si può osservare come la mediazione si basi, strutturalmente, su di una logica ternaria, essendo necessaria la presenza del terzo che "spezza" la dualità e cerca di riattivare la comunicazione tra le parti, con il fine ultimo di ricondurle ad una soluzione condivisa che contempererà equamente gli interessi in discussione. Il mediatore gode dell'*autorevolezza*, potere che gli è stato conferito dalle parti che hanno accettato la possibilità di affidarsi a lui per gestire e tentare di risolvere il conflitto che le oppone; come affermato dalla lettera "b" dell'art. 1 del decreto legislativo 28/2010, il mediatore non gode del potere di giudicare o decidere in modo vincolante per le parti e, pertanto, si rivela non necessaria la sua autorità.

La funzione principale del mediatore con-

sta nel facilitare la comunicazione fra le parti, per fare emergere gli interessi, le necessità e le motivazioni per cui le stesse hanno assunto le posizioni o avanzato le pretese che hanno originato il conflitto, sulla base dei quali cercare una soluzione condivisa che, tendenzialmente, consenta alle parti di mantenere i rapporti.

Visto il forte rilievo incentrato dalla normativa sull'attività di gestione del conflitto condotta dal mediatore, si può confermare, sulla base dei riscontri rilevati, che la procedura di mediazione ed, in generale, il procedimento di ADR (*Alternative Dispute Resolution*) non può essere relegato ad un fenomeno eminentemente procedurale, ovvero processuale, bensì deve elevarsi a fenomeno culturale e sociologico per cui l'uomo non dovrebbe essere rappresentato solo dal diritto e dalla legittimità delle pretese che esso porta con sé, ma anche dal dialogo e, soprattutto, dalla ragionevolezza.

Il mediatore è, per eccellenza, colui che incarna il principio di *ragionevolezza*, in quanto sostiene le parti nel raggiungimento di un accordo: egli, in larga misura culturalmente predisposto all'utilizzo di tali metodologie conciliative, esprime l'apertura ad una nuova dialettica del concreto che non divida le parti l'una dall'altra mediante il diritto processuale e sostanziale, ma che le faccia convergere verso un nuovo accordo.

Il mediatore è colui che si pone quale garante delle regole di interazione verbale e comunicativa; molto spesso, infatti, le patologie interpersonali sorgono per l'apparente inconciliabilità fra interessi e motivi fra di loro contrapposti, prima ancora che per dei diritti pretesi dalle singole parti. Ancor più di frequente, inoltre, emerge che la contrapposizione fra interessi e motivi dipende da una comunicazione interpersonale cattiva, carente o ambigua, che si presta all'equivoco e al malinteso. Tutto ciò genera irrigidimenti psicologici nelle parti che si traducono, di conseguenza, in spettanze giuridiche.

La ragionevolezza su cui la mediazione civile si fonda è, dunque, quella di evitare il diritto come pretesa.

Ed è sulla base di quanto finora esposto che sia la mediazione, sia più in generale i procedimenti ADR, non devono essere considerati quali strumenti antitetici e contrapposti al sistema tradizionale ma modelli di composizione non contenziosa che sussistono all'interno del nostro ordinamento, non in veste "alternativa" rispetto agli strumenti di tutela su base giurisdizionale, bensì rive-

stendo una peculiare funzione "complementare" rispetto a questi ultimi, consentendo alle parti di instaurare un possibile dialogo, salvo poi poter adire la giustizia ordinaria.

Il raggiungimento di tale obiettivo non può, però, prescindere da una adeguata qualificazione professionale dei mediatori che, in quanto professionisti, sono sottoposti a stridenti obblighi e delicate responsabilità: il mediatore svolge un'attività complessa, una sfida culturale che si fonda sulla logica del dialogo e della ricerca condivisa di soluzioni di fronte ad un problema. Si è, dunque, effettuato un percorso giuridico, normativo, ma anche comportamentale, volto a formare una nuova categoria di soggetti dotati di autonoma professionalità e conseguenti responsabilità, i quali abbiano come scopo principale del loro intervento quello di promuovere la legalità, intesa nel suo senso di giustizia sostanziale, che, in taluni casi, ove possibile e concesso, vada oltre la legge, aprendo all'analisi fattuale degli interessi delle parti.

Riuscire ad entrare nella coscienza di quest'ultimi, oltre ad essere favorevole per una buona riuscita conciliativa, permette di comprendere che l'elemento che pone una parte in una posizione di vantaggio nella controversia non è sempre quello che effettivamente corrisponde alla volontà, perché spesso una sentenza favorevole non rappresenta la condizione ideale in quanto arriva troppo tardi, è troppo costosa, o anche solo perché le condizioni o necessità della stessa si sono nel tempo modificate.

L'impressione generale è che le idee, i progetti, le iniziative di coloro che hanno saputo cogliere i vantaggi derivanti dall'utilizzo di un istituto, che non si pone nelle condizioni di fare GIUSTIZIA, come erroneamente interpretato da molti, costituiranno la base da cui poter diffondere la cultura della conciliazione. In prospettiva di efficienza ed ottimizzazione dei risultati, essa rappresenta certamente un *quid pluris*: il punto di forza della mediazione rispetto alla tutela giurisdizionale dei diritti si focalizza nell'individuazione, estrazione, combinazione degli interessi e dei motivi sottesi allo scontro.

Inserire tale indagine come oggetto di uno dei Dipartimenti dell'Osservatorio permetterà a chiunque vorrà dare il proprio contributo di poter effettuare analisi più approfondite sui risultati ottenuti, anche grazie al ruolo ed alla presenza delle Università all'interno del progetto, e creerà una base comune di lavoro da poter condividere con

gli Enti di formazione per scorgere criticità ed obiettivi di miglioramento nella formazione di queste nuove figure professionali, a supporto dell'attività di sperimentazione voluta e condotta dal Ministero.

FRANCESCA TEMPESTA

Coordinatrice II Dipartimento Osservatorio Nazionale  
sull'uso dei sistemi ADR

© RIPRODUZIONE RISERVATA

## Osservatorio ADR: Metodi di risoluzione del conflitto a confronto

Nell'alveo degli istituti accomunati dall'affrancamento dal metodo ordinario della giustizia per la risoluzione dei conflitti, sono compresi diversi strumenti quali le procedure c.d. *Alternative dispute resolution* (a.d.r.) ovvero i contratti che si connotano per avere una causa specifica, consistente nel componimento della lite. Sovente, poi, nella società civile nascono spontaneamente strumenti di risoluzione alternativi al giudizio allo scopo di dirimere un conflitto in contesti specifici. Si pensi alle conciliazioni paritetiche, molto diffuse nel campo della tutela dei diritti dei consumatori, o a quelli previsti da Autorità garanti, come la conciliazione in materia di comunicazioni.

In tale sede, ci si occuperà di approfondire taluni aspetti delle procedure a.d.r. e di alcuni strumenti contrattuali presenti nel nostro ordinamento o balzati all'onore della cronaca negli ultimi mesi, onde evidenziare l'importanza di uno studio e di un approfondimento scientifico con riguardo ad ognuno di essi. Una puntuale analisi dei sistemi già normativamente disciplinati e di quelli comunque presenti in attesa di precise regolamentazioni statuali, consentirebbe, infatti, un miglioramento dell'intera compagine dei metodi di risoluzione del conflitto, ivi comprendendovi la possibilità di perfezionare anche il sistema giustizia, rispondendo altresì ad un'esigenza sempre più rilevante di soddisfazione delle proprie aspettative e di benessere da parte di ciascuno di noi.

Preliminare all'approfondimento oggetto di questo studio, è il soffermarsi su alcuni aspetti di carattere generale riguardanti tali espedienti. Intanto, se tutti tali strumenti sono accomunati dallo scopo di ricercare la soluzione del conflitto, attribuendo alle parti una più o meno ampia autonomia negoziale (pur arrivando, in alcuni casi a "privatizzare" la decisione) essi, in realtà, sono tra loro molto diversi.

La prima grande differenza è di natura teleologica e metodologica. Mentre alcune procedure mirano a coordinare gli interessi delle parti in conflitto (Mediazione e Conciliazione); altre procedure (Arbitrato) ed altri strumenti di risoluzione della lite (Transazione) restano vincolati al piano del diritto e mirano a rinvenire soluzioni basate esclusivamente o in prevalenza su norme giuridiche<sup>1</sup>. Da ciò discende

la necessità di porre in essere metodi e tecniche che mutano, giustappunto, in ragione dell'oggetto della procedura e dello scopo che con essa si persegue. Con specifico riguardo alle procedure di mediazione, conciliazione ed arbitrato occorre, in prima battuta, evidenziare che esse sono dei veri e propri procedimenti che trovano riconoscimento e disciplina nel nostro ordinamento statale.

La Mediazione è una procedura che consente di guardare al conflitto in un'ottica del tutto nuova. Il conflitto non viene percepito come un elemento negativo della vita degli individui, ma come un fatto naturale e come un'opportunità di cambiamento e di miglioramento della vita di ognuno di noi, come singolo e come consociato<sup>2</sup>. Ciò accade perché la Mediazione non cerca di ristabilire l'ordine, ma di regolare i rapporti tra gli individui, non rifiutando il caos, ma attraverso la presa di coscienza della realtà che, non solo consente un ridimensionamento del problema, ma, soprattutto, risveglia le parti, facendo loro percepire i veri bisogni e quindi i veri interessi.

Differente è l'operare della Giustizia, che ricercando la verità secondo diritto, ripudia il conflitto ed interviene dall'alto per ristabilire l'ordine distribuendo torti e ragioni, sanzioni e punizioni, allo scopo di ristabilire l'ordine.

Un siffatto intervento se, da un lato, pone fine alla lite, in realtà, non può regolare il rapporto tra le parti che sarà irrimediabilmente compromesso.

La procedura di Mediazione, invece, mira a coinvolgere e soddisfare gli interessi delle parti e non a ricercare la verità secondo diritto. Ne consegue che fondamentale è il ruolo del Mediatore, il quale deve riuscire a vagliare

del conflitto *valutative o aggiudicative*, in cui il terzo che interviene in assistenza delle parti emani una vera e propria decisione paragonabile a quella di un giudice (Arbitrato) oppure somministri suggerimenti o proposte conciliative alle parti (Conciliazione) e sistemi *facilitativi o non aggiudicativi*, in cui il terzo non partecipa alla negoziazione e non influenza la costruzione volitiva delle parti, ma le assiste con l'unico scopo di facilitare il dialogo e risvegliarle dalle loro posizioni (Mediazione). A tal proposito occorre evidenziare la difficoltà di collocazione della procedura prevista al D.lgs. 28/2010 che di fatto rappresenta una commistione di elementi di sistemi valutativi e di sistemi facilitativi di risoluzione del conflitto.

<sup>2</sup> Fisher-Ury-Patton, *L'arte del negoziato*, Corbaccio, 2012; Ury, *Il no positivo*, TEA, 2007; Friedman-Himmelstien, *La mediazione attraverso la comprensione*, FrancoAngeli, 2012.

<sup>1</sup> Si distingue solitamente tra forme di risoluzione

nel profondo i bisogni e le intime aspettative delle parti onde poter "risvegliare" i soggetti e "trasformare" le loro ansie, la loro rabbia e, alle volte, la loro disperazione in "riappacificazione" e quindi in "accordo"<sup>3</sup>. Non possono esservi dubbi in proposito: il professionista dovrà avere una preparazione che, prima che giuridica, sia di stampo sociologico e psicologico, onde porre in essere le tecniche specifiche che consentano di ottenere il pieno soddisfacimento delle parti ed il c.d. effetto *win-win* tipico della procedura di mediazione.

Diverso è il caso in cui la procedura abbia ad oggetto posizioni miste ad interessi. È quel che accade nella Conciliazione ove, il terzo imparziale, in questo caso il Conciliatore, utilizza alcune tecniche proprie della mediazione con cui scoprire l'origine e le motivazioni del conflitto nonché le aspettative reali delle parti, ma, poi, si sofferma sul problema al fine di emanare una proposta conciliativa con cui indica alle parti la possibile soluzione al loro conflitto. In tal caso, emerge evidente che la proposta del conciliatore ben potrà dimenticare di soddisfare gli interessi delle parti ed essere basata su pure valutazioni di diritto ovvero soddisfarli in parte.

Senza dubbio, dal momento che lo schema tipico della conciliazione prevede una netta ingerenza del conciliatore, il quale può somministrare suggerimenti nel corso dell'intera procedura, difficilmente le parti riusciranno a soddisfare appieno i propri bisogni, poiché la risoluzione del conflitto non sarà da ascrivere completamente alla loro sfera volitiva, ma, dovrà riconoscersi anche al conciliatore un ruolo primario nella formazione della decisione delle parti<sup>4</sup>. Con riguardo alla formazione del conciliatore deve evidenziarsi che, a differenza che nella mediazione ove è l'apporto di conoscenze sociologiche e psicologiche ad avere maggior rilievo rispetto al sapere giuridico, nella conciliazione, accanto ad esperienze legate alla sociologia ed alla psicologia per comprendere il comportamento e le aspettati-

<sup>3</sup> Morineau, *Lo spirito della Mediazione*, FrancoAngeli, 2003; Morineau, *Il mediatore dell'anima*, Servitium, 2010.

<sup>4</sup> Tra le varie forme di conciliazione "pura" previste dal nostro ordinamento giova segnalare quella prevista dal nostro codice di rito all'art. 185-bis c.p.c., come modificato dal Decreto del Fare e che stabilisce: <<Il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione, deve formulare alle parti una proposta transattiva o conciliativa. Il rifiuto della proposta transattiva o conciliativa del giudice, senza giustificato motivo, costituisce comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio>>. Tale disposizione che ricalca la disposizione soppressa nel 2006 che prevedeva la proposta in prima udienza è fondamentale per cogliere l'essenza della conciliazione ma soprattutto il ruolo del conciliatore. L'ingerenza del "conciliatore" balza subito agli occhi leggendo tali norme; ad effettuare tale tentativo è, infatti, direttamente il Giudice adito a dirimere la controversia, la cui autorevolezza e la cui competenza sono potenzialmente in grado di influire sulla scelta delle parti.

ve delle parti, la formazione di matrice giuridica è precipua per il buon esito della procedura.

In ogni caso, occorre rilevare che sia nella Mediazione che nella Conciliazione, la libertà e l'autonomia negoziale delle parti sono il fulcro di tali sistemi; le parti, infatti, saranno libere di scegliere in che modo risolvere il loro conflitto (nella mediazione) ovvero se accettare o meno i suggerimenti e la proposta conciliativa (nella conciliazione).

