

UN VANTAGGIO SOCIALE E COMPETITIVO

la MEDIAZIONE

Trimestrale di cultura della prevenzione e risoluzione dei conflitti

LA RIVISTA DEL CENTRO STUDI ADR



*Diffondere
la mediazione*

I NUMERI della MEDIAZIONE CIVILE e COMMERCIALE

Organismi di mediazione	524*
Numero mediatori	19.652*
Enti di formazione	209*
Numero formatori	1.026*
Costo mediazione	3,4%**
Costo giudizio	29,9%**
Numero mediazioni	633.127***
Accordi/procedimenti	10,87%***
Successo al tavolo	23,00%****
Mancata partecipazione	55,1%****

(*) Ministero della giustizia dati al 20 marzo 2016 al netto degli organismi e enti cancellati (<https://mediazione.giustizia.it/>)

(**) Unioncamere (dati al 30.09.2012) in relazione al valore della controversia

(***) Nostra elaborazione su dati Ministero della giustizia al 31.12.2015

(****) Ministero della giustizia (dati dal 01.01.2015 al 31.12.2015)

I NUMERI degli O.C.C.

Organismi della Composizione della Crisi	52*
Gestori delle crisi da sovraindebitamento	1.587*

(*) Ministero della giustizia dati al 20 giugno 2016

In questo numero anche

la MEDIAZIONE

& Normativa di Donatella Pizzi

& Negoziazione di Massimo Antonazzi

& Mediazione di Cesare Vaccà

& Negoziazione assistita di Gaetano Iorio Fiorelli, Massimo Scuffi

& Giurisprudenza

& Libreria

**Arbitrato, Mediazione
Civile e Negoziazione
Assistita: verso nuove
professioni legali**

di Carlo Carrese

la MEDIAZIONE

Trimestrale di cultura della prevenzione e risoluzione dei conflitti

"LA RIVISTA DEL CENTRO STUDI ADR"

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.

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.

Per conoscere le nostre convenzioni, vi invitiamo a visitare il sito www.rivistalamediazione.it

EDITORIALE di Marco Ceino 3**la MEDIAZIONE News**

Ministero Giustizia/1 - 38 su 52 gli OCC dei Commercialisti	4
Ministero Giustizia/2 - Pubblicati dal Ministero i dati sulla mediazione al 31.03.2016	4
Convegni - ARBIMEDIA a Roma	5

la MEDIAZIONE & Normativa

Una pratica da diffondere: protocollo a Bologna per la mediazione delegata di Donatella Pizzi	6
--	---

la MEDIAZIONE & ADR

Arbitrato, Mediazione Civile e Negoziazione Assistita: verso nuove professioni legali di Carlo Carrese	10
---	----

la MEDIAZIONE & Negoziazione

Le criticità dei processi negoziali da dove nascono e come affrontarle di Massimo Antonazzi	14
--	----

la MEDIAZIONE & Mediazione

Conoscere le caratteristiche dei conflitti della sfera sanitaria per sviluppare la mediazione di Cesare Vaccà	19
--	----

la MEDIAZIONE & Arbitrato

La diffusione (ancora scarsa) dell'arbitrato in Italia. Riflessioni e spunti su alcune situazioni concrete di Gaetano Iorio Fiorelli	31
Brevi note sugli istituti conciliativi ed arbitrali nell'area del diritto industriale di Massimo Scuffi	35

la MEDIAZIONE & Giurisprudenza

Giurisprudenza: Tribunale di Milano - Sentenza del 29.04.2016 - Giudice R. Muscio	39
---	----

la MEDIAZIONE & Libreria

D. De Luise, M. Morelli (a cura di). Voci dal X Congresso Mondiale di mediazione. Una via verso la cultura della pace e della coesione sociale	42
Maria Buccolo. Formar-si alle professioni educative e formative. Università, lavoro e sviluppo dei talenti	43



Foto di copertina: Istituto Treccani

DIRETTORE RESPONSABILE

Dott. Marco Ceino
direttore@rivistalamediazione.it

COMITATO SCIENTIFICO

Claudio Berliri, *avvocato*
Giuseppe Buffone, *magistrato*
Monica De Rita, *Camera Arbitrale di Roma*
Piero Sandulli, *avvocato, docente di Diritto di procedura civile presso l'Università degli Studi di Teramo*
Giuseppe Tinelli, *avvocato, ordinario di Diritto Tributario presso l'Università degli Studi di Roma Tre*
Giancarlo Triscari, *magistrato*

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO

Massimo Antonazzi, Carlo Carrese,
Gaetano Iorio Fiorelli, Donatella Pizzi,
Massimo Scuffi, Cesare Vaccà

REDAZIONE

Via Dardanelli, 33
00195 Roma

Copyright © 2016

Centro Studi ADR S.r.l.