In entrambi i casi, però, le parti otterranno un elevato grado di soddisfazione e di benessere, specialmente nel caso in cui siano stati soddisfatti alcuni, o gran parte, dei loro bisogni e delle loro aspettative.

Anche l'arbitrato è un'altra procedura a.d.r. caratterizzata dalla presenza di un soggetto terzo ed imparziale come accade nella mediazione e nella conciliazione; il terzo ha, in questo caso, un ruolo predominante rispetto alle parti. Sia che si tratti dell'arbitrato rituale, caratterizzato dall'esecuzione di un vero e proprio procedimento che si conclude con un lodo "arbitrale" avente ex art. 824-bis c.p.c. efficacia di sentenza tra le parti, sia che si tratti dell'arbitrato irrituale, che a norma dell'art. 808-ter c.p.c. si conclude con una "determinazione contrattuale", ci troviamo di fronte ad una procedura adr che ha uno spiccato carattere impositivo<sup>5</sup>. Sebbene la scelta di rimettere ad un arbitro la risoluzione dei conflitti sia ascrivibile in toto ad una scelta negoziale libera delle parti (tanto è vero che diffusissima è la prassi di inserire nei contratti clausole compromissorie con cui demandare all'arbitrato la risoluzione di controversie derivanti dai contratti medesimi) il procedimento e l'esito dello stesso relegano in un angolo la libertà di scelta delle parti, le quali non potranno fare altro che accettare la decisione del terzo, fermo restando il loro diritto di sollevare giudizialmente domanda di annullamento dell'esito dell'arbitrato irrituale ovvero impugnando il lodo arbitrale a norma degli artt. 827 ss. c.p.c.

Da tale descrizione emergono evidenti due particolari rilevanti che connotano l'arbitrato: innanzitutto, esso è una procedura a.d.r. in cui predominano le posizioni rispetto agli interessi, che, invece, sono quasi del tutto assenti. Ne consegue, quindi, che il professionista che

<sup>5</sup> Mentre nell'arbitrato rituale l'esito della procedura è davvero molto vicina ad una sentenza di un giudice, sia per la modalità di esecuzione dell'intera procedura che poi sfocia nel lodo arbitrale sia per l'efficacia di quest'ultimo; nell'arbitrato irrituale si verifica la condizione prestabilita e predeterminata dalle parti di "affidare" ad un terzo l'espressione di volontà. In altri termini nell'arbitrato irrituale le parti decidono di far pronunciare all'arbitro quelle che in condizioni di normale negoziazione sarebbero state loro determinazioni. Ricordiamo che esistono altri tipi di Arbitrato: l'Arbitrato c.d. Amministrato previsto da alcuni enti pubblici o privati, l'Arbitrato ad hoc che consente alle parti di scegliere l'arbitro, l'Arbitrato bancario finanziario deputato a trattare controversie tra banche e clienti.

si trovi a svolgere il ruolo di arbitro (monocratico o collegialmente insieme ad altri) dovrà avere un'approfondita conoscenza del diritto e della specifica materia oggetto del procedimento, disinteressandosi completamente di vagliare bisogni o aspettative delle parti.

Accanto alle procedure sino a questo momento analizzate vi sono altri strumenti di matrice contrattualistica: la transazione, strumento previsto dal nostro ordinamento e disciplinato all'art. 1965 c.c. e la c.d. negoziazione assistita che nasce con il proposito di attribuire un valore aggiunto alle negoziazioni finalizzate alla risoluzione di un dissidio condotte alla presenza degli avvocati di fiducia.

L'art. 1965 c.c. stabilisce, chiaramente, che la transazione è un contratto con cui le parti, per il tramite di reciproche concessioni, prevengono o pongono fine ad una lite. Sebbene illustri autori, in passato, abbiano sostenuto che la transazione dovesse essere intesa quale atto negoziale a struttura complessa, costituita dall'unione di due o più atti unilaterali (la rinuncia e l'accettazione)<sup>6</sup>, autorevole dottrina, che trova gran parte dei consensi anche in giurisprudenza, ritiene che la transazione abbia natura contrattuale e, nella specie, debba ritenersi un contratto tipico di natura dispositiva, avente una causa specifica prevista dalla legge, consistente nella composizione della lite attraverso le reciproche concessioni<sup>7</sup>. Esso, però, non consente né di vagliare né, tantomeno, di soddisfare gli interessi delle parti.

In chiusura di questa breve panoramica su alcuni sistemi di risoluzione del conflitto diversi dalla giustizia ordinaria, poiché è stato un argomento molto discusso negli ultimi mesi, si ritiene opportuno soffermarsi sulla negoziazione assistita onde vagliare l'opportunità di approfondire lo studio di strumenti simili.

Dai documenti rinvenibili sul web<sup>8</sup>, emerge che tale istituto si rifarebbe alla *convention de procedure participative* introdotta a partire dal 2010 nell'ordinamento francese, e riconoscerebbe alle parti il potere di autodisciplinare i propri rapporti con l'assistenza dei propri avvocati di fiducia. Il frutto di tale negoziazione potrebbe essere, poi, omologato dal Giudice acquisendo efficacia di titolo esecutivo. Dalla lettura di quelli che sembrano essere i caratteri fondamentali di tale sistema, così come emerge da alcune proposte, si evince che non possano attribuirsi a tale strumento i connotati tipici di una procedura a.d.r., perché non vi è presenza di un soggetto terzo che presieda la negoziazione. Trat-

tasi, in realtà, di un contratto, che è molto simile alla transazione di cui all'art. 1965 c.c.

Se, infatti, ripercorriamo gli orientamenti espressi dalla Corte di Cassazione, emerge una lettura talmente ampia della nozione di transazione, che essa può ritenersi configurabile ogniqualvolta l'accordo sia anche correlato ad una lite. Nella sostanza, si tratterebbe sempre di transazioni (ascrivibili al portato dell'art. 1965 c.c.) con alcune differenze. Mentre la transazione può avvenire anche tra le parti in assenza degli avvocati (in ragione della libertà negoziale che caratterizza i contraenti) ed in caso di inadempimento contrattuale potrebbe sussistere la necessità di avviare un processo ordinario in Tribunale, nella negoziazione assistita vi sarebbe la necessità di presenza dei legali di fiducia delle parti in conflitto e l'accordo finale, se omologato, acquisterebbe il valore di titolo esecutivo.

Si tratterebbe, allora, di verificare se sia configurabile l'omologazione di accordi a seguito di negoziazioni assistite da avvocati. A tal proposito, essendo molto diffusa la prassi secondo cui molte negoziazioni, specie commerciali sono poste in essere alla presenza dei legali di fiducia, la previsione di un istituto di tal genere ben potrebbe prestarsi a manipolazioni di sorta, sicché, al fine dell'ottenimento dell'omologa e quindi dell'attribuzione al contratto del valore di titolo esecutivo alla fine si ricorrerebbe a tale istituto per qualsivoglia contratto, essendo sufficiente affermare la sussistenza di una lite tra le parti.

Ora, a prescindere dalla configurabilità di abusi del diritto, è verosimile immaginare che, se venisse introdotta la possibilità di attribuire ad accordi transattivi valore di titolo esecutivo, in un sistema giuridico privatistico (sostanziale e procedurale) complesso come il nostro, ben presto l'istituto perderebbe la sua connotazione originale – di risoluzione della lite – restando, così, privo dell'elemento causale, necessario a norma dell'art. 1325 c.c.

La possibile introduzione di un tale sistema nel nostro ordinamento, dovrebbe essere oggetto di un attento ed accurato studio, onde vagliare reali benefici che ne otterrebbero i cittadini, in termini di soddisfazione, ed il sistema giustizia, in termini di efficienza e, quindi, se sia, davvero in grado di apportare il benessere e la pacificazione sociale che, invece, è proprio di un sistema in cui è diffuso lo strumento della mediazione.

GIUSEPPINA DE ALOE

Ph.D. "Diritto dei Mercati"

Avvocato e Mediatore civile

Formatore accreditato presso il Ministero della

Giustizia per i corsi per Mediatore civile

Vice-Segretario organizzativo Forum Nazionale

dei Mediatori

© RIPRODUZIONE RISERVATA

<sup>6</sup> Carnelutti, *La transazione è un contratto?*, in *RDPr*, 1953, I, 189

<sup>7</sup> Santoro Passarelli, *La transazione*, Napoli, 1975, 91

<sup>8</sup> <http://www.avvocatitriveneto.it/wp-content/uploads/2011/07/12.-Procedura-partecipativa-AIAF-UNCC-Triveneto.pdf>

## **Osservatorio Nazionale sulla Mediazione Familiare: un progetto innovativo ed ambizioso**

Il 12 maggio 2013 il Forum Nazionale dei Mediatori ha proposto al Ministro della Giustizia di istituire un Osservatorio Nazionale sull'uso degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie (ADR).

Si tratta di un progetto ambizioso e di indubbia utilità, funzionale alla promozione ed alla diffusione della cultura della mediazione quale regola di buon senso del vivere civile, che dovrebbe orientare la ricerca delle soluzioni dei conflitti, in ogni ambito e settore della vita familiare e/o sociale, di ciascuno di noi, alternativa alla risoluzione giudiziale delle liti, demandata piuttosto alle fredde, e spesso caotiche, aule di tribunale.

Secondo il progetto organizzativo elaborato dal Forum, tale Osservatorio Nazionale costituirà un vero e proprio ente di supporto del Ministero della Giustizia per attività di ricerca, studio, analisi, diffusione della cultura dei sistemi ADR, al fine, non solo di monitorare i risultati raggiunti in mediazione, ma anche di sviluppare ricerche e statistiche sull'attività del mediatore, vigilare sull'attività degli Organismi di Mediazione e fornire al Parlamento i giusti correttivi ed interventi legislativi da adottare per diffondere la cultura di tutti i sistemi ADR.

Tale Osservatorio risulta suddiviso in otto Dipartimenti; il sesto è quello dedicato alla Mediazione familiare, a sua volta strutturato in tre macro-aree e, segnatamente:

AREA I: Studi, analisi e ricerche sulla conoscenza della Mediazione familiare presso i cittadini ed i professionisti che si occupano, ciascuno nel proprio settore di competenza, di diritto di famiglia e dei minori, delle conflittualità di coppia e genitoriali, dei disagi emotivi e disfunzionali della coppia e dei figli in conseguenza della rottura del rapporto tra i genitori;

AREA II: Studi, analisi e ricerche sulla conoscenza della Mediazione familiare presso la scuola dell'infanzia, primaria e secondaria, presso le Università, gli Enti territoriali ed i Consulenti familiari;

AREA III: Studi, analisi ed indagini statistiche sulla natura degli infortuni della coppia al percorso di Mediazione familiare, sul livel-

lo socio-economico degli utenti, sulla durata nel tempo, in termini di grado di soddisfazione e sotto il profilo dell'effettivo adempimento degli obblighi assunti dai partner, degli accordi di separazione consensuale o di divorzio congiunto o di affidamento e mantenimento dei figli di genitori non coniugati, successivamente omologati dal Tribunale, a seconda che la coppia genitoriale abbia preliminarmente sperimentato o meno un percorso di Mediazione familiare.

Tale progetto, sul fronte della Mediazione familiare, si rivela ancor più di estrema importanza, in ragione dell'assoluta mancanza, ad oggi, di una disciplina nazionale organica in materia, pur essendo la famiglia *"un luogo fisico e psichico di interazioni e di interessi... una realtà inizialmente biologica che, stante questo suo lato, può essere la fonte di conflitti devastanti tra i suoi membri e può essere addirittura il luogo di un'infezione pernicioso e funesta che infetta l'intera società"*<sup>1</sup>.

Ben si comprende, allora, l'importanza del rapporto tra persona, famiglia e società: è in famiglia che l'individuo, nel rapporto con i suoi genitori, i nonni, i fratelli e le sorelle, i parenti e gli amici che la frequentano, impara ad educarsi all'altro e, dunque, al suo futuro e possibile matrimonio o convivenza ed alla famiglia che vorrà e potrà formare.

La persona si costruisce nel tempo e coniugi e genitori si diventa, non solo per aver dato vita, biologicamente o giuridicamente, ad un patto o per aver generato un figlio, ma perché pedagogicamente e relazionalmente si sono realizzati dei rapporti di amore e di fedeltà, di educazione e di sviluppo<sup>2</sup>, di rispetto per l'altro e di solidarietà reciproca, rapporti che si esternano attraverso il linguaggio comunicativo nelle sue diverse forme, verbali, comportamentali e gestuali.

Molti blocchi dell'interazione dialettica tra i coniugi o tra i partner, che possono portare a vere e proprie disfunzioni del rapporto di coppia sino alla definitiva rottura, sono de-

<sup>1</sup> Corsi M, Sirignano C. *La mediazione familiare. Problemi, prospettive, esperienze*, Vita e Pensiero, Milano, 2007, 3 e ss.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

terminati spesso dalla progressiva mancanza di comunicazione, dal conseguente venir meno di una progettualità condivisa o condivisibile, *mutatis mutandis* dalla crisi della relazione affettiva della coppia, che approda, su iniziativa di uno o di entrambi i partner, alla separazione e, nella maggior parte dei casi, alla irreversibile rottura.

In contesti siffatti, lo spazio neutro della Mediazione familiare offre alle coppie la straordinaria opportunità di superare la visione agonistica della conflittualità, di ristabilire un canale comunicativo, attraverso il quale esternare le proprie posizioni, richieste, rifiuti, emozioni e bisogni personali, predisponendosi all'ascolto delle richieste, dei rifiuti, delle esigenze e degli stati emotivi dell'altro, riconoscendo quest'ultimo come proprio interlocutore attraverso la possibilità di "dirsi delle cose", in un clima di reciproca fiducia e nell'ambito di un percorso teso alla ricerca di accordi condivisi e verificabili, inerenti *in primis* all'area della genitorialità, mediante il quale ciascuno dei partner finisce per riconoscere gradualmente l'altro, non solo come interlocutore, ma anche come "negoziatore". Da questo punto di vista, la migliore garanzia per i figli non è tanto rappresentata dal raggiungimento di un accordo che eviti il protrarsi della conflittualità, quanto soprattutto dall'essere collocati al di fuori dell'area dei possibili strumenti di sopraffazione reciproca dei genitori e poter mantenere, in tal modo, un rapporto equilibrato con entrambi, senza essere "ostaggio" di alcuno di essi. La Mediazione familiare diviene, pertanto, il luogo di passaggio offerto alle coppie separate, luogo da cui vengono scacciati i fantasmi della patologia, della riparazione del danno, dell'attribuzione della colpa, e in cui trovano spazio e dignità la storia, il dolore e la progettualità<sup>3</sup>, nella edificazione e nella reciproca accettazione di una nuova dimensione del "noi", che si fonda, in definitiva, sul riconoscimento dell'altro come "genitore separato".

S'impone, dunque, un intervento a livello istituzionale e normativo per la diffusione ed il consolidamento di una nuova cultura della separazione della coppia, che non la stigmatizzi come evento patologico di difficile risoluzione, ma la consideri piuttosto un'esperienza, ancorché critica, da cui ripartire per una positiva riorganizzazione della vita di tutti i componenti del nucleo familiare, valorizzando l'istituto della Mediazione familiare, quale risorsa e strumento fondamentale di supporto alla famiglia in crisi e di migliore compren-

sione delle esigenze dei minori, se non addirittura come servizio per la coppia genitoriale da inquadrare istituzionalmente nell'alveo delle Politiche sociali e per la Famiglia.

Occorre, dunque, anzitutto disciplinare la Mediazione Familiare, conferire dignità normativa al ruolo formativo e professionale del Mediatore Familiare, prevedere l'istituzione di un Albo dei Mediatori Familiari, di un Codice deontologico e di un Tariffario, che renda trasparente all'utenza l'accesso al percorso mediativo.

In secondo luogo, oltre ad un incremento degli spazi di offerta di Mediazione familiare e, quindi, di operatori qualificati ed adeguatamente formati, è fondamentale promuovere la contemporanea crescita della cultura della Mediazione familiare presso l'utenza, gli operatori del diritto, i Servizi sociali, pubblici e privati, i Consultori familiari, gli Enti territoriali e in ogni ambito della socialità (scuole dell'infanzia, primaria e secondaria, Università, diocesi).

*Rebus sic stantibus*, al fine di meglio orientare le scelte di politica legislativa in materia e di favorire interventi mirati a sostegno della famiglia in crisi, con la necessaria attenzione richiesta dalla tutela degli interessi in gioco, primo fra tutti il preminente benessere psico-fisico ed evolutivo dei figli delle coppie in conflitto, la proposta di creare un ente di supporto al Ministero della Giustizia, qual è l'Osservatorio Nazionale sull'uso dei sistemi ADR, ed al suo interno di un intero Dipartimento dedicato alla Mediazione Familiare, secondo il modello organizzativo delineato dal Forum Nazionale dei Mediatori, non può che essere salutata con estremo favore, rappresentando uno "spatium" privilegiato, creato logicamente ed operativamente nell'ambito delle Università, di ricerca, studio ed analisi della fenomenologia delle vicende conflittuali e delle soluzioni proposte e condivise nelle relazioni affettive, familiari, interpersonali ed in tutti i settori del nostro vivere civile.

Il team del VI Dipartimento dell'Osservatorio Nazionale dedicato alla Mediazione familiare, di cui la scrivente sarà la responsabile e coordinatrice, è entusiasta di poter dare il proprio contributo per la realizzazione di questo progetto trasversale e di grande respiro, con l'auspicio che le forze politiche tutte ne comprendano il pregio e lo sostengano con altrettanto entusiasmo e condivisione d'intenti.

EMANUELA PALAMÀ

Coordinatrice della Sezione "Mediazione Familiare"  
del Forum Nazionale dei Mediatori

<sup>3</sup> Canevelli F, Lucardi M. *La Mediazione Familiare. Dalla rottura del legame al riconoscimento dell'altro*, Bollati Boringhieri editore s.r.l., 2008, 202, 248.

## ***Piccole e Medie Imprese italiane (PMI): la cultura della mediazione alla luce delle richieste di crescita, sviluppo ed occupazione***

Le criticità attualmente più diffuse tra le imprese associate sono il recupero di crediti commerciali, segnalato da quasi il 60% del campione, percentuale su cui ha indubbiamente influito l'attuale situazione di crisi economica.

Le altre problematiche coinvolgono le difficoltà nei rapporti con le Istituzioni, i rapporti con banche, con Equitalia e fornitori, nonché quelli legati ai rapporti lavorativi con il personale.

È bene sottolineare che *un numero consistente di aziende contattate ha segnalato di dover attualmente affrontare almeno una delle problematiche citate; si tratta esattamente del 80% del campione, il che dà la misura del contesto complesso in cui il nostro sistema produttivo si trova oggi ad operare.*

In particolare, la parte consistente del campione (71%) che ha segnalato di avere incontrato negli ultimi mesi almeno uno dei problemi gestionali sopra richiamati, ha indicato che *i costi connessi incidono per circa il 15% del fatturato.*

Un dato così elevato è determinato soprattutto dalla diffusa e consistente presenza di mancato recupero dei crediti commerciali, oggi uno dei problemi più gravi registrato non solo dalle imprese della nostra provincia, ma di tutto il Paese (si pensi solo alla consistenza dei crediti di un numero estremamente elevato di aziende nei confronti della Pubblica Amministrazione).

Affrontare una controversia o un problema legato alla gestione dell'azienda comporta la presa di *decisioni da parte dell'imprenditore sul percorso da seguire o sullo strumento più idoneo da utilizzare.* Risulta però evidente ed interessante, dai dati dell'indagine, *l'importanza del ruolo che generalmente alcune figure professionali (l'avvocato, il commercialista o il consulente del lavoro) possono svolgere nell'indirizzare le scelte dell'impresa, e quindi anche nell'optare per una tipologia di strumento di soluzione di una controversia piuttosto che un altro.* Tali figure professionali possono, pertanto, fungere da veri e propri "intermediari" con cui le organizzazioni di mediazione

dovranno sempre più interagire. È stato domandato alle imprese per quali tipologie di problematiche ricorrerebbero a consulenti, nel caso stessero affrontando o dovessero affrontare una controversia.

Le risposte date evidenziano che *si ricorrebbe ai consulenti soprattutto in materia di lavoro (il 71%), per inadempimenti contrattuali (59%) ed in tutte le questioni afferenti i rapporti con gli enti locali.*

Nel caso di controversie per il recupero di crediti derivanti dal lavoro svolto presso i clienti, il campione si divide in parti quasi uguali, dato che il 51% ha dichiarato che si avvarrebbe dei servizi di un legale. Sono, dunque, *numerosi i casi in cui l'impresa ricorrerebbe o ricorre effettivamente ad una figura consulenziale per affrontare una controversia o confrontarsi sull'opportunità di ricorrere a specifici strumenti processuali o di soluzione di eventuali problematiche.*

Il commercialista, l'avvocato ed i consulenti del lavoro diventano determinanti nell'infondere presso gli imprenditori una *"cultura della mediazione"* al di là del fatto che essa debba essere esperita obbligatoriamente o meno a secondo di quanto stabilito dalla normativa.

Far capire che essa non è un passaggio formale, ma un'opportunità effettiva di portare velocemente a soluzione questioni spesso complesse diventa pertanto essenziale ed in questo, certamente, molte figure professionali possono contribuire ad innescare un processo che permetta una maggiore e soprattutto migliore affermazione dello strumento della mediazione.

Ciò richiama, tuttavia, l'attenzione sull'opportunità di un *piano di comunicazione indirizzato a professionisti ben individuati*, con contenuti molto concreti e che abbatta alcune opinioni che sembrano essersi già sedimentate nell'opinione comune, come l'idea che la mediazione non abbia la medesima efficacia di una sentenza del giudice ordinario.

Una conoscenza abbastanza sommaria delle procedure alternative per la risoluzione di controversie, ma *buona percezione dei*



*vantaggi che possono offrire in termini di costi e tempi rispetto alla giustizia ordinaria.* Sono questi i risultati che emergono dalle interviste sul grado di conoscenza della mediazione, sottoposte a tutti gli imprenditori, indipendentemente dal fatto che ne abbiano usufruito o meno.

Infatti, poco più del 60% delle 500 imprese intervistate dichiara una conoscenza generica e per sentito dire della mediazione, ossia è capace di definire soltanto a grandi linee di che si tratta e in cosa consiste. Il dato maggiormente preoccupante sembra essere rappresentato da circa il 21% del campione che non ha alcuna cognizione della mediazione, ignorandone addirittura l'esistenza. Di converso, gli imprenditori che dichiarano una conoscenza abbastanza approfondita sono 66, pari a circa il 18% del campione, che comunque rappresenta la minoranza relativa.

Cosa è possibile dedurre da tali dati?

L'attuale livello di conoscenza della mediazione presso il tessuto produttivo della nostra provincia può essere considerato carente, con la necessità che molti aspetti vadano migliorati. Numerosi, come si è detto, sono gli imprenditori che sanno dell'esistenza di strumenti alternativi di soluzione delle controversie; ma anche se questo appare di per sé già un buon risultato, resta, tuttavia, il problema di una conoscenza piuttosto superficiale che può, per molti versi, depotenziare il ricorso ed il valore intrinseco che oggi la mediazione può svolgere. Conoscere poco tale strumento può, infatti, alimentare – anziché spegnere – un atteggiamento di distanza o di diffidenza, che in molti casi esiste e che spinge ancora oggi molte aziende ad affidarsi, nonostante tempi lunghi e costi più elevati, alla giustizia ordinaria, considerando spesso il giudice più competente rispetto al mediatore. Ritorna ad essere centrale, dunque, il ruolo dell'informazione sulle caratteristiche, sulle modalità di accesso e sui costi della mediazione.

Occorre sottolineare che nonostante quello che può essere definito come un *deficit informativo* che sembra caratterizzare il tessuto produttivo della nostra provincia *le imprese sembrano dimostrare una buona percezione dei vantaggi* che gli strumenti di giustizia alternativa potrebbero offrire rispetto a quella ordinaria.

Infatti:

- circa il 40% del campione ha dichiarato che, di fronte a controversie non particolarmente complesse (ad esempio: mancato pagamento, fornitura non a regola d'arte, rapporti con la banca, ecc.), nel caso

non si riesca a trovare una soluzione amichevole, si rivolgerebbe a procedure come la mediazione o l'arbitrato;

- la percentuale di chi si rivolgerebbe alla giustizia ordinaria è soltanto del 15%;
- mentre la maggioranza relativa, pari al 44%, deciderebbe a seconda del particolare caso di controversia.

In relazione alle risposte fornite, è stato chiesto alle imprese il motivo per cui sceglierebbero una modalità di ricorso piuttosto che un'altra.

Tra coloro che si rivolgerebbero alla giustizia ordinaria, *la motivazione più frequentemente addotta (dal 40% degli imprenditori) è la non adeguata conoscenza delle forme alternative di risoluzione delle controversie.* Una ulteriore dimostrazione di una conoscenza sommaria della mediazione deriva dal 16% di imprese secondo le quali le sentenze emesse da un giudice ordinario sono più efficaci e maggiormente vincolanti rispetto agli accordi raggiunti in sede di conciliazione e dal 7% che ritiene la giustizia ordinaria meno costosa di un ricorso ad un organismo di conciliazione. Il 39% di questa porzione di imprenditori giustifica la preferenza per un ricorso al giudice ordinario con *la sensazione che egli posseda maggiori competenze rispetto ad un mediatore o un arbitro.*

È molto interessante rilevare, dunque, come il ricorso ad un giudice ordinario sia dettato più dalla scarsa conoscenza, che alimenta anche una certa diffidenza nella figura del mediatore rispetto a quella più conosciuta di un giudice ordinario, dello strumento della mediazione che da una esperienza diretta.

Ciò conferma l'idea che la mediazione abbia maggiori potenzialità di crescita rispetto a quanto registrato finora.

Sensazioni leggermente differenti per il 32% delle imprese che sceglierebbe la mediazione perché più rapida del giudizio ordinario, ma, allo stesso tempo, ritiene i giudici più competenti rispetto ai mediatori. Quest'ultimo aspetto colpisce non poco ed appare come un elemento di cui tenere particolarmente conto nella definizione di una strategia finalizzata ad incentivare il ricorso alla mediazione. È piuttosto chiaro che *persiste in un numero assai elevato di imprese la percezione che il mediatore potrebbe non essere all'altezza del proprio compito*, o che comunque un giudice possa fare meglio.

Manca quasi del tutto, dunque, la cognizione della differenza sostanziale tra la mediazione, che tenta di spingere le parti ad un accordo accettabile per entrambe, ed un

giudizio ordinario, più rigido perché fondato sull'applicazione rigorosa delle norme. La mediazione va oltre le questioni di diritto, pur ovviamente non travalicando i limiti imposti dalla legge, ed il più delle volte si rivela confacente alle reali aspettative delle parti molto di più rispetto alla decisione di un giudice ordinario. Il metodo di lavoro di un mediatore è, pertanto, completamente diverso da quello di un giudice e già questa differenza sostanziale tra i due procedimenti dovrebbe essere oggetto di una campagna informativa.

Nell'ambito di una possibile campagna di comunicazione occorrerebbe inoltre puntare sulla professionalità dei mediatori, il che significa che gli stessi organismi di certificazione dovrebbero puntare su standard qualitativi elevati anche attraverso strumenti di controllo interni e criteri selettivi più stringenti.

La maggior parte delle imprese provinciali che ha utilizzato la mediazione ha espresso opinioni positive per ogni suo aspetto. Nello specifico *i punti di forza maggiormente evidenziati dagli imprenditori* sono i seguenti:

- l'utilità a risolvere le controversie tra imprese, permettendo loro anche di continuare ad intrattenere rapporti commerciali, per l'80%;
- la competenza e la professionalità del soggetto mediatore, sempre per l'80%;
- la semplicità del procedimento, sia relativamente alle modalità di accesso sia, complessivamente, per tutto l'iter, come indicato dal 73% delle imprese;
- la convenienza dal punto di vista economico, in termini di costi sostenuti, e della tempistica per il raggiungimento dell'accordo tra le parti (di gran lunga inferiore ai tempi di attesa per una sentenza giudiziale), elementi valutati positivamente da due terzi delle imprese.

Particolarmente interessante sembra essere l'opinione secondo cui *la mediazione evita alle imprese uno scontro diretto con la controparte (quasi sempre un'altra azienda)*, compromettendo dei rapporti che invece possono valere e rivelarsi determinanti anche per il futuro. *La celerità di eventuale soluzione di una controversia ed i costi limitati del procedimento non sono, dunque, che la punta dell'iceberg di un sistema in larga misura virtuoso, i cui elementi di forza superano di gran lunga i fattori critici.*

Vale la pena chiedersi, infine, cosa sia possibile fare in futuro. Da questo punto di vista l'opinione degli imprenditori offre spunti interessanti.

In particolare, la maggior parte degli imprenditori che vi ha fatto ricorso ritiene fon-

damentale una campagna informativa a beneficio delle imprese del territorio finalizzata a illustrare il funzionamento e i vantaggi di tali sistemi; allo stesso modo, ritiene che anche le strutture dove si svolge la mediazione debbano essere maggiormente conosciute e pubblicizzate.