Viale Giulio Cesare, 94
00192 Roma
www.rivistalamediazione.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: Lino Service (Pg)

la MEDIAZIONE

UN VANTAGGIO SOCIALE E COMPETITIVO

festeggia il primo numero del quarto anno e ringrazia:

- **i gentili ABBONATI**
- **i componenti del Comitato Scientifico** Claudio Berliri, Giuseppe Buffone, Monica De Rita, Piero Sandulli, Giuseppe Tinelli e Giancarlo Triscari.
- **gli 88 Autori** della rivista Roberto Raffaele Addamo, Marco Amore, Massimo Antonazzi, Pier Giorgio Avvisati, Andrea Bandini, Gianmario Battaglia, Alessio Bellanza, Massimiliano Bellini, Tania Borrelli, Franco Bufalieri, Maria Cristina Biolchini, Patrizia Bonaca, Alessandro Bruni, Giuseppe Buffone, Alessandra Cagnazzo, Giovanna Capilli, Guido Cardelli, Carlo Carrese, Anna Rita Cattò, Cristina Ceci, Maria Luisa Cenni, Alessandra Ciocchetti, Elisabetta Ciuffa, Raffaele Condemi, Bernardino Cordeschi, Rossella Cosenzino, Elena Cuppini, Roberto D'Andrea, Giuseppina de Aloe, Monica De Rita, Roberto De Rossi, Giuliano Di Stefano, Emanuela Eboli, Francesca Falvo, Gaetano Iorio Fiorelli, Ombretta Fuligiani, Gabriele Felici, Giulio Renato Fiorimanti, Andrea Giordano, Ivan Giordano, Andrea Giorgi, Giusy A.M. La Marca, Federica Lauro-ra, Vincenzo Lazzaro, Beatrice Lomaglio, Marino Maglietta, Marco Marianello, Giuseppe Marsoner, Maria Martello, Paola Martinelli, Edoardo Merlino, Laura Merlino, Barbara Morici, Roberto Nicodemi, Salvatore Paolo Nicosia, Anna Nicola, Laura Nicolamaria, Filippo Pagliarulo, Michela Paglione, Emanuela Palamà, Alessandra Passerini, Ilenia Patta, Paolo Pelino, Arianna Perez, Marco Perrini, Fabio Piccilini, Stefania Pieroni, Donatella Pizzi, Mario Quinto, Pietro Sandulli, Elisabetta Sanesi, Giorgio Santacroce, Angelo Santi, Fabrizio Scarinci, Massimo Scuffi, Michela Sitzia, Luca Tantalò, Giuseppe Tiracorrendo, Antonio Tomai, Francesca Tempesta, Mario Tocci, Giancarlo Triscari, Cesare Vaccà, Juan Carlos Verzulla, Gabriella Vigliar, Marica Villanova, Paola Vitali e Eleonora Ziccheddu

che hanno permesso di realizzare la prima rivista di cultura della prevenzione e risoluzione dei conflitti, uno strumento unico nel suo genere per autorevolezza, contenuti e approccio scientifico.

EDITORIALE

Diffondere la mediazione

Un doppio appuntamento per la mediazione nel mese di settembre 2016. Il primo è rappresentato dalla conclusione del terzo anno dall'entrata in vigore della Legge di conversione 9 agosto 2013 n. 98 che ha reintrodotto la mediazione come condizione di procedibilità per quattro anni. Il guardiasigilli, ad un recente convegno del CNF, ha detto che pensa "ad un ulteriore allargamento delle materie obbligatoriamente destinate alla mediazione". Ciò fa presupporre ad un'estensione oltre che delle materie anche dei tempi che rimarrà in vigore la condizione di procedibilità.

A settembre 2016, il 30 precisamente, scade il termine dei lavori della commissione di studi istituita presso il Ministero della giustizia con la finalità di segnalare proposte dirette alla armonizzazione e razionalizzazione del quadro normativo vigente per l'elaborazione di una riforma organica degli strumenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie.

L'occasione sta rappresentando un'importante momento di confronto grazie alle diverse audizioni che la commissione sta tenendo.

La proroga del termine della condizione di procedibilità, le materie interessate alla mediazione "obbligatoria", misurare l'attività del giudice in mediazione nella valutazione di professionalità in termini di produttività, la presenza effettiva delle parti al procedimento, un costo contenuto per il primo incontro, la partecipazione della PA rappresentano alcune preziose indicazioni pervenute alla commissione.

I temi caldi sono diversi e forse potrebbero costituire anche il clima propizio per articolare un documento di armonizzazione e coordinamento con le altre procedure ADR. Un testo unico favorirà la diffusione della mediazione.

Altra cosa è l'auspicata diffusione della cultura della mediazione che, oltre ad un affinamento della normativa in materia, dovrà prevedere un intervento che coinvolga tutte le componenti della filiera educativa (scuola, università e ordini professionali), dell'informazione e delle realtà sociali.

Come già sottolineato più volte, una sensibilizzare alla legalità, alla solidarietà, all'interculturalità, alla tolleranza, all'amicizia e alla risoluzione non violenta dei conflitti passa attraverso lo sviluppo e la crescita della cultura della pace intesa come educazione al conflitto (capace cioè di un confronto critico, propositivo e creativo). Solo con la conoscenza di sé e degli altri e con la capacità di comunicare e di cooperare si educherà a risolvere pacificamente le liti.

MARCO CEINO

Ministero giustizia/1

38 su 52 gli OCC dei Commercialisti

Alla data del 20 giugno 2016 gli organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento iscritti nel Registro tenuto presso il Ministero della giustizia sono

52 di cui 49 nella sezione A (38 degli Ordini dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, 7 degli Ordini degli Avvocati e 4 del sistema camerale) e 3 nella

sezione B (Comune di Acireale, Comune di Vairano Patinora e di Carmignano). 1.587 sono i gestori da crisi da sovraindebitamento iscritti nell'elenco ministeriale.