È chiaro tuttavia che l'affermazione di tale strumento dipende da una molteplicità di fattori, il primo dei quali riguarda la conoscenza stessa della mediazione presso gli imprenditori, ponendo così la questione di individuare gli strumenti ed i modi per avviare un percorso di affermazione di una maggiore e migliore "cultura della mediazione".

VINCENZO LAZZARO  
Ufficio Studi Associazione Unionliberi

© RIPRODUZIONE RISERVATA

## **Mediazione civile e competitività delle imprese italiane**

*Dalla mediazione obbligatoria per materia alla mediazione obbligatoria per soggetto*

Chi esercita libere professioni che pongono a costante contatto con le imprese e con l'economia reale riscontra quotidianamente le criticità delle imprese del tessuto imprenditoriale italiano.

Importanti volumi in termini di PIL sono generati da micro-imprese costituite dal titolare e da membri del nucleo familiare e da piccole imprese con un numero di dipendenti inferiore ai quindici.

Si tratta di aziende il cui capitale è frutto di conferimenti iniziali personali del titolare, utili non distribuiti e accesso al credito.

I conferimenti iniziali di capitale personale dell'imprenditore sono tendenzialmente inversamente proporzionali al rischio d'impresa (più l'attività è rischiosa, meno capitale personale l'imprenditore è portato ad assoggettare al rischio e viceversa), la destinazione degli utili dipende dall'andamento economico e l'accesso al credito dalla capacità patrimoniale, finanziaria ed economica dell'azienda: è evidente che tali variabili siano strettamente correlate fra loro.

La recessione porta, fra l'altro, al ridimensionamento dei piani economici, alla riduzione della propensione al rischio dell'imprenditore e ad una maggiore prudenza da parte degli operatori finanziari nel concedere linee di credito o finanziamenti alle imprese.

Ne consegue una generale minor liquidità a disposizione dell'economia reale, minori investimenti, minore produzione, minori opportunità occupazionali.

La stretta finanziaria, i sempre maggiori oneri fiscali diretti (imposte) ed indiretti (limiti nella deducibilità dei costi), la complessa gestione del personale ed i minori ed incerti volumi di produzione, rappresentano, per le imprese, fonte di controversie e contenziosi di varia natura:

- fiscale/tributaria
- nella gestione del personale dipendente
- nei rapporti con clienti e fornitori
- nei rapporti con la pubblica amministrazione
- nell'ambito del diritto societario e quindi nel rapporto fra organi istituzionali (soci, amministratori, etc).

Per le imprese la gestione del contenzioso rappresenta un costo in termini economici e in termini di opportunità: spese legali e giudiziarie e tempi dei processi civili incidono negativamente sui bilanci, la dispersione di tempo ed energie da parte dell'imprenditore impatta su efficienza e produttività.

Per i privati la gestione del contenzioso genera costi e disagi sotto il profilo umano e psicologico.

Per gli enti pubblici il contenzioso è spesso un atto dovuto in capo al dirigente che teme le conseguenze personali derivanti dall'omissione di atti d'ufficio o dalla contestazione del danno erariale, a prescindere dall'effettiva opportunità di avviare o meno un procedimento giudiziario, con costi ed inefficienze che generano effetti sulla collettività, sotto forma di maggiori oneri fiscali e minori risorse da destinarsi a servizi pubblici di primaria utilità.

Emerge evidentemente che l'imprenditore necessiti di strumenti per la gestione delle controversie e dei contenziosi che siano compatibili con i tempi e con i costi dell'impresa.

L'attesa dell'esito definitivo di un giudizio può giungere anche dopo oltre sette anni secondo le più accreditate statistiche e tutti i costi legali, tecnici e giudiziali ad esso correlati, distrae l'imprenditore dal fare impresa e sottrae risorse da destinarsi agli investimenti, genera inefficienza e perdita di competitività.

Il ricorso alle clausole contrattuali di mediazione è sicuramente un valido strumento ma non basta: le materie soggette a condizione di procedibilità che dal 20 settembre 2013 comporteranno l'"obbligo" di fatto di esperire un tentativo di conciliazione non comprendono importanti aree di conflitto in cui le imprese spesso si trovano ad operare, quali:

- contenzioso tributario
- appalti
- prestazione d'opera manuale od intellettuale
- lavoro
- diritto societario
- recupero crediti

- rapporti con le pubbliche amministrazioni e con gli enti locali

Il contenzioso tributario è spesso generato da problemi di interpretazione e di applicazione della norma fiscale nelle differenti e svariate fattispecie che interessano il contribuente e che la norma stessa spesso non può prevedere.

Nell'ambito dei contratti di appalto o di prestazione d'opera manuale od intellettuale sono frequenti le controversie sulle modalità e sui tempi di adempimento delle obbligazioni assunte con la sottoscrizione del contratto.

In materia di lavoro, la corretta applicazione del contratto normativamente previsto rispetto alla sua "causa" intesa come funzione economico-sociale dello stesso, rappresenta fertili fonti di controversia.

La materia societaria, nella gestione dei rapporti fra soci, nelle delicate fasi dei cambi generazionali della leadership e del management aziendale e a seguito di successione ereditaria costituisce fonti di contenzioso e di forte stress per le imprese, aspetto di maggiore rilievo in presenza di un tessuto imprenditoriale composto da imprese di dimensioni ridotte.

Il problema del recupero crediti può essere gestito in mediazione con soluzioni "non tradizionali" come pagamenti in natura anziché in denaro, nuovi rapporti di fornitura o di appalto, permuta, nuove opportunità in genere, conservando il rapporto interprofessionale e risolvendo la controversia spostando l'attenzione anziché sui diritti, sui bisogni.

Infine quando una parte è una pubblica amministrazione o un ente pubblico, il problema della discrezionalità del rappresentante dell'ente in mediazione ed il rischio di generare un danno erariale vanifica spesso la bontà dello strumento della mediazione.

Ne deriva che, sotto il profilo dei "bisogni" intesi dal punto di vista socio-economico, "chiunque" (utilizzando un termine del legislatore estratto dal D.Lgs 28/2010) necessita di un sistema di gestione delle controversie di tipo civile, commerciale, bancario, assicurativo, contrattuale, condominiale, aziendale, immobiliare, lavorativo, etc. che sia orientato al soddisfacimento delle necessità delle parti interessate, al di là di ogni questione di diritto che, eventualmente, sarà di competenza del giudice laddove le parti non dovessero raggiungere un accordo.

Il problema è quindi ottenere la partecipazione delle parti anche quando la mediazione non è "condizione di procedibilità", ottenere un concreto sistema "sanzionatorio" che disincentivi la mancata partecipazione

anche quando per norma o per contratto non sia obbligatorio esperire il tentativo di conciliazione innanzi al mediatore.

Il concreto rischio che si corre è che le imprese ed i propri consulenti non conoscano lo strumento della mediazione, la sua importanza e la sua efficacia, utile al rilancio della competitività delle imprese nel nostro paese.

Ideale sarebbe, per l'economia e per le imprese, individuare in un "decreto del fare bis" un pacchetto di norme per il rilancio specifico delle imprese, che contenga una condizione di procedibilità di tipo soggettivo da affiancare alla condizione di procedibilità per materia, che preveda l'obbligo della mediazione in tutte le controversie che vedono come parte un'impresa.

IVAN GIORDANO

*Direttore Scientifico dell'ente di formazione ICAF  
Presidente di AssoConciliazione  
Coordinatore per la Regione Lombardia del Forum  
Nazionale dei Mediatori*

© RIPRODUZIONE RISERVATA

## In tema di mediazione nei servizi pubblici

*Posizione del problema. La conciliazione nei servizi pubblici*

Superata, in virtù del disposto dell'art. 84 della legge n. 98 del 9 agosto 2013, che ha convertito in legge il decreto legislativo n. 69 del 21 giugno 2013, la fase di stallo dell'istituto della mediazione, dovuta alla incertezza conseguente alla pronuncia della Corte costituzionale n. 272, del 6 dicembre 2012<sup>1</sup>, che aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 5 del decreto legislativo n. 28 del 2010, comportante la mediazione obbligatoria, è oggi possibile riprendere una serena analisi dell'istituto della media-conciliazione, verificando anche le ipotesi di espansione del campo applicativo di esso. In particolare il presente studio ha come obiettivo quello di ricercare la possibilità di utilizzare la mediazione finalizzata alla conciliazione nel contesto dei servizi pubblici.

Conciliazione e servizi pubblici appaiono *prima facie* come termini antitetici. Se, infatti, la prima si concreta in una procedura alternativa alla lite, idonea ad approdare ad un *concilium*, ad una composizione di interessi, attraverso il *consilium* di un soggetto terzo<sup>2</sup>, i secondi rappresentano un peculiare settore della cosa pubblica in cui gli interessi coinvolti sfuggono alla disponibilità di alcuno, e non appaiono ad un primo esame oggetto di transazione.

Se tanto si è dubitato – e tuttora si dubita – sulla conformità a Costituzione dei cosiddetti tentativi di conciliazione e, più in

generale, degli strumenti di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione<sup>3</sup>, massimamente ove detti "tentativi" risultino "obbligatorie"<sup>4</sup>, ancora più si deve dubitare quando le procedure di mediazione investano l'erogazione di servizi di utilità pubblica rispetto i quali la tutela della *res publica* e del mercato si risolvono nella necessaria salvaguardia di interessi plurisoggettivi.

Da una più attenta analisi, però, la normativa di settore dimostra che detta conciliazione è possibile, anche in un contesto tanto rilevante e delicato, quale è quello in esame. Emblematici sono i casi della conciliazione operati dalle Camere di commercio, avanti ai Comitati regionali per le comunicazioni, in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali, o avanti all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas. Anzi, il sempre maggiore *favor* della giurisprudenza per istituti siffatti ha indotto alla qualifica di alcune delle conciliazioni anzidette come "obbligatorie", per l'effetto, tali da rendere improcedibile il contenzioso a valle<sup>5</sup>.

L'individuazione dei correttivi necessari ai fini della piena conformità a Costituzione dei tentativi di conciliazione anzidetti, è lo scopo della nostra analisi, che dovrà, per forza di

<sup>3</sup> Si pensi alle fondamentali riflessioni di P. Calamandrei, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, 1, p. 37.

<sup>4</sup> Così, l'art. 84 della legge 9 agosto 2013, n. 98, che ha convertito il decreto legge n. 69 del 2013. In merito, si veda, anche per i riferimenti bibliografici, C. Besso (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2010, oltre a P. Sandulli *La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in A. Didone (a cura di), *Il processo civile competitivo*, Torino, 2010, p. 979, e agli ulteriori testi citati *infra*. Sui principi sottostanti il dettato normativo, se vuoi, cfr. P. Sandulli, voce *Conciliazione*, in *Enciclopedia Piccola Treccani*, 2007 e Id., *Le soluzioni alternative alla lite: la Conciliazione e l'Arbitrato*, in *Temi Romana*, 2007.

<sup>5</sup> Si veda l'importante sentenza Cass. civ., sez. III, 8 aprile 2010, n. 8362, in *Giust. civ. Mass.* 2010, 4, p. 516 ove si è statuito che: "le controversie civili tra utenti e gestori di servizi di telefonia, che ai sensi dell'art. 1 11° co., l. 31.7.1997, n. 249, debbono essere precedute a pena di improponibilità dal tentativo di conciliazione dinanzi al Co.re. com competente per territorio, sono non soltanto quelle concernenti l'adempimento delle obbligazioni scaturenti dal contratto di utenza telefonica, ma anche quelle nelle quali si contesti l'esistenza stessa di tale contratto".

<sup>1</sup> Vedi sul punto il mio articolo *Le alternative al giudizio e l'economia di mercato alla luce della sentenza n. 272 del 2012, della Corte costituzionale* in *Mediazione*, fascicolo 1, 2013, p. 13. Nello stesso fascicolo è possibile esaminare il testo completo della decisione della Corte costituzionale a p. 31.

<sup>2</sup> Si veda, sul tema, C. Punzi, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 845 e ss., in particolare p. 859. Cfr., anche P. Sandulli, *I nuovi percorsi della tutela. Riflessioni in materia di processo civile*, Roma, 2006, p. 214. Rilevante è, in materia, la nuova normativa, predisposta dal D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 sulla mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali. Si veda anche il successivo D.M. 18 ottobre 2010, n. 180, che ha fissato criteri e modalità di tenuta del registro degli organismi di mediazione ed, infine, le ulteriori modifiche apportate dal D.M. 6 luglio 2011, n. 145.

cose, snodarsi attraverso il compiuto vaglio delle singole procedure conciliative. Per tutelare il settore pubblico e, con questo, i soggetti tutti che vi sono coinvolti, si deve transitare dalla pluralità di forme di conciliazione di cui alla normativa speciale ad un 'modello' generale di conciliazione, a quel nucleo dei requisiti minimi senza i quali la singola procedura conciliativa non può dirsi 'giusta'.

#### *La conciliazione presso le Camere di Commercio*

Come è noto, la legge 29 dicembre 1993, n. 580, concernente il riordinamento delle Camere di Commercio, industria, artigianato, agricoltura, ha conferito a queste ultime la facoltà di istituire servizi di conciliazione, sia come camere, sia in forma associata<sup>6</sup>.

All'interno del quadro normativo anzidetto, si colloca il peculiare tentativo di conciliazione, funzionale alla composizione delle liti tra utenti e soggetti esercenti servizi di pubblica utilità, che l'articolo 24, c. 2, della legge 14 novembre 1995, n. 481<sup>7</sup> ha introdotto.

La disciplina di dettaglio è stata precipuamente demandata, dalla legge, ai regolamenti istitutivi delle Autorità garanti, nei quali le stesse devono adottare i criteri, le condizioni, i termini e le modalità per l'esperimento delle procedure di conciliazione e arbitrato in contraddittorio, relativamente alle controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio.

Al riguardo particolarmente rilevante appare la previsione normativa per cui i termini per il ricorso in sede giurisdizionale devono intendersi *sospesi* fino alla scadenza del termine fissato per la presentazione delle istanze di conciliazione o di deferimento agli arbitri<sup>8</sup>. La proposizione del ricorso prima dell'avvenuto esperimento del tentativo comporterebbe – come detto – la sanzione di *improcedibilità* dell'azione.

Altrettanto rilevante, e tale da potenziare il ricorso a dette forme alternative e deflattive del contenzioso, è il disposto che prevede che il verbale di conciliazione varrebbe, di per sé, come titolo esecutivo.

A bilanciare gli interessi plurimi e composti oggetto delle procedure conciliative, vi è il comma 20, lett. e) dello stesso articolo 2, che conferisce alle *Authorities* il potere di

<sup>6</sup> Da detta previsione iniziale, ne sono discese altre di carattere specifico, destinate a regolare peculiari tipi di controversie tra imprese, o tra imprese e consumatori.

<sup>7</sup> "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità".

<sup>8</sup> E ciò – evidentemente – per evitare che il tempo necessario all'esperimento del tentativo si risolva in un danno per chi propone l'istanza.

adottare, in seno alla procedura conciliativa, i provvedimenti temporanei diretti a far sì che l'erogazione del servizio non abbia a cessare, ovvero il potere di far porre fine a forme di abuso o di scorretto funzionamento del servizio da parte del soggetto esercente<sup>9</sup>.

#### *La conciliazione presso l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*

Alla legge n. 481/1995 è seguita la legge 31 luglio 1997, n. 249, che ha istituito l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni<sup>10</sup> e le norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo, ed ha espressamente disposto che le controversie tra utenti e gestori o tra diversi gestori devono essere precedute da un tentativo di conciliazione, avanti alla stessa Autorità garante<sup>11</sup>.

Quest'ultima ha, successivamente, adottato il regolamento di procedura delle controversie menzionate, con la delibera n. 182/2002<sup>12</sup>, recentemente novellata dalla delibera n. 173/2007.

Il compito di comporre le liti – o meglio, di "gestirle", come è proprio della "conciliazione" – spetta ai Co.re.com, i Comitati regionali per le Comunicazioni, organi amministrativi deputati alla funzione di governo, garanzia e controllo sul sistema delle comunicazioni in ambito regionale<sup>13</sup>. Il tentativo, destinato a sfociare in un verbale di conciliazione avente efficacia esecutiva, deve essere esperito avanti al Co.re.com della regione in cui risiede l'utente; nell'istanza introduttiva devono essere inclusi i dati identificativi dell'utente, il numero dell'utenza in caso di controversia relativa a servizi telefonici, la denominazione e sede dell'operatore, le

<sup>9</sup> Si veda l'importante articolo 2 c. 20 lett. e), che ha previsto che: "ciascuna autorità può adottare, nell'ambito della procedura di conciliazione o di arbitrato, provvedimenti temporanei diretti a garantire la continuità dell'erogazione del servizio ovvero a far cessare forme di abuso o di scorretto funzionamento da parte del soggetto esercente il servizio".

<sup>10</sup> Comunemente detta Agcom.

<sup>11</sup> Sulla natura obbligatoria di detto tentativo, si confrontino P. Cimino-F. Ciommo, *Contratti di telefonia: sospetto di illegittimità costituzionale dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione presso i Co.re.com*, in *Dir. internet*, 2006, p. 389 e R. Grisafi, *L'illusoria consistenza della volontà contrattuale nei servizi telefonici non richiesti. La conciliazione obbligatoria dinanzi al Co.re.com*, in *La responsabilità civile*, n. 3/2011, p. 178. Tuttavia, in senso contrario alla obbligatorietà del citato tentativo, cfr. Cass. civ., sez. III, 17 maggio 2007, n. 11452, in *Nuova giur. comm.*, 2008, I, p. 17.

<sup>12</sup> Delibera Agcom 19 luglio 2002, n. 182/02.

<sup>13</sup> È, comunque, fatta salva la facoltà di esperire il tentativo avanti agli organismi istituiti per accordo tra gli operatori e le associazioni di consumatori a livello nazionale, sempreché operino gratuitamente e rispettino i requisiti di trasparenza, equità, efficacia. Cfr., in argomento, la raccomandazione 2001/310 CE.

motivazioni poste alla base dell'istanza e la documentazione funzionale alla migliore risoluzione della controversia<sup>14</sup>. È dato all'istante richiedere l'adozione di provvedimenti temporanei diretti a garantire l'erogazione del servizio oggetto della controversia o a far cessare gli eventuali contegni scorretti.

Quanto allo svolgimento della procedura, ove il Co.re.com riscontri un vizio causa di inammissibilità della domanda, comunica alle parti, entro sette giorni lavorativi dal ricevimento dell'istanza, a mezzo fax o per via telematica, l'avviso di convocazione per l'esperimento del tentativo di conciliazione, da tenersi non prima della scadenza del termine dilatorio di sette giorni dal ricevimento dell'avviso medesimo.

È, poi, possibile che la parte convocata non intenda prestare adesione alla procedura conciliativa. Il comma 3 dell'art. 8 del regolamento 173/2007 concede alla medesima un termine di dieci giorni per comunicare al Co.re.com la volontà di rinunciare alla composizione della lite. Decorso inutilmente detto termine, o nell'ipotesi di risposta negativa espressa, il responsabile del procedimento redige un verbale negativo trasmettendolo alla parte istante.

Ove, invece, entrambe le parti aderiscano al tentativo, si giunge all'udienza di conciliazione, destinata a svolgersi avanti al responsabile del procedimento, anche in videoconferenza. Il responsabile ha facoltà di gestire la vicenda secondo il suo prudente apprezzamento, fissando una nuova udienza o proponendo una o più ipotesi di soluzione della lite. Se il tentativo ha esito positivo, se ne redige un processo verbale che viene sottoscritto dalle parti e dal responsabile della procedura, esso è destinato a costituire titolo esecutivo<sup>15</sup>. Se, diversamente, non si raggiunge un accordo, il responsabile forma un succinto verbale di esito negativo nel quale le parti possono indicare le proposte da loro suggerite come ipotesi di componimento.

È stato fissato anche il termine di durata del procedimento, che non può eccedere i trenta giorni dal suo avvio – lasso temporale durante il quale i termini per la domanda giudiziale rimangono sospesi.

<sup>14</sup> A pena di inammissibilità, sono espressamente richiesti: il nome, il cognome, la residenza o il domicilio dell'utente; il numero dell'utenza in caso di controversia relativa a servizi telefonici; la denominazione e la sede dell'operatore. È altresì necessario – sempre ai fini dell'ammissibilità – che risulti la sottoscrizione dell'utente o del legale rappresentante delle persone giuridiche.

<sup>15</sup> Così, il già citato articolo 2, comma 24, lett. b), l. n. 481/1995, cit.

### *La conciliazione in materia di sciopero dei servizi pubblici essenziali*

Mentre è – per orientamento costante – di carattere obbligatorio il tentativo di conciliazione avanti all'Agcom, diversamente deve dirsi per i tentativi concernenti i servizi pubblici essenziali e l'energia elettrica ed il gas.

La legge n. 146/1990<sup>16</sup> ha previsto, in termini di facoltatività, il tentativo esperibile avanti al Comune o alla Prefettura, al fine di approdare ad un *concilium* in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali<sup>17</sup>.

In particolare, le parti possono chiedere che il tentativo di conciliazione abbia luogo presso il Comune, nel caso di scioperi di servizi pubblici e sempre che il Comune non sia parte della controversia. Diversamente, ove manchi una richiesta espressa o difettino le condizioni anzidette, è comunque dato esperire il tentativo avanti agli uffici della Prefettura, se lo sciopero ha carattere locale, e innanzi al Ministero del lavoro, se esso ha invece carattere nazionale.

All'importante articolo 8 della legge citata è previsto l'intervento del Presidente del Consiglio dei ministri o di un ministro o di un Prefetto – a seconda della rilevanza territoriale del conflitto – con la precipua funzione di promuovere la conciliazione, previo invito espresso alle parti di desistere da atteggiamenti che determinino l'insorgere di eventuali situazioni di pericolo.

Anche la Commissione di garanzia, istituita dalla l. n. 146/1990, può proporre una conciliazione, relativamente all'accordo sulle prestazioni da considerarsi indispensabili, per garantire a tutte le parti coinvolte le necessarie tutele e l'esercizio corretto anche del diritto di sciopero.

### *La conciliazione in materia di energia elettrica e gas*

Altrettanto facoltativa è la conciliazione in materia di energia elettrica e gas, ed il motivo dell'assenza di obbligatorietà si rinviene nella mancata attuazione, da parte dell'Autorità garante, dei principi che, in tema di

<sup>16</sup> L. 12 giugno 1990, n. 146, "norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati. Istituzione della commissione di garanzia dell'attuazione della legge".

<sup>17</sup> Per quanto concerne i servizi pubblici essenziali e più in generale per ciò che concerne la qualifica di servizio pubblico è necessario precisare che la individuazione di servizio pubblico risponde ad un criterio di opportunità individuato di volta in volta dalla norma, ma tale qualificazione può anche, in talune ipotesi, essere regolata quando non ricorrono più quei criteri di economicità (tariffazione calmierata) e la pillarità del servizio che avevano suggerito la qualificazione di esso come servizio pubblico.

conciliazione, erano stati fissati dalla legge n. 481/1995.

Si è, infatti, ricordato che quest'ultima ha disposto che, con uno o più regolamenti, siano definiti i criteri, le condizioni, i termini e le modalità per l'esperimento di procedure di conciliazione o di arbitrato, in contraddittorio presso le Autorità, nei casi di controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio, prevedendo altresì i casi in cui tali procedure di conciliazione o di arbitrato possano essere rimesse in prima istanza alle commissioni arbitrali e conciliative istituite presso le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, ai sensi dell'articolo 2, comma 4, lettera a) della legge 29 dicembre 1993, n. 580<sup>18</sup>.

Ora, se è vero che, con deliberazione n. 226/01 l'Autorità garante dell'energia elettrica e del gas ha approvato un Protocollo d'intesa tra l'Autorità medesima e il Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti, sottoscritto il 17 ottobre 2001, che include tra le sue finalità, anche la promozione di procedure conciliative per la risoluzione di controversie tra clienti finali ed esercenti i servizi di distribuzione e vendita dell'energia elettrica e del gas e, con le successive deliberazioni n. 35/07 e n. 129/08, l'Autorità ha disposto, a notevole distanza di tempo, il finanziamento di progetti idonei alla realizzazione di attività di formazione finalizzate all'attuazione delle procedure conciliative, la conciliazione *ad hoc* avanti all'*Authority*, auspicabilmente di natura obbligatoria, resta solo nelle intenzioni e nei programmi di quest'ultima<sup>19</sup>.

Invero, pur essendo stati stipulati Protocolli di intesa tra le Associazioni di consumatori rappresentate nel CNCU<sup>20</sup> e le Associazioni rappresentative di imprese aventi ad oggetto l'attuazione di procedure conciliative, l'unico tentativo di conciliazione esperibile è, ad oggi, quello individuato dalla legge n. 580/1993, destinato a svolgersi avanti alle Commissioni di conciliazione ivi previste, ed è di natura facoltativa.

Così si è del resto espressa la recente giurisprudenza, per cui, per il settore di regolazione del servizio di pubblica utilità per l'energia elettrica, le controversie fra l'utente e il soggetto esercente il servizio non sono soggette alla condizione di procedibilità dell'esperimento di un tentativo di conciliazione obbligatorio avanti alle commissioni

di conciliazione, istituite presso le Camere di Commercio<sup>21</sup>.

Nell'attesa di linee direttive più compiute, che l'Autorità tarda a fornire, è pur possibile rilevare che la sintetica procedura avanti alle dette Commissioni è idonea a garantire gli interessi collettivi coinvolti, in quanto risulti effettivamente terzo ed imparziale il conciliatore, nonché dotato di adeguata preparazione professionale. Se è, poi, pur vero che la procedura in Camera di Commercio vede le parti protagoniste principali, è destinata ad iniziare dopo la manifestazione di volontà di entrambe a tentare la conciliazione, e si conclude con una decisione di natura essenzialmente negoziabile, la natura pubblicistica delle controversie nella materia in esame rende necessari alcuni peculiari adeguamenti, volti a potenziare il ruolo del conciliatore. In questa direzione conduce la previsione di cui alla l. n. 481/1995, per cui il verbale di conciliazione può assumere – nonostante la natura privatistica dell'atto – efficacia di titolo esecutivo.

#### *La conciliazione nei servizi pubblici secondo la legislazione regionale*

Un posto a parte, nel quadro anzidetto, lo occupa la conciliazione nei servizi pubblici secondo la recente legislazione regionale. Diverse sono, infatti, le regioni che hanno prefissato l'obiettivo di delineare tentativi di conciliazione a presidio di interessi collettivi degli utenti.

Infatti, nonostante l'articolo 117 c. 2 lett. l) della Carta costituzionale rimetta al solo Stato la competenza in materia di ordinamento civile<sup>22</sup>, più d'una è la regione che ha fornito una disciplina compiuta in tema di composizione stragiudiziale delle controversie nei servizi di utilità pubblica.

Emblematico è il caso della Regione Lombardia, che, con la propria legge n. 26/2003, ha voluto disciplinare i servizi di interesse economico generale, con un'ottica di particolare attenzione all'individuazione dei meccanismi che garantiscano un'effettiva tutela dei diritti degli utenti. A tale scopo, la legge non solo identifica i contenuti minimi delle carte dei servizi, ma istituisce altresì un Garante dei servizi locali di interesse economico generale, cui affianca un Osservatorio regionale risorse e servizi, al fine di predisporre un controllo effettivo ed esterno sia sui conte-

<sup>18</sup> Si veda altresì la raccomandazione 2001/310/CE, che promuove specificamente le procedure di conciliazione, alternative alle controversie giudiziarie.

<sup>19</sup> Ma, allo stato non ha ricevuto alcun concreto impulso.

<sup>20</sup> Leggasi Consiglio Nazionale Consumatori e Utenti.

<sup>21</sup> Cass. civ., sez. II, 17 maggio 2007, n. 11452, in *Resp. Civ. e prev.* 2007, 10, p. 2058.

<sup>22</sup> Sulla compatibilità della legislazione in commento con detto disposto costituzionale, cfr. C. Cost., 14 maggio 2010, n. 178, in *Giur. Cost.* 2010, p. 317.



nuti delle carte, sia sui livelli di qualità delle prestazioni erogate<sup>23</sup>.

Ancora più significativo è il caso della legislazione regionale veneta. Di estremo rilievo è, infatti, la legge regionale n. 15/2009 sulla gestione stragiudiziale del contenzioso sanitario, che si è data l'obiettivo di regolare modalità di composizione *extra iudicium* delle liti insorte in occasione dell'erogazione di prestazioni sanitarie. Lo strumento individuato per realizzare tale fine consiste nell'istituzione di una Commissione conciliativa regionale, cui si assegna il compito di promuovere la risoluzione stragiudiziale delle controversie derivanti dalla responsabilità civile delle strutture sanitarie pubbliche e di quelle private convenzionate con la Regione.

La legge individua i criteri direttivi cui si ispira la procedura conciliativa: non obbligatorietà, volontarietà, gratuità, imparzialità, celerità e riservatezza del procedimento conciliativo, non vincolatività della decisione della Commissione e "definizione della conciliazione, in caso di accordo fra le parti, con un atto negoziale di diritto privato ai sensi dell'articolo 1965 cod. civ."