Ministero giustizia/2

Pubblicati dal Ministero i dati sulla mediazione al 31.03.2016

I dati raccolti dal Ministero nel primo trimestre 2016 hanno subito nella rappresentazione alcune modifiche: ciò ha determinato di conseguenza delle limitazioni d'analisi rispetto ai numeri precedenti della nostra rivista. A tale proposito si segnala che l'extrapolazione del numero e della percentuale degli accordi conseguiti sul numero delle procedure definite del periodo è un dato da noi rilevato, mentre la consueta riclassificazione dei risultati dei procedimenti per tipologia di organismo (Organismi delle camere di commercio, dei privati e degli avvocati) non è stata divulgata dal Ministero.

	Procedure definite	Accordi raggiunti	%
1 ^a FASE: da marzo 2011 a dicembre 2012 (d.lgs. 28/2010)	192.793	22.846	11,85
2 ^a FASE: 2013 (effetti sentenza n. 272/2012 della Corte Costituzionale)	24.019*	3.300*	13,74*
	14.401**	2.247**	15,16**
Dal 1.10.2013 sino al 30.09.2014 (effetti del cosiddetto decreto del fare 1° anno)	147.216	14.778	10,04
Dal 1.10.2014 al 30.09.2015 (effetti del cosiddetto decreto del fare 2° anno)	156.551	15.420***	9,85
Dal 1.10.2015 al 31.03.2016	93.302	10.132***	10,86
3 ^a FASE: TOTALE dal 30.09.2013 al 31.03.2016 (effetti del decreto del fare: monitoraggio primi 30 mesi)	396.778	41.086***	10,35
TOTALE	604.263	65.423***	10,83

*Totale anno, ** Dal 1.1.2013 a 30.9.2013, *** Nostra elaborazione sui dati del Ministero

Tab. 1

Procedimenti di mediazione iscritti per trimestre (633.127 iscritti da marzo 2011 a marzo 2016)

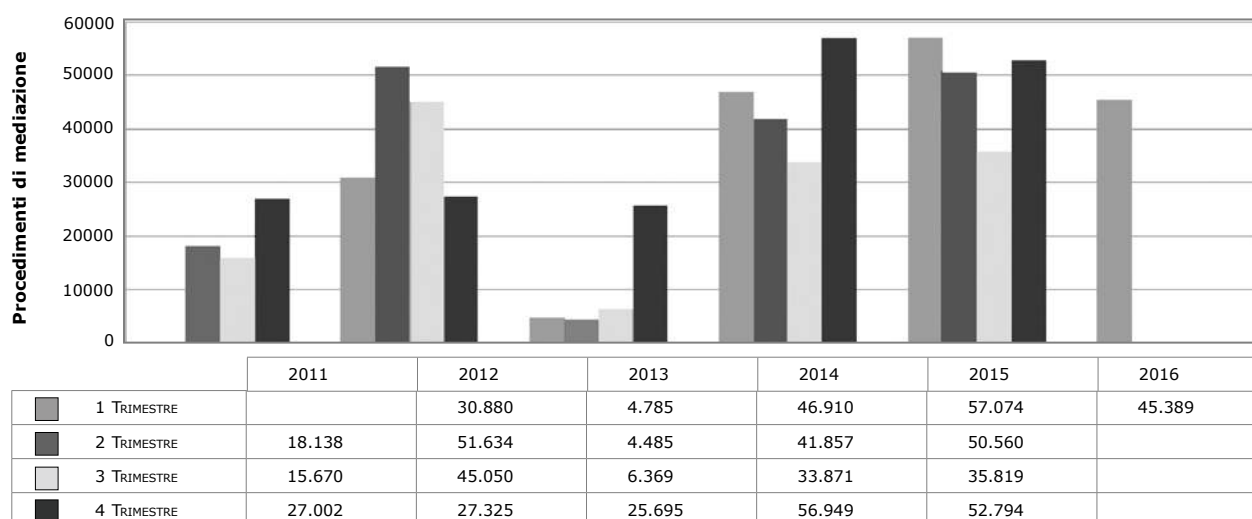


Grafico 1

Dal marzo 2011 al 31 marzo 2016 sono state presentate 685.890 istanze di mediazione e sono state 604.263 le procedure concluse di cui 74.233 con l'accordo (pari al 10,83% del totale delle procedure definite).

Nella Tab. 1 i risultati sono stati suddivisi in tre periodi: dall'entrata in vigore della condizione di procedibilità alla sentenza della Corte Costituzionale con cui veniva abrogata 2011-2012), il periodo che la condizione di procedibilità non era prevista normativamente (2013) e il terzo periodo da quando si sono avuti gli effetti della reintroduzione della condizione di procedibilità attraverso il Decreto del fare (1.10.2013-31.03.2016).

Dalla Tab. 1 possiamo rilevare che la percentuale degli accordi sulle procedure di mediazione definite da marzo 2011 ad oggi è pari al 10,83%. Dalla stessa tabella si nota come la norma introdotta nel 2011 aveva permesso invece, sino alla abrogazione, un risultato in termini di accordi pari all'11,85%, mentre con il cosiddetto decreto del fare si è passati al 10,35%. Negli ultimi sei mesi si riscontra un incremento degli accordi pari al 10,86% probabilmente in conseguenza di una stabilità normativa che ha permesso una maggiore professionalità degli operatori.

L'andamento trimestrale delle istanze presentate è rappresentato nel Grafico 1. I dati forniti dal Ministero segnalano anche un interessante incremento dei risultati dei procedimenti avuti dalla mediazione demandata dal giudice che passa da un risultato percentuale pari all'1,7 del 2011 al 9,7% del 2015, come da Tab. 2. Nel 2015 si riscontra come si è detto un forte incremento rispetto al 2014. L'andamento qualitativo dello svolgimento dei procedimenti di mediazione denota un miglioramento in termini di accordi raggiunti con un incremento del 4,5% e di aderenti comparsi in mediazione pari a un aumento del 10,86%. Diminuisce del 5,74% invece la percentuale degli accordi raggiunti con l'aderente comparso (vedi Tab. 3).