Del resto, non a caso l'articolo 101 del codice di consumo affianca le Regioni allo Stato, prevedendo il compito anche delle prime di "riconoscere e garantire i diritti degli utenti dei servizi pubblici" e il successivo articolo 145, dello stesso codice, fa salve le disposizioni adottate dalle regioni nell'esercizio delle proprie competenze legislative in materia di educazione e informazione del consumatore. La promozione delle procedure conciliative da parte delle Regioni, lungi dal sottrarre poteri riservati allo Stato o da sovrapporsi all'adozione di procedure di mediazione quali quelle ex d.lgs. n. 28/2010, favoriscono quella cultura della pacificazione, vicina all'utente e consonante con le sue esigenze, di cui il sistema giustizia ha impellente bisogno, sia per la pianificazione di offerte alternative alla giustizia sia per garantire una effettiva deflazione delle liti.

*Dalle "conciliazioni" alla "conciliazione". Spunti per una lettura unitaria del problema*

Alla domanda se dalle plurime forme di conciliazione passate in rassegna si possa approdare ad un modello unico di conciliazione nei servizi pubblici, tale da fornire le coordinate necessarie alla legislazione statale e regionale, si può tentare di dare una risposta, o quantomeno, disegnare un pro-

cedimento approssimativo atto a garantire questa esigenza.

La tutela degli interessi collettivi coinvolti nei servizi di utilità pubblica deve, necessariamente, passare attraverso forme non esclusivamente rimesse all'autonomia delle parti in causa. È imposto dai principi generali l'affidamento ad un soggetto terzo (autorevole compositore) delle sorti di ogni procedimento di composizione delle controversie.

È, del resto, innegabile che la conciliazione, che pur trova fondamento e legittimazione nell'articolo 2 della Carta Costituzionale – e nello stesso articolo 24 di essa, che garantisce la tutela degli "interessi", anche collettivi e diffusi<sup>24</sup> – si pone in dissidio con il suo dettato ove non risulti conforme con l'articolo 111 della Costituzione. Vi è, dunque, non solo un "giusto processo", ma anche un "giusto procedimento di conciliazione", nel quale deve essere osservata, prima di tutto, la parità delle armi, anche attraverso la terzietà e l'imparzialità di chi governa detto procedimento.

Così, in materia di servizi pubblici, non vi sono soggetti più idonei delle Autorità garanti dei singoli settori a "gestire" le vertenze al fine di una loro composizione possibile. È, pertanto, quanto mai opportuno che, anche avanti all'Autorità garante per l'energia elettrica ed il gas, abbia luogo un preventivo tentativo di conciliazione, sulla falsariga di quanto avviene in sede di conciliazione avanti all'Autorità delle comunicazioni.

Data, poi, la pluralità di utenti, per forza di cose, coinvolti nel settore dei pubblici servizi, è analogamente opportuno che venga prevista, in via generale, la obbligatorietà dei tentativi di conciliazione, e – contestualmente – la sospensione dei termini per promuovere le azioni giudiziarie, al fine specifico di garantire a tutti gli utenti un trattamento uniforme, e di fornire orientamenti unitari, ovviando, a un tempo, alla crisi della giustizia.

Inoltre, l'obbligatorietà di un tentativo esperito avanti all'*Authority* competente consente a quest'ultima di esercitare ulteriormente quei poteri di controllo del settore cui essa è preposta che massimamente garantiscono gli interessi generali.

Invero, la procedura attualmente disegnata dagli articoli 139, 140 e 140 bis del codice del consumo<sup>25</sup>. Consente di individuare, per

<sup>24</sup> Sia consentito il rinvio a P. Sandulli, *Il diritto alla tutela giurisdizionale alla luce della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 384, anche nota 7.

<sup>25</sup> Il codice del consumo è stato dettato con il decreto legislativo del 6 settembre 2005, n. 206 ed è stato modificato con l'inserimento dell'articolo 140 bis (azione di classe) dalla legge del 23 luglio 2009, n. 99.

<sup>23</sup> In argomento, rinviamo a A. M. Benedetti, *Utenti e servizi pubblici nel codice del consumo: proclamazioni e poca effettività?*, in *Pol. dir.*, 2007, p. 468.

ciò che concerne l'accesso alla giustizia, sia le associazioni dei consumatori e degli utenti (in nota inserite nell'elenco previsto dall'articolo 137 dello stesso codice del consumo che contiene le associazioni rappresentative a livello nazionale) che gli organismi pubblici indipendenti nazionali e le organizzazioni riconosciute in altro stato della Unione Europea legittimati ad agire in giudizio a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti (art. 139); che il procedimento da esperire, prima di agire in giudizio, per ottenere la tutela di detti interessi (rectius: diritti previsti dall'articolo 2 del codice del consumo).

In particolare l'articolo 140, del codice in esame, ricorda la possibilità del ricorso al procedimento conciliativo, di natura facoltativa, prima di agire in giudizio ricordando, al comma 12, che restano ferme le procedure conciliative di competenza dell'autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

Infine, l'articolo 140 bis individua i diritti tutelabili con l'azione di classe. Ricordando, al comma 15, che "le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito".

Tale procedura, che fa salva la giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi in materia di servizi pubblici (art. 140, comma 11) deve, a mio avviso, essere oggi razionalizzata e coordinata con la normativa in vigore esaminando la possibilità in inserire un procedimento di conciliazione prodromico all'azione innanzi al TAR in materia di servizi pubblici. Inoltre, va verificata la possibilità di costruire, nell'ambito dell'azione a tutela degli interessi collettivi, l'inserimento di una condizione di proseguibilità costituita dal ricorso preventivo, obbligatorio, alla procedura di conciliazione.

Si deve approdare all'inserimento di un procedimento obbligatorio di conciliazione anche in sede di *class action*, ex articolo 140- bis del codice di consumo<sup>26</sup>, non solo al fine di deflazionare il carico dei ruoli dei giudici, ma anche allo scopo di rendere omogenea la disciplina relativa a singole aree di pubblica utilità – si pensi a quella sulle comunicazioni, ove il tentativo di conciliazione

è obbligatorio – e alla stessa lettera e *ratio* dell'art. 84 della legge n. 98 del 9 agosto 2013 (che ha convertito in legge il decreto legge del 21 giugno 2013, n. 69), che estende a numerose controversie, anche di diritto commerciale, la conciliazione obbligatoria.

Fatta salva l'obbligatorietà dei tentativi, il controllo delle Autorità garanti, oltre ad un metro di giudizio imparziale, e ad una tutela degli interessi collettivi conforme agli artt. 24 e 111 Costituzione, 'conciliazione' e 'servizi pubblici', da termini a tutta prima antitetici, diventano consonanti.

PIERO SANDULLI

© RIPRODUZIONE RISERVATA

<sup>26</sup> Su cui A. Briguglio, *L'azione collettiva risarcitoria*, Torino, 2008; A. Giussani, *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis cod. cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1227; S. Chiarloni, *Il nuovo art. 140 bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1842; F. Macario – C. Stazi, *L'azione collettiva risarcitoria: profili di diritto comparato*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 65; G. D'Alfonso, *Commento all'art. 140-bis*, in G. De Cristofaro – A. Zaccaria, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010, p. 947.

## SOS Media

*Un numero unico europeo di emergenza mediazione*

Con le modifiche apportate al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, contenute nell'art. 84 del Capo VIII, rubricato "Misure in materia di mediazione civile e commerciale" del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, coordinato con la legge di conversione 9 agosto 2013, n. 98, recante: "Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia", pubblicato nella G.U. n. 194 del 20 agosto 2013, l'obbligatorietà della mediazione civile e commerciale è tornata ad essere condizione di procedibilità, per tutte le materie già previste dall'art. 5 del D.Lgs. 28/2010, ad eccezione della RC auto e natanti, *ma per un periodo limitato di 4 anni.*

*Quattro anni non sono pochi, ma non sono nemmeno tanti per diffondere l'uso della conoscenza della mediazione tra i cittadini e le imprese. Occorre quindi correre, fare al più presto affinché la mediazione non torni nel dimenticatoio al termine del periodo sperimentale.*

Proprio per questi motivi, è nato il progetto "SOS media", un numero verde di "emergenza mediazione" a disposizione dei cittadini e delle imprese da apporre sugli scontrini, sulle fatture e ricevute fiscali, su un qualsiasi contratto, da promuovere con un'applicazione per smartphone, con la realizzazione di un sito internet ad hoc, con vetrofanie in tutti gli esercizi commerciali e professionali.

*Ma come dovrebbe funzionare il progetto "SOS media" e da chi dovrebbe essere gestito il servizio?*

Immaginiamo un cittadino alle prese con un disservizio medico. Prima di intraprendere la strada del conflitto giuridico, potrebbe contattare il numero verde "SOS media" per esporre il problema e per ricevere assistenza da parte di un mediatore qualificato, a casa o presso un Organismo di Mediazione, appositamente individuato per la problematica e territorialmente competente.

Il servizio "SOS media" verrebbe gestito dal V Dipartimento dell'Osservatorio sull'uso dei sistemi ADR, formato da un Team di

esperti, ricercatori, studenti di comunicazione, marketing, dei sistemi ADR all'interno di un'Università, con il compito di acquisire le informazioni dell'utenza, elaborarle, effettuare ricerche, studi, analisi per migliorare costantemente il servizio e per mettere in contatto i cittadini e le imprese con gli Organismi presenti sul territorio.

*Da chi dovrebbe essere finanziato il progetto "SOS media"?*

Il progetto "SOS media", che sorgerà e si svilupperà all'interno dell'Osservatorio sull'uso dei sistemi ADR, dovrebbe essere finanziato direttamente da tutti gli Organismi di Mediazione.

Ciò dovrebbe avvenire, almeno all'inizio, attraverso una forma di contribuzione c.d. "volontaria" successivamente con una "tassa di scopo" istituita direttamente dal Parlamento, in quanto tale progetto non ha finalità di lucro, ma è strumentale a diffondere tra i cittadini e le imprese l'istituto della mediazione e il mercato della mediazione.

*Perché il coinvolgimento delle Università con Osservatorio sull'uso dei sistemi ADR?*

Perché soltanto dal coinvolgimento delle Università con l'Osservatorio sarà possibile fornire ai cittadini, alle imprese, agli Organismi di Mediazione un servizio di qualità, indipendente, improntato allo sviluppo e alla conoscenza dei sistemi ADR in tutti i settori e gli ambiti della vita sociale.

*Da un numero verde ad un numero unico europeo di emergenza mediazione?*

Viviamo in un Mondo troppo competitivo e poco propenso al dialogo. Il progetto "SOS media" potrebbe divenire nel giro di quattro anni, dalla sua sperimentazione in Italia, un progetto per diffondere la cultura della mediazione in Europa, e ciò potrebbe avvenire grazie all'istituzione di un "numero unico europeo" di emergenza mediazione.

In ogni Stato Europeo, un cittadino potrebbe contattare lo stesso numero di tele-

fono per ricevere assistenza in via preventiva o per la risoluzione di un conflitto in corso.

*Come partirà la sperimentazione in Italia?*

Il 27 luglio 2013, sul sito del Forum Nazionale dei Mediatori ([www.forumnazionaledeimediatori.it](http://www.forumnazionaledeimediatori.it)) è stato pubblicato un "Avviso di selezione per la ricerca di 20 Organismi di Mediazione" con lo scopo di costituire una joint venture contrattuale al fine di avviare la sperimentazione del progetto "SOS media", a partire dal 2014, in 20 città italiane.

Dal 2015 il progetto pilota dovrebbe essere esteso in tutte le altre città italiane, con le modalità che indicheranno gli esperti, i ricercatori di comunicazione e marketing e dei sistemi ADR, di concerto con gli Organismi di Mediazione.

*Quali particolari requisiti dovranno avere gli Organismi di Mediazione?*

Tutti gli organismi di mediazione che parteciperanno al progetto "SOS media", oltre ai requisiti imposti dalla legge italiana, si dovranno impegnare ad aiutare i cittadini a risolvere le controversie anche attraverso l'utilizzo di una piattaforma di mediazione on line, al fine di ridurre costi e spese e per venire incontro alla direttiva europea sull'ODR.

*Quando verrà presentato ufficialmente il numero verde SOS media e la joint venture dei primi 20 Organismi italiani?*

Il 19 novembre 2013 presso la Nuova Auletta dei Gruppi Parlamentari alla Camera dei Deputati.

*Tra le proposte dell'Unione Europea per la risoluzione alternativa e on line delle controversie vi è l'indicazione in fattura di un Organismo da contattare, con il progetto SOS media si è andati oltre?*

In effetti è così. L'Unione Europea ha dato una saggia indicazione. Sarebbe fantastico se su ogni fattura, scontrino e ricevuta fiscale vi fosse l'indicazione di un Organismo di mediazione. Ma, se ciò non dovesse avvenire? Per disinteresse dell'esercente o del professionista o per la mancata capacità di affrontare il mercato da parte dell'Organismo di mediazione, sarebbe quanto mai necessario ed indispensabile varare da parte del Parlamento una legge che, una volta costituito l'Ente Osservatorio Nazionale sull'uso dei sistemi ADR, senza scopo di lucro, indipendente, dedito alla ricerca, stu-

dio, analisi, qualità degli Organismi, gestore del servizio "SOS media", obblighi l'indicazione del numero verde su tutte le documentazioni fiscali.

*In conclusione*

"SOS media" è, in definitiva, lo strumento più semplice, rapido, economico ed efficace per far conoscere l'Istituto della mediazione in Italia e in Europa, e per migliorarne costantemente la qualità.

GIANMARIO BATTAGLIA

© RIPRODUZIONE RISERVATA

## Osservatorio Regionale sulla mediazione

L'Unione Europea ritiene che il commercio elettronico possa costituire una fonte di sviluppo e progresso economico impressionante.

L'e-commerce, infatti, offre molti vantaggi per i consumatori e le imprese: prezzi più bassi, scelta più ampia, sviluppo di servizi innovativi e nuovi posti di lavoro.

Gli acquisti online rappresentano circa il 3% del commercio al dettaglio nell'UE.

Ma molti ostacoli vi sono allo sviluppo del mercato unico su Internet per i 27 paesi membri.

Ad esempio, le regole applicabili agli acquisti online sono spesso ignorate o poco chiare; i siti non danno sufficienti informazioni ai consumatori e può essere difficile confrontare i prezzi; vi è un forte timore di affrontare un contenzioso giudiziario incerto e molto costoso, nel caso in cui si venga coinvolti, ad esempio, in una "truffa" internazionale.