	2011 %	2012 %	2013 %	2014 %	2015 %
Demandata dal giudice	1,7	3,3	2,0	4,9	9,7
Obbligatoria (condizione di procedibilità)	77,9	84,9	57,5	84,2	81,6
Clausole contrattuali	0,5	0,3	1,5	0,7	0,4
Volontaria	19,9	11,6	39,0	10,2	8,3

Tab. 2

	2014	2015	Variazione %	1° trim. 2016 %
Definiti	156.317	185.745	+18,83	45.389
Aderente comparso	40,50%	44,90%	+10,86	46,00
Accordo raggiunto*	24,40%	23,00%	-5,74	22,30
Accordo su totale procedure definite	9,882% pari a 15.447	10,327% pari a 19.182	+4,50	10,258 pari a 4.656

* Esito della mediazione con aderente comparso.

Tab. 3

È da notare che il sito del Ministero pubblica un elenco di organismi di mediazione che riporta 739 organismi di cui 199 cancellati al 20 giugno 2016. Pertanto, come riportato in copertina, si ritiene che il numero degli organismi sia di 540. Nel primo trimestre 2016 il numero medio di iscrizioni di procedure di mediazione per organismo è 98.

Convegni

ARBIMEDIA a Roma

A Roma il 18 novembre 2016 presso la Camera dei Deputati (Sala dei Gruppi Parlamentari) si svolgerà il V° convegno annuale nazionale "Arbitrato e Mediazione civile, valide soluzioni alle liti e un'opportunità professionale" sulla scia del successo delle passate edizioni a Torino (oltre 30 relatori e 400 pro-

fessionisti a manifestazione). La formula è la stessa, due sessioni: una sull'arbitrato e l'altra sulla mediazione. Inoltre, saranno previsti spazi dedicati alla nuova figura professionale dell'esperto ADR. Il convegno intende 1) favorire una legislazione moderna, chiara ed efficace che garantisca alte prestazioni professionali per gli operatori delle ADR e in favore dei cittadini e delle imprese; 2) diffondere l'uso dei sistemi di ri-

soluzione delle controversie civili (arbitrato, mediazione civile, della negoziazione e del sovraindebitamento), come strumenti moderni ed efficaci per evitare lunghi e costosi processi dai risultati spesso incerti; 3) promuovere l'adozione di clausole contrattuali che consentano, in caso di divergenze, la possibilità di attivare una procedura ADR. Il convegno si svolge in concomitanza con l'inaugurazione della sede Arbimedia di Roma.

Una pratica da diffondere: protocollo a Bologna per la mediazione delegata

Il Protocollo che andremo ad esaminare nasce in seno all'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Bologna, uno dei primi Osservatori costituiti in Italia, il cui documento fondante risale al 1994, che inizialmente si è dedicato al confronto tra avvocatura e magistratura sulla "Prassi comune", volta soprattutto ad affrontare "problematiche teorico-pratiche relative al diritto ed alla procedura civile, al fine di consentire la diffusione di una cultura comune"¹.

Successivamente, nell'anno 2009 l'Osservatorio è stato ricostituito ed ha trovato nuovo impulso costituendo un "tavolo permanente di confronto"², anche grazie al nuovo Presidente del Tribunale dott. Francesco Scutellari e all'allora Presidente dell'Ordine degli Avvocati Lucio Strazziari.

L'Osservatorio di Bologna negli ultimi anni si è regolarmente riunito ed ha esaminato ed affrontato collegialmente numerose problematiche di ordine pratico, elaborando prassi comuni, protocolli e regole di buona condotta volte a ricercare una più efficiente organizzazione e fruizione del servizio giustizia.

Il 27 novembre 2015 è stato sottoscritto il *Protocollo d'Intesa* sulla mediazione civile e commerciale delegata dal giudice, fra il *Presidente del Tribunale di Bologna dott. Francesco Scutellari ed il Presidente dell'Ordine degli Avvocati avv. Giovanni Berti Arnaldi Veli*.

Questo Protocollo si inserisce dunque in un'ampia casistica di protocolli nati in seno all'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Bologna ed in particolare in questo caso è il frutto del lavoro del Gruppo Mediazione Delegata dello stesso Osservatorio, al quale hanno

preso parte oltre al Presidente del Tribunale, altri magistrati, tra i quali i presidenti di sezione, ed avvocati, alcuni tra loro anche mediatori, oltre che i rappresentanti amministrativi della Dirigenza del Tribunale e della Cancelleria.

Lo spirito che ha animato il progetto che ha condotto all'approvazione del Protocollo è stato quello di cercare di fornire un corretto utilizzo del procedimento di mediazione che, sebbene in vigore dal 21 marzo 2011 con l'approvazione del D.lgs. 28/2010, ha patito alterne vicende e momenti non semplici in seguito alla sentenza della Corte Costituzionale n. 272/2012 e successivamente ha subito importanti modifiche normative introdotte con il d.L. n. 69/2013, ad alcuni ulteriori cambiamenti in seguito alla L. 162/2014. Dopo le modifiche introdotte dal "decreto del fare" del 2013, è passata indenne ad un primo vaglio di costituzionalità secondo una pronuncia del Tar del Lazio del 23 gennaio 2015 e, successivamente, del Consiglio di Stato che si è pronunciato con sentenza depositata il 17 novembre 2015. Anche in seguito al susseguirsi degli eventi menzionati la mediazione necessita di essere conosciuta più approfonditamente ed anche il dato normativo si presta tuttora ad alcuni dubbi che la giurisprudenza di merito mira a colmare dando alcuni indirizzi interpretativi, peraltro non sempre convergenti fra loro.

Il Protocollo si sofferma in particolare su alcuni temi, anche alla luce dell'evoluzione delle pronunce della giurisprudenza di merito che in materia di mediazione è andata via via aumentando nel tempo, ed è volto a fornire una guida semplificatrice ed al contempo un indirizzo a supporto dell'avvocatura e della magistratura offrendo all'interprete soluzioni condivise nell'applicazione del procedimento ex art. 5 co. 2 del D.Lgs 28/2010.

È stato riconosciuto dalle componenti dell'Osservatorio, quale principio generale, che la mediazione ha una funzione complementare e non sostitutiva rispetto alla giurisdizione, perché le procedure di A.D.R. (Alternative Dispute Resolution), fra le quali rientra la mediazione, sono volte ad affiancare la giurisdizione non a sostituirsi ad essa negando una legittima aspettativa di

¹ Documento di costituzione dell'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Bologna, 1 febbraio 1994.

² "L'Osservatorio intende costituire un tavolo permanente di confronto, ideale ma anche pratico, nel quale aggregare le rappresentanze delle tre componenti istituzionali nonché delle locali associazioni forensi civiliste, con la finalità di esaminare collegialmente, e tentare di risolvere con sforzo congiunto e condiviso le varie problematiche di ordine pratico ed organizzativo che affliggono la organizzazione degli uffici giudiziari, ostacolando la migliore fruizione degli stessi da parte di tutti gli operatori del diritto e frustrando il diritto dei cittadini, quali utenti del servizio di giustizia, a un processo giusto e di ragionevole durata" - Documento di ricostruzione dell'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Bologna, 19 maggio 2009.

giustizia per il cittadino. La mediazione verte su diritti disponibili che possono trovare l'occasione per essere risolti in altro modo rispetto a quello tradizionalmente concepito, ossia in via pattizia attraverso accordi che, essendo frutto di una libera scelta tra le parti, hanno anche più probabilità di venire rispettati volontariamente, oltre che di preservare la relazione tra le stesse. Infatti viene successivamente specificato, indicando il ruolo volontaristico nel raggiungimento o meno di un accordo che segua l'invio in mediazione del giudice, che le parti: *"sono libere di determinare le condizioni e il contenuto dell'accordo che potranno raggiungere in mediazione"*.

In base a tali considerazioni, oltre a quanto dato dal disposto normativo, si è convenuto che la presenza personale delle parti in mediazione è fondamentale considerato che le stesse, messe a confronto fra loro, potranno tentare di riattivare la comunicazione e preservare la loro relazione. Nei principi generali del Protocollo, viene espresso chiaramente che l'Osservatorio *"conviene che la natura della mediazione richieda che davanti al mediatore siano presenti di persona anche le parti; poiché l'istituto mira a riattivare la comunicazione tra i litiganti per porli in grado di verificare la possibilità di una soluzione concordata del conflitto, ciò comporta necessariamente che sia possibile un'interazione immediata tra le parti di fronte al mediatore"*.

Si è concluso infine che avendo la mediazione un ambito operativo diverso da quello tipico della giurisdizione, poiché l'obiettivo della mediazione è quello di consentire alle parti di interagire tra loro, con l'ausilio del mediatore, al fine di ripristinare la comunicazione che si è interrotta a causa del conflitto e per il raggiungimento dell'accordo, non si poteva prescindere da tale conclusione. Come sappiamo infatti, il lavoro del mediatore si fonda su molti aspetti, egli invero, anche attraverso l'ascolto e l'empatia con le parti, mira alla ricerca dei reali bisogni ed interessi dei soggetti coinvolti e questo lavoro non può essere svolto in assenza della parte.

D'altro lato il dato normativo richiama espressamente la presenza delle parti e la contestuale assistenza dell'avvocato; viene specificato nell'art. 5 co. 1 bis del d.Lgs. 28 che chi intenda esercitare un'azione giudiziaria nelle materie ivi elencate, che sono quelle in cui l'esperimento del primo incontro di mediazione è ritenuto obbligatorio pena l'improcedibilità della domanda, è *"tenuto assistito dall'avvocato preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione"* e

nel successivo articolo 8 *"... Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato..."*. Inoltre il mediatore ex art. 11 co. 3 del medesimo decreto al raggiungimento dell'accordo o in caso di mancato accordo ex art. 11 co. 4 impone al mediatore di certificare l'autografia delle sottoscrizioni delle parti.

Oltre alle considerazioni fatte in seno al gruppo di lavoro, sono state prese in esame le indicazioni che ha dato nel dicembre 2013 la Commissione per lo Studio della Mediazione e Conciliazione del Consiglio Nazionale Forense che ha predisposto un documento sulla mediazione³, ma anche le numerose pronunce di merito che paiono per lo più concordi nel ritenere che la parte debba presentarsi in mediazione personalmente.

Se infatti si perde di vista la centralità fondamentale che investe la parte nella mediazione si svuota l'essenza di questo istituto e si rischia di perdere tempo.