Tutti questi problemi possono scoraggiare la gente dal fare acquisti online, nonostante i potenziali risparmi ottenibili, che ammonterebbero a circa 11,7 miliardi di euro per gli acquisti di merci.

*Il numero dei clienti potrebbe aumentare se il mercato Internet fosse più sicuro e più aperto*

Per tali motivi, la Commissione Europea ha proposto 16 misure per raddoppiare le vendite al dettaglio online entro il 2015, assicurando una migliore protezione dei consumatori, più informazione e una scelta più ampia.

Le proposte dell'Unione Europea mirano a:

- facilitare l'acquisto online di prodotti e servizi;
- assicurare una consegna più efficiente ed economica dei prodotti in tutta Europa;
- obbligare i venditori online a dare maggiori informazioni sui loro prodotti e prezzi;
- sviluppare servizi Internet ad alta velocità e una migliore infrastruttura di comunicazione che permetta a un maggior numero di persone di accedervi, specie nelle zone rurali e remote;
- fornire ai consumatori più informazioni e più protezione contro gli abusi su Internet;

- costituire un *portale ODR* per invogliare i cittadini a non preoccuparsi eccessivamente del contenzioso, così come disposto con il Regolamento UE n. 524/2013 del 21 maggio 2013 "relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE".

In quest'ultimo caso, che è quello che ci interessa di più, il portale ODR, che sarà tradotto in tutte le lingue europee, consisterà in "un sito web interattivo che offrirà un unico punto di accesso per i consumatori e professionisti che desidereranno risolvere in ambito extragiudiziale le controversie derivanti da operazioni online".

Per non creare concorrenza o disparità di trattamento, tutti gli organismi ADR esistenti potranno chiedere di essere registrati sulla piattaforma ODR, purché offrano ai clienti la possibilità di ricorrere allo strumento della mediazione on line.

Tutti i gestori di siti che vendono beni o servizi online dovranno inserire nel proprio portale un link elettronico alla piattaforma ODR; così come dovranno fornire un indirizzo e-mail che funga da primo punto di contatto per il consumatore.

Gli *Stati Europei* avranno, quindi, il dovere di controllare l'operato delle imprese che operano online e il rispetto dell'obbligo in capo all'imprenditore/professionista di informare i cittadini della possibilità di ricorrere al *portale ODR*.

Considerato che il settore del commercio è di competenza delle Regioni, il *Forum Nazionale dei Mediatori* ritiene che spetti alle Regioni adoperarsi per: verificare la conoscenza dell'istituto della mediazione tra gli imprenditori e gli esercenti; vigilare sugli esercenti/professionisti, che vendono beni e servizi on line, affinché informino correttamente i cittadini sulla possibilità di ricorrere al portale ODR.

*La proposta del Forum Nazionale dei Mediatori*

Ogni Regione dovrebbe istituire, con legge regionale, un Osservatorio sulla mediazione.

Gli Osservatori Regionali sulla mediazione dovrebbero non solo vigilare sul rispetto dell'obbligo di informativa sul ricorso al portale ORD, ma, sulla base dell'attività di indagine svolta, istituire, anche, dei corsi di "informazione" obbligatori per gli esercenti online, approvati dal Ministero della Giustizia, al fine di far conoscere, agli esercenti e di conseguenza ai cittadini, l'uso corretto dei sistemi di ADR e ODR.

GIANMARIO BATTAGLIA

© RIPRODUZIONE RISERVATA

### **Proposta di disegno di legge su base regionale**

Istituzione dell'Osservatorio sulla mediazione

ART. 1 (OSSERVATORIO REGIONALE SULLA MEDIAZIONE)

1. È istituito l'osservatorio regionale sulla mediazione, di seguito denominato Osservatorio, presso la struttura regionale competente in materia di commercio, il cui coordinamento è affidato al dirigente e a tre esperti incaricati ai sensi dell'art. ...

2. La Giunta regionale, con propria deliberazione da adottarsi ogni quattro anni, determina la composizione dell'Osservatorio nel numero massimo di venticinque membri effettivi e dei rispettivi supplenti, assicurando al suo interno la presenza, oltre che dei dirigenti delle strutture regionali direttamente interessate, di soggetti esperti nei settori della mediazione civile e commerciale, sociale, dello sviluppo economico e territoriale e della elaborazione dati, designati sia dalla Giunta stessa sia dagli enti locali, dalle CCIAA., dalle organizzazioni regionali dei consumatori, delle imprese del commercio, delle imprese del settore delle costruzioni e dei lavoratori dipendenti.

3. Con la deliberazione di cui al comma 2 sono altresì:

a) previste eventuali commissioni di lavoro ristrette per lo svolgimento di specifici compiti;

b) definite le modalità di realizzazione di una rete informatica e di coordinamento operativo tra Regione, Comuni e CCIAA, anche al fine di un'ottimale gestione dei flussi informativi;

c) determinate le modalità di funzionamento e di svolgimento dell'attività dell'Osservatorio.

4. L'Osservatorio è costituito con decreto del Presidente della Giunta regionale sulla base della deliberazione di cui al comma 2. La mancata designazione di uno o più membri previsti dalla medesima deliberazione non impedisce la costituzione dell'Osservatorio, purché siano no-

minati i componenti nel numero previsto dal comma 5 del presente articolo.

5. L'Osservatorio s'intende regolarmente costituito con almeno il 50 per cento dei suoi componenti.

6. I membri dell'Osservatorio possono essere confermati per non più di due volte.

7. Le riunioni sono valide qualunque sia il numero dei componenti presenti.

8. Ai coordinatori, ai membri effettivi e supplenti dell'Osservatorio è corrisposto un compenso determinato ai sensi dell'art. ....

ART. 2 (ATTIVITÀ DELL'OSSERVATORIO)

1. L'Osservatorio ha il compito di:

a) promuovere, di concerto con i Comuni, CCIAA, Associazioni di volontariato, Sindacati, Istituti scolastici, Organizzazioni regionali dei consumatori, delle imprese del commercio, delle imprese del settore delle costruzioni e dei lavoratori dipendenti, Istituti ed Enti religiosi iniziativi volte a formare i cittadini ed i commercianti sulla mediazione e su come avviare un procedimento di mediazione.

b) monitorare il grado di conoscenza tra i cittadini dell'istituto della mediazione e degli strumenti messi a loro disposizione per la risoluzione alternativa delle controversie.

c) vigilare sulla qualità degli Organismi di Mediazione, istituiti all'interno della Regione ..., segnalando eventuali irregolarità al Ministero della Giustizia.

d) invitare i Comuni a istituire, tramite l'adozione di un regolamento ad hoc, uno sportello permanente informativo sulla mediazione.

e) assicurare la cooperazione tra gli organismi ADR nella risoluzione delle controversie transfrontaliere e procedere a regolari scambi delle migliori prassi per quanto concerne la risoluzione delle controversie transfrontaliere e nazionali.

f) proporre proposte di legge volte a favorire lo sviluppo della cultura della mediazione, migliorare tecnicamente i servizi resi, la professionalità e la qualità degli operatori.

2. I Comuni e le CCIAA, ai fini del monitoraggio raccolgono, organizzano e mettono a disposizione dell'Osservatorio, senza oneri per la Regione, i dati della propria rete distributiva secondo un flusso informativo continuo che consenta di conoscere la situazione della medesima in tempo reale, con particolare riferimento ai dati relativi al settore merceologico, alla superficie ed all'ubicazione degli esercizi di vendita.

ART. 3 (MINISTERO DELLA GIUSTIZIA)

1. L'Osservatorio collabora con il Ministero della Giustizia e con l'Osservatorio Nazionale sull'uso dei sistemi ADR per la raccolta dati e analisi del fenomeno mediazione in Italia su base regionale.

## ***Primi rilievi sulla costituzione delle Camere Arbitrali in seno agli Ordini Forensi***

L'articolo 29 della Legge 247/2012, al punto g) del primo comma, ha facultato i Consigli degli Ordini Forensi alla costituzione di Camere Arbitrali. Si attende, dunque, per come chiarito dal disposto del comma terzo del medesimo, l'emanazione di regolamenti sotto forma di decreti da adottarsi a cura del Ministro della Giustizia entro due anni, previa acquisizione dei pareri del Consiglio Nazionale Forense sentiti i Consigli dell'Ordine e le associazioni forensi maggiormente rappresentative.

Orbene, a pieno titolo può inserirsi nel dibattito prodromico all'emanazione di tali pareri l'Osservatorio Nazionale sui Sistemi di ADR del Forum Nazionale dei Mediatori e degli Organismi di Mediazione, per il quale l'arbitrato – stanti le caratteristiche peculiari di celerità del procedimento e specializzazione dei decidenti (o del decidente) sulla materia sottesa alla controversia da dirimere – rappresenta un ottimo sistema di risoluzione stragiudiziale delle liti interpretativistiche, su cui quindi vale la pena di concentrare analisi, studi e ricerche.

Nel presente brevissimo contributo cercherò di delineare, ovviamente senza velleitarie ambizioni di esaustività, i punti che meriterebbero maggiore risalto nel tracciamento e nella modellazione dell'emandanda menzionata disciplina di dettaglio.

Tali punti a mio avviso riguardano:

- l'individuazione del soggetto competente alla nomina dell'arbitro unico ovvero del presidente del collegio arbitrale;
- l'enucleazione dei motivi di astensione e ricusazione degli arbitri;
- la configurazione del procedimento di ricusazione degli arbitri;
- l'emanazione di un Codice Deontologico *ad hoc* per gli arbitri;
- l'attribuzione agli arbitri di poteri cautelari;
- la previsione di un regime rigido di regolazione delle spese procedurali;
- la contemplazione della figura del segretario dell'arbitrato;
- la plasmazione di un tipo di arbitrato rapido meramente documentale.

Quanto al soggetto competente alla nomina dell'arbitro unico ovvero del presidente del collegio arbitrale, apparirebbe necessario individuare un garante o un collegio di garanti esterno all'Ordine Forense in seno al quale la Camera sia costituita. Ciò sarebbe funzionale

a garantire l'imparzialità del decidente ovvero dei decidenti, non uniti da alcun rapporto di colleganza rispetto ai patroni delle parti in lite. D'altronde, nella sentenza del 19 settembre 2006 – al culmine della causa C-506/04 tra Wilson e il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Lussemburgo – la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha enunciato il principio secondo cui non è qualificabile come imparziale, in una lite afferente all'iscrizione all'albo forense, un organo giurisdicente costituito, anche soltanto prevalentemente, da avvocati.

Quanto all'enucleazione delle cause danti luogo ad astensione e ricusazione degli arbitri, sarebbe congruo – pur muovendo dal disposto dell'articolo 51 del Codice di Procedura Civile – creare un nuovo e specifico elenco, collegato pure ai dettami dell'apposito Codice Deontologico da elaborare *ad hoc* (magari sulla falsariga del Codice Europeo di Condotta dei Mediatori). Parallelamente bisognerebbe configurare uno specifico procedimento di astensione e ricusazione degli arbitri, ai fini della continuità della garanzia dell'imparzialità degli arbitri scevro da termini di sussumibilità di una delle cause danti luogo e salva l'attribuzione dell'onere di remunerare l'arbitro "tardivamente" ricusato a carico della parte ricusante nonché l'arbitro subentrante per tardiva astensione a carico dello stesso arbitro tardivamente astenutosi.

Nondimeno, puntuale disciplina dovrebbe esser dettata per le spese procedurali, con espressa previsione del danno punitivo da abuso del procedimento.

Grande ed efficace innovazione, già testata nell'arbitrato societario, concernerebbe l'attribuzione agli arbitri dei poteri cautelari; mediante tale meccanismo, il carico degli uffici giudiziari statali – ingolfato anche dalla pendenza di numerosi procedimenti interinali – sarebbe di molto alleggerito. Altresì non peregrina si profila la plasmazione di un tipo di arbitrato rapido, meramente documentale (che l'ordinamento giuridico italiano già conosce con l'Arbitro Bancario Finanziario).

MARIO TOCCI

*Avvocato, docente presso la L.U.de.S. di Lugano  
Mediatore civile e commerciale  
Formatore e responsabile scientifico  
di enti di formazione per mediatori civili e commerciali*

© RIPRODUZIONE RISERVATA

## Caratterizzazione e rilevanza del ruolo del segretario del collegio arbitrale

L'arbitrato è un istituto disciplinato dal codice di procedura civile che consente alle parti coinvolte in una controversia, previo accordo, di conferire a giudici privati la decisione riguardante la loro vertenza<sup>1</sup>. Nonostante sia un procedimento di antichissime origini, presenta caratteri attualissimi dovuti all'odierna necessità di snellire i meccanismi giudiziari mediante sistemi efficaci e velocemente risolutivi. Pertanto un numero sempre maggiore di persone, sia fisiche sia giuridiche, ricorre frequentemente a questo strumento di risoluzione delle liti, alternativo alla giurisdizione statale.

A prescindere dal collegio, organo fondamentale per porre in essere l'istituto in commento, vi è un'altra figura professionale, spesso trascurata dalla dottrina e dallo stesso legislatore, grazie al contributo della quale è possibile ottenere eccellenti risultati.

Il segretario di un procedimento che si svolge dinanzi ad un collegio arbitrale, per nulla menzionato dal codice di procedura civile, è invece una figura celebrata dal D.lgs. 12 aprile 2006, n.163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE)<sup>2</sup>. In realtà, nonostante di tale professionista non vi sia cenno espresso nel codice di rito, il segretario e il suo fattivo operato sono ben noti nella prassi. Tuttavia le indicazioni del legislatore nei confronti dello stesso sono alquanto lacunose perché il testo normativo non ne definisce compiti e funzioni, rendendo necessaria una logica similarità con figure differenti.

Il Codice dei contratti pubblici, nell'art. 243, comma 7, statuisce che il Presidente del collegio arbitrale, secondo necessità, nomina un segretario<sup>3</sup>. Dal testo normativo in commento si evince che questa figura pro-

fessionale, pur non essendo obbligatoria, può essere utile per lo svolgimento dell'arbitrato, ma la necessità di tale presenza è valutata soggettivamente dal Presidente del collegio.

La scelta del legislatore sembra dare una chiara indicazione, pur senza coercizione. Il segretario non è imprescindibile, ma la sua presenza può essere un utile ausilio per la qualità dell'operato dell'organo collegiale e sarà lo stesso Presidente a valutarne, nella fattispecie, l'eventuale necessità. A quest'ultimo spetta inoltre la nomina del segretario che sarà scelto tra una serie di professionisti iscritti in un elenco stilato presso la Camera Arbitrale. È interessante notare come il legislatore ha legiferato su tale aspetto assimilando la scelta del terzo arbitro con la scelta del segretario. Per una visione esaustiva del discorso argomentato, è opportuno precisare che, ai sensi del 5 comma dell'art. 241 del D.lgs. 163/2006, spetta alle parti la scelta del Presidente del collegio o dagli arbitri di parte, su loro mandato. I requisiti necessari sono indipendenza rispetto alle parti e competenza nella materia oggetto del contratto. In violazione di tali disposizioni si avrà la nullità del lodo arbitrale<sup>4</sup>.