Quanto alla mediazione demandata dal giudice occorre partire da un dato normativo che è stato modificato con il d.l. 69/2013. Prima della riforma il giudice poteva invitare le parti ad esperire la mediazione, ora invece al giudice è attribuito il potere di "ordinare" alle parti di esperire la mediazione prescindendo dal loro consenso. In tali casi l'esperimento del tentativo di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

In un simile contesto si è reso opportuno condividere che particolare attenzione andrà fatta da parte del giudice circa la scelta delle controversie da inviare in mediazione, al fine di utilizzare in modo corretto dell'istituto della mediazione, motivandone le ragioni.

Secondo quanto previsto nei principi generali: *"L'invio in mediazione deve essere disposto dal giudice solo ove ritenuto effettivamente opportuno"*, non solo, si è ritenuto opportuno che venga specificato in particolare nel provvedimento di invio in mediazione quali siano: *"gli elementi peculiari del conflitto e/o della controversia che ne rendano consigliabile nel caso concreto l'esperimento, in aggiunta ai presupposti tipizzati di invio in mediazione (natura della controversia, stato dell'istruzione, comportamento delle parti, ex art. 5 co. 2 del d.lgs. n. 28/2010)"*.

Infine, l'Osservatorio, dato atto che allo stato gli strumenti in uso non consentono un monitoraggio statistico, si è impegnato ad aggiornare il Protocollo con tali rilevazioni

³ Documento allegato alla Circolare del C.N.F. n. 25-C-2013 del 6 dicembre 2013.

quando il sistema DGSIA consentirà il recepimento di tali possibilità.

Passando all'esame delle linee guida del Protocollo, si evince che l'invio in mediazione ex art. 5 co. 2 del d.lgs 28/2010 da parte del giudice, previe le opportune valutazioni di cui si è già detto sopra, *"sarà formulato preferibilmente nella fase iniziale del giudizio"* ed andrà considerato, nella calendarizzazione dell'udienza successiva, il tempo necessario per l'espletamento della procedura di mediazione. Si è ritenuto che la mediazione possa avere maggiori probabilità di successo se l'invio avviene nelle fasi iniziali del procedimento giudiziario, anche se non è escluso affatto che possa avvenire successivamente, qualora il giudice, valutato il caso concreto, reputi opportuno che l'invio possa essere fatto in un'altra fase del processo.

Va invero tenuto conto che il decreto 28 prevede che il giudice possa disporre l'invio in mediazione anche in appello (ex art. 5 co. 2 d.lgs 28/2010).

In aggiunta, è stato specificato che se la mediazione sia stata effettivamente esperita prima del giudizio ed al tavolo siano effettivamente comparse tutte le parti con l'assistenza dei loro avvocati, non vi sia probabilmente motivo di disporre una nuova mediazione, a meno che il giudice non lo ritenga opportuno, all'esito dell'istruttoria e sentite le parti.

Quanto alla presenza delle parti in mediazione l'orientamento seguito dall'Osservatorio è quello volto a favorire la presenza personale delle parti agli incontri di mediazione, prevedendo, ma cercando di limitare, appunto i casi nei quali esse non presenzino agli incontri.

Le ipotesi in cui le parti non saranno personalmente presenti saranno quindi ipotesi eccezionali ed andranno adeguatamente documentate. Inoltre, la persona alla quale verrà in tali ipotesi eventualmente dato il mandato di rappresentanza, non potrà essere il difensore bensì persona informata dei fatti; possiamo, ad esempio, pensare in materia di divisione ad un parente che si sia occupato della gestione anche economica dei beni, pur non essendone l'effettivo proprietario.

Il provvedimento del giudice, la cui copia/modello è stata allegata al protocollo, prevede espressamente che la mancata partecipazione della parte possa essere valutata ai sensi dell'art. 116 co. 2 c.p.c.; il provvedimento aggiunge che l'istanza di mediazione andrà proposta *"dalla parte più diligente, entro il termine di 15 giorni dalla pronuncia*

dell'ordinanza, e che alla procedura di mediazione dovranno obbligatoriamente partecipare le parti personalmente, salvo casi eccezionali e documentati, in cui la parte dovrà essere rappresentata da persona (diversa dal difensore) informata dei fatti, dotata di procura sostanziale scritta, anche non notabile, nella quale si precisino i poteri conferiti al procuratore anche relativamente all'adesione alla procedura".

Eventuali rappresentanti della parte saranno quindi muniti di idonea procura sostanziale scritta e saranno tenuti a produrre in mediazione la documentazione dalla quale si evinca l'impossibilità a presenziare all'incontro per motivi eccezionali, che ovviamente non corrispondono a viaggi di piacere, ma che dovranno avere ragione in ipotesi gravi, anche perché andrà tenuto conto del fatto che è possibile provare a chiedere all'organismo di mediazione, a fronte di tali situazioni ed impegni improrogabili pregressi, un rinvio del procedimento ad altra data.

Per le persone giuridiche, ponendo mente alle grandi imprese per le quali richiedere la presenza del rappresentante legale sarebbe ipotesi irrealistica, si pensi alle banche o alle compagnie assicuratrici, si è ritenuto che la procura sostanziale scritta potrà essere conferita non solamente per i casi eccezionali e quindi non vi sia la necessità di documentare l'impossibilità a presenziare del legale rappresentante, ma la procura andrà conferita comunque: *"a persona (diversa dal difensore) informata dei fatti, dotata degli idonei poteri"*; normalmente, nella prassi, in tali casi il rappresentante legale viene sostituito da un funzionario interno munito di idonea procura.

Nel Protocollo si è ritenuto di aggiungere che all'incontro ove verrà redatto l'accordo dovrà partecipare personalmente la parte che sottoscriverà lo stesso, o in sua assenza, esso verrà sottoscritto da persona munita di procura, generale o speciale idonea alla rappresentanza in mediazione, conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata da pubblico ufficiale.

Ulteriore specificazione è stata data partendo da un dato esperienziale e precisando ulteriormente che la mediazione è una procedura stragiudiziale, pertanto l'avvocato non potrà presenziare in mediazione senza la parte facendo espresso riferimento alla procura processuale ex art. 83 c.p.c. conferita dalla stessa per il giudizio.

Quanto alla procedura di mediazione delegata viene ulteriormente chiarito che sarà la parte ad adire l'organismo competente secondo quanto previsto nell'art. 28 c.p.c. e che l'organismo o il mediatore non hanno

facoltà di pronunciarsi in merito ad un'eventuale incompetenza.

Rispetto al verbale di mediazione viene descritto che in esso andrà indicato l'orario di inizio e di fine dell'incontro, l'indicazione della presenza o assenza delle parti (e l'eventuale giustificazione di tale assenza), e l'indicazione delle parti e degli avvocati presenti sulla *"possibilità di iniziare la procedura di mediazione"*, ai sensi dell'art. 8 co. 1 del d.lgs. n. 28/2010.

Qualora sia necessario un rinvio d'udienza per il proseguimento del procedimento di mediazione *"purché la stessa sia stata nel frattempo ritualmente instaurata ed effettivamente cominciata, è opportuno che formulino apposita istanza congiunta da depositare telematicamente mediante console, e sulla quale il magistrato provvederà entro la data dell'udienza, ove gli venga sottoposta dalla cancelleria almeno sette giorni prima"*.

Secondo le indicazioni del Protocollo gli avvocati avranno cura di comunicare tempestivamente al magistrato l'esito della mediazione (ovvero il raggiungimento di un accordo transattivo) secondo le modalità previste nel Protocollo per le Udienze Civili⁴ ovvero *ex Art. 15 lett. B: "... omissis ...i difensori si impegnano a comunicare al giudice preventivamente, con il massimo possibile anticipo, la loro mancata comparizione, per consentire l'utilizzo del tempo riservato all'udienza, anche a mezzo comunicazione e-mail all'indirizzo del magistrato (nome.cognome@giustizia.it, inserendo il nome e il cognome del singolo magistrato)"*.

Circa i possibili effetti della mancata partecipazione personale della parte in mediazione sarà compito del giudice segnalare alle parti che la loro mancata partecipazione potrà essere valutata ai fini dell'art. 116 co. 2 c.p.c. e nel caso in cui le stesse non siano presenti personalmente, l'idoneità o meno della procura prodotta, nonché delle motivazioni e della documentazione relativa.

Spetterà inoltre al giudice la valutazione dell'eventuale *"violazione del dovere di segretezza e riservatezza su quanto emerso nel corso del procedimento di mediazione verrà valutata ai sensi degli artt. 116, 88 e 92 c.p.c."*.

Quanto all'esecutività dell'accordo di mediazione l'art. 12 del d.lgs. 28 stabilisce che: *"Ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi*

avvocati costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale". L'accordo di mediazione quindi è una scrittura privata, ancorché rafforzata nelle sue potenzialità esecutive, ed ha efficacia esecutiva senza la necessità che allo stesso venga apposta alcuna formula e ciò viene espressamente previsto nel protocollo.

Circa le spese ed i compensi della procedura di mediazione il Protocollo prevede che nel caso *"di esito negativo della procedura di mediazione, esperita ex art. 5 co. 1 (obbligatoria) o co. 2 (delegata) del d.lgs. n. 28/2010, in sede di liquidazione finale delle spese di giudizio il giudice provvederà a liquidare anche spese e indennità del procedimento di mediazione, tenendo altresì conto, nella liquidazione del compenso al difensore, anche dell'assistenza prestata in tale sede"*.

Il lavoro svolto dall'Osservatorio di Bologna è indirizzato a tutti i soggetti coinvolti che con tale elaborato, frutto delle intese concordate tra tutti i soggetti della giurisdizione, mira auspicabilmente a rendere più agevole e fruibile il lavoro degli operatori del diritto ed anche quanto alla mediazione demandata dal giudice.

DONATELLA PIZZI

© RIPRODUZIONE RISERVATA

⁴Protocollo Generale sulle udienze civili dell'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Bologna del 6 giugno 2014.

Arbitrato, Mediazione Civile e Negoziazione Assistita: verso nuove professioni legali

Come noto, con l'espressione Alternative Dispute Resolution (A.D.R.) si è soliti indicare i sistemi di risoluzione delle liti alternativi al procedimento giudiziario.

Tali sistemi, caratterizzati dalla ricerca di un accordo che tende a soddisfare tutte le parti coinvolte nella disputa, possono essere utilizzati in molteplici situazioni di conflitto ed in diversi contesti giuridici e sociali.

In genere, tali strumenti sono caratterizzati dall'intervento, nella gestione della lite, di un soggetto terzo che deve possedere, tra le altre, qualità di imparzialità e indipendenza.

I principali vantaggi del ricorso all'ADR sono rappresentati dalla semplicità, posto che le regole presenti sono quelle essenziali, dalla rapidità, in quanto è possibile ottenere una soluzione in un tempo ragionevolmente breve, e dall'economicità della procedura, in considerazione del fatto che attraverso tali metodi le parti evitano, invece, le spese connesse con il ricorso al sistema giudiziario.