Il legislatore si è soffermato a diversificare la nomina del terzo arbitro rispetto agli altri membri del collegio sostenendo che, qualora non ci si accordi per la scelta, tale compito spetterà alla camera arbitrale fon-

242, comma 10. (comma così modificato dall'art. 5, comma 2, lettera c), D.lgs. n. 53 del 2010).

<sup>4</sup> "Il Presidente del collegio arbitrale è scelto dalle parti, o su loro mandato dagli arbitri di parte, tra soggetti di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce, muniti di precisi requisiti di indipendenza, e comunque tra coloro che nell'ultimo triennio non hanno esercitato le funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali disciplinati dal presente articolo, ad eccezione delle ipotesi in cui l'esercizio della difesa costituisca adempimento di dovere d'ufficio del difensore dipendente pubblico. La nomina del presidente del collegio effettuata in violazione del presente articolo determina la nullità del lodo ai sensi dell'articolo 829, primo comma, n. 3, del codice di procedura civile (comma così modificato dall'art. 5, comma 1, lettera c), D.lgs. n. 53 del 2010)", così comma 5, art. 241 del D.lgs.163/2006.

<sup>1</sup> Si vedano gli artt. 806-840 c.p.c., riformati dal D.lgs. 40/2006.

<sup>2</sup> Si vedano, al riguardo, gli artt. 241-243 del D.lgs. 163/2006, poi modificato dalle recenti riforme: D.lgs. 31 luglio 2007, n. 113; D.lgs. 20 marzo 2010 n. 53; D.L. 7 maggio 2012 n. 52.

<sup>3</sup> Il presidente del collegio arbitrale nomina, se necessario, il segretario, scegliendolo nell'elenco di cui all'art.



dando la sua decisione su criteri oggettivi<sup>5</sup>. Per le medesime ipotesi, e da questo si evince la similarità tra il terzo arbitro e il segretario del collegio, la Camera arbitrale tiene un elenco dei segretari.

Questa disposizione, contemplata nell'art. 242, comma 10 del codice dei Contratti pubblici, chiarisce, per i professionisti operanti, sia i requisiti per poter svolgere tale professione, sia la responsabilità e il ruolo della Camera arbitrale nel custodire l'elenco. Possono svolgere la funzione di segretario dell'organo collegiale "i funzionari dell'Autorità, nonché i funzionari delle magistrature contabili e amministrative, nonché delle pubbliche amministrazioni operanti nei settori dei lavori, servizi, forniture" e devono aver conseguito una laurea in materie giuridiche, economiche ed equipollenti o tecniche, nonché avere "un'anzianità di servizio in ruolo non inferiore a cinque anni"<sup>6</sup>. La norma precisa, inoltre, che spetterà agli interessati l'iscrizione e l'occupazione degli oneri relativi alla tenuta dell'elenco e la previsione di tariffe idonee alla copertura dei costi<sup>7</sup>.

Sembra inoltre importante precisare che il segretario è un semplice ausiliario per l'espletamento delle funzioni inerenti al procedimento arbitrale. Pertanto per l'acquisizione dell'incarico è richiesta la sola idoneità, la cui valutazione spetta alla discrezione del collegio, mentre per i suoi componenti è necessaria la piena capacità di agire<sup>8</sup>.

Pur nella sua semplicità, il legislatore richiedendo criteri oggettivi per l'iscrizione in elenco e rimandando le modalità del conferimento dell'incarico alle disposizioni inerenti la scelta del terzo arbitro, ne sottolinea l'importanza e la competenza, per nulla trascurabili.

Tuttavia il legislatore è alquanto laconico nel descrivere le funzioni di competenza di questa figura e, nonostante la sua presen-

za non sia obbligatoria, costituisce un ausilio per lo svolgimento di determinate funzioni connesse con l'esecuzione dell'arbitrato.

Pur non essendo queste contemplate nella norma, si può asserire che lo stesso svolgerà per lo più la redazione del verbale, trasmissione di ordinanze o comunicazioni del collegio alle parti, conservazione dei fascicoli ed estrazione delle copie a chi ne faccia richiesta<sup>9</sup>. Essendo un funzionario ausiliario dell'organo collegiale e svolgendo materialmente ogni funzione utile per il compimento degli atti, la giurisprudenza ha assimilato analogicamente il segretario dell'arbitrato al cancelliere giudiziario<sup>10</sup>. Questo aspetto è riscontrabile, oltre per una chiara indicazione data dalla dottrina, anche per una norma ora abrogata dal D.lgs. 53/2010 che con l'art. 5, comma 1, lettera f, ha sostituito la precedente formulazione dell'art. 241 comma 10 del Codice dei Contratti Pubblici che recitava "Il deposito del lodo presso la camera arbitrale è effettuato, entro dieci giorni dalla data dell'ultima sottoscrizione, a cura del segretario del collegio in tanti originali quante sono le parti".

La dicitura attuale sostiene invece che il deposito del lodo venga effettuato dal collegio, ma nonostante la modifica normativa probabilmente condizionata dalla presenza non obbligatoria del segretario, è possibile desumere che il legislatore conferisce al segretario una serie di funzioni assimilabili a quelle del cancelliere.

Infatti le sue mansioni, che sono sostanzialmente certificative, esecutive e organizzative, sembrano riprendere quanto descritto dagli artt. 57 e 58 del codice di procedura civile<sup>11</sup>.

Pertanto, nel rispetto del predetto codice, essendo tale figura assimilabile al cancelliere, la presenza del segretario, pur nella sua eventualità, costituisce un rilevante

<sup>5</sup> Si veda G. Fichiera e M. Maffuccini, *I procedimenti camerali*, cit., p. 398.

<sup>6</sup> Si veda, al riguardo, *Manuale di procedura per i segretari dei collegi arbitrali*, a cura di A. Tunnosì, Roma, 2008, p.17; si veda il Decreto del Ministro dei Lavori Pubblici, art. 3 comma 2 e art.11 comma 2 del 2 dicembre 2000, n.398, *Regolamento recante le norme di procedura del giudizio arbitrale* (oggi abrogati).

<sup>7</sup> Si veda l'art. 242, comma 10 del D.lgs. 163/2010.

<sup>8</sup> "Gli eventuali oneri relativi alla tenuta dell'elenco sono posti a carico dei soggetti interessati all'iscrizione, prevedendo a tal fine tariffe idonee ad assicurare l'integrale copertura dei suddetti costi", così l'ultimo periodo dell'art. 242, comma 10 del Codice dei contratti pubblici.

<sup>9</sup> Si veda al riguardo l'art. 812 c.p.c.. La dottrina ha prospettato l'ipotesi estrema e da manuale secondo cui il segretario potrebbe anche essere un minore emancipato. Si veda G. Fichiera e M. Maffuccini, *I procedimenti camerali del diritto societario e fallimentare. L'arbitrato*, Torino, 2008, p.398; A. Bossi, *La prassi dell'arbitrato rituale*, Torino, 2012, p.131.

<sup>10</sup> Si veda, al riguardo, *Manuale di procedura per i segretari dei collegi arbitrali*, a cura di A. Tunnosì, Roma, 2008, p.17; si veda il Decreto del Ministro dei Lavori Pubblici, art. 3 comma 2 e art.11 comma 2 del 2 dicembre 2000, n.398, *Regolamento recante le norme di procedura del giudizio arbitrale* (oggi abrogati).

<sup>11</sup> Si veda, l'art. 57 c.p.c. "Il cancelliere documenta a tutti gli effetti, nei casi e nei modi previsti dalla legge, le attività proprie e quelle degli organi giudiziari e delle parti. Egli assiste il giudice in tutti gli atti dei quali deve essere formato processo verbale. Quando il giudice provvede per iscritto, salvo che la legge disponga altrimenti, il cancelliere stende la scrittura e vi appone la sua sottoscrizione dopo quella del giudice" e l'art. 58 "Il cancelliere attende al rilascio di copie ed estratti autentici dei documenti prodotti, all'iscrizione delle cause a ruolo, alla formazione del fascicolo d'ufficio e alla conservazione di quelli delle parti, alle comunicazioni e alle notificazioni prescritte dalla legge o dal giudice, nonché alle altre incombenze che la legge gli attribuisce".

contributo nello svolgimento di quei compiti i quali, in sua assenza, sarebbero di competenza del collegio. Gli arbitri, sollevandosi da determinate incombenze, privilegiano il procedimento e dedicano allo stesso tutte le attenzioni necessarie per dirimere controversie, spesso complesse. Tuttavia, il legislatore comprende e rispetta l'individualità e l'autorità del collegio e conferisce loro la facoltà di decidere se necessitano di questa figura ausiliaria.

Il carattere dell'eventualità emerge anche relativamente alla retribuzione del segretario e infatti, ai sensi dell'art. 241 comma 12 del D.lgs. 163/2006, è disposto che il compenso del collegio comprende anche quello dell'ausiliario<sup>12</sup>.

Dal testo normativo è desumibile il rapporto contrattuale e professionale del segretario, il cui onorario è a carico del collegio e prescinde dalle parti anche se sulle stesse grava l'onere economico di versare quanto dovuto al collegio<sup>13</sup>. La scelta di avvalersi del contributo dell'ausiliario comporta in capo agli arbitri la sua retribuzione e pertanto, qualora le parti siano inadempienti, il segretario non avrà legittimazione attiva<sup>14</sup>. È opportuno ricordare che questo svolge una prestazione d'opera intellettuale che dovrà essere retribuita, salvo sua espressa rinuncia.

La caratterizzazione del segretario del col-

legio arbitrale, pur non sempre palesemente espressa, ma talvolta solo desumibile, definisce indirettamente il carattere proprio dell'arbitrato: un sistema sostitutivo al giudizio, con l'inevitabile necessità di professionisti ausiliari, realizzato mediante un potere decisionale conferito ai giudici arbitri.

ILARIA PATTA

*Mediatrice civile e commerciale, formatrice di mediatori civili e commerciali, praticante avvocato*

© RIPRODUZIONE RISERVATA

<sup>12</sup> "Il compenso per il collegio arbitrale, comprensivo dell'eventuale compenso per il segretario, non può comunque superare l'importo di 100 mila euro, da rivalutarsi ogni tre anni con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti. L'art. 24 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, si interpreta come non applicabile a quanto disciplinato ai sensi del presente comma. L'ordinanza di liquidazione del compenso e delle spese arbitrali, nonché del compenso e delle spese per la consulenza tecnica, costituisce titolo per l'ingiunzione di cui all'art. 633 del codice di procedura civile. (comma così modificato dall'art. 2, comma 1, lettera eee), D.lgs. n. 113 del 2007, poi dall'art. 29, comma 1-*quinquiesdecies*, legge n. 14 del 2009, poi dall'art. 5, comma 1, lettera h), D.lgs. n. 53 del 2010)", così art. 241, comma 12 del D.lgs. 163/2006.

<sup>13</sup> Per la giurisprudenza, si veda Cass. 27 maggio 1987, n. 4722, in Mass. Giur. it., 1987; Cass. 22 aprile 1994, n.3839, in Riv. arbitrato, 1995, p. 75 ss.

<sup>14</sup> Si veda, Cass. 26 maggio 2004, n. 10141, in Foro it., 2005, 1, c. 782 con nota di Caponi, secondo cui "Nell'arbitrato convenzionale il segretario del collegio è direttamente nominato dai componenti del collegio stesso, in ragione di una loro soggettiva valutazione circa la necessità di avvalersi di un ausiliario per l'espletamento delle attività certificative, esecutive e organizzative funzionalmente collegate a quelle del collegio, con la conseguenza che è con i predetti componenti che si instaura il rapporto di prestazione d'opera, al contrario del tutto estraneo a quello intercorrente tra le parti litiganti e gli arbitri: ne deriva che l'importo della spesa per il segretario può essere liquidato soltanto agli arbitri e non direttamente al segretario".

M  
O  
D  
U  
L  
O  
  
A  
B  
B  
O  
N  
A  
M  
E  
N  
T  
O

Il/la sottoscritto/a

Nome ..... Cognome .....

Professione ..... Ditta/Ente/Organismo .....

Via .....

Cap ..... Città ..... Prov. ....

Telefono/cellulare ..... Fax .....

e-mail .....

C.F. .... P.IVA .....

desidera sottoscrivere l'abbonamento alla rivista

la **MEDIAZIONE: UN VANTAGGIO SOCIALE E COMPETITIVO** 1 Abbonamento annuale (4 numeri) € 80,00 anziché € 100,00 5 Abbonamenti annuali (4 numeri) € 300,00 anziché € 400,00 10 Abbonamenti annuali (4 numeri) € 500,00 anziché € 800,00 ACQUISTO DI SINGOLI NUMERI ARRETRATI

N. .... Anno..... € 25,00 (spese di spedizione incluse)

**Modalità di pagamento:** Versamento sul c/c postale n. 1011481825 (allegare la ricevuta) Bonifico bancario. IBAN IT35Q0760103000001011481825 (allegare la ricevuta) Assegno Bancario (allegato)     Assegno circolare (allegato)

N. .... del ..... di € ..... Banca .....

Intestazione: LOMBARDO EDITORE sas

**Come sottoscrivere l'abbonamento:**▶ Inviare questo modulo (o fotocopia) in busta chiusa a Lombardo Editore - Ufficio Abbonamenti -  
Via Centrale, 89 - 06016 San Giustino Pg

▶ per fax: al numero 068554497

▶ per e-mail: abbonamenti@rivistalamediazione.it

▶ dal sito internet **www.rivistalamediazione.it** compilando il modulo online

In caso di disdetta dell'abbonamento, verrà rimborsata la differenza dei numeri non spediti; in caso contrario, verrà automaticamente rinnovato per l'anno successivo.

INFORMATIVA SUL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI (D.LGS. 196/2003 - ART. 13)

Lombardo Editore garantisce la riservatezza dei dati da Lei comunicati e La informa che potrà richiedere la loro cancellazione o rettifica scrivendo a:  
Lombardo Editore, Ufficio Dati, via Centrale 89, 06016 San Giustino Pg.

I Suoi dati saranno utilizzati per scopi amministrativi e logistici relativi alla sottoscrizione dell'abbonamento nonché per informarLa di ulteriori iniziative editoriali, culturali, di ricerca, eventi e manifestazioni.