Nell'epoca moderna gli Stati Uniti sono stati il primo Paese a sperimentare sistemi di risoluzione delle controversie diversi e alternativi al giudizio civile ordinario. Agli inizi degli anni 60, in risposta alla esplosione delle liti, alla disaffezione popolare al formale sistema di giustizia, a causa della lentezza, dei costi e dei risultati, negli USA si è cominciato a sperimentare forme alternative per la risoluzione delle controversie.

Attualmente negli USA esistono diversi sistemi di ADR tra cui la Mediation, Arbitration (rispetto all'arbitrato italiano la decisione/lodo non è vincolante per le parti), Early Neutral Evaluation, in cui un giurista esperto fornisce alle parti un parere non vincolante sul merito della controversia, il Summary Jury Trial (anche nel caso di questo mini processo la decisione non è vincolante).

Negli USA è stato, quindi, introdotto il concetto della multi-door Courthouse ovvero del Palazzo di Giustizia capace di ospitare, oltre allo strumento giudiziale, anche altri strumenti definiti alternativi, che rappresentano varie opzioni volte alla definizione della lite.

Col diffondersi, negli ultimi anni, del ricorso a sistemi di risoluzione delle liti, con-

siderati alternativi al sistema giudiziale, l'acronimo ADR ha assunto significati diversi.

Quest'ultimo è stato tradotto come Amicable Dispute Resolution, in quanto viene posto l'accento sulle possibilità di ripristino di una relazione amichevole tra le parti, ovvero Appropriate Dispute Resolution.

Questa ultima interpretazione dell'acronimo si sofferma invece sul fatto che esistono diversi sistemi di composizione della lite e che a seconda della specificità e delle caratteristiche della disputa può risultare più opportuno utilizzare uno strumento piuttosto che un altro.

Anche l'Unione Europea ha mostrato una grande attenzione ed una profonda sensibilità nei confronti di tali sistemi di risoluzione delle liti attraverso l'emanazione di diverse raccomandazioni (98/257/CE, 2001/310/CE), del libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale (2002), del *Codice europeo di condotta dei mediatori* (2004), nonché attraverso le direttive 2008/52/CE, istitutiva della mediazione in ambito transfrontaliero (ma che incentiva l'utilizzo della stessa anche in ambito domestico) e la 2013/11/CE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori attraverso l'intervento di organismi ADR, oltre al codice di condotta europeo per i mediatori del 2004.

Occorre sottolineare come il citato Libro Verde sostenga che l'ADR si collochi *pienamente nel contesto delle politiche volte al miglioramento dell'accesso alla giustizia. L'ADR svolge, in effetti, un ruolo complementare rispetto ai procedimenti giurisdizionali, in quanto i metodi adoperati nell'ADR spesso sono più adatti alla natura delle controversie. L'ADR può così permettere alle parti d'instaurare un dialogo, che sarebbe altrimenti stato impossibile, e di valutare esse stesse l'opportunità di fare ricorso al giudice.*

Anche il sistema giuridico italiano si è dotato, sia autonomamente, sia dando attuazione alle citate direttive della Unione Europea, di diversi strumenti di risoluzione delle controversie alternativi alla lite giudiziale.

L'ordinamento giuridico italiano, oltre a prevedere numerosi tentativi di conciliazione

in diversi contesti processuali e pre-processuali, contempla, infatti, altri istituti atti a trovare un componimento della lite, come, ad es., l'arbitrato, la perizia contrattuale e l'arbitraggio.

Quest'ultimo si configura quando le parti, in sede di conclusione di un contratto, deferiscono ad un terzo la determinazione della prestazione prevista in tale accordo, mentre nella perizia contrattuale viene devoluta ad un terzo la formulazione di un apprezzamento tecnico che le parti si impegnano preventivamente ad accettare.

Attraverso l'arbitrato, sia esso rituale che irrituale, le parti invece devolvono la controversia, anziché a giudici, ad arbitri privati, i quali, al termine della relativa procedura, emetteranno un lodo che avrà natura vincolante per le stesse.

L'arbitrato rituale trova la sua fonte nella clausola compromissoria o nel compromesso e segue le norme del codice di procedura civile.

Nell'arbitrato irrituale le parti conferiscono, invece, agli arbitri un mandato affinché risolvano la controversia attraverso la pronuncia di un lodo che avrà gli stessi effetti di una determinazione contrattuale, che le parti stesse si sono impegnate a rispettare.

Sebbene la legge non disponga alcunché al riguardo, la formazione dell'arbitro dovrà necessariamente essere di natura giuridica sia nel caso dell'arbitrato rituale, dove dovranno essere rispettate le norme del codice di procedura civile e spesso del codice sostanziale, che in quello dell'arbitrato irrituale, posto che il terzo dovrà, comunque, essere in grado di comprendere la posizione giuridica delle parti nonché i diritti in contestazione.

Nell'arbitrato irrituale è auspicabile che il terzo possieda, anche, una formazione di natura negoziale posto che quest'ultimo avrà il compito di definire la controversia mediante una composizione della lite che avrà lo stesso valore di un contratto stipulato dalle parti.

Fino ad oggi l'impiego di tale strumento di risoluzione della lite, in considerazione dei costi particolarmente elevati, è stato abbastanza modesto e circoscritto alle controversie di tipo commerciale.

Tuttavia a dare nuovo slancio all'utilizzo di tale strumento, la legge di conversione del decreto legge 132/2014 ha introdotto, in materia di degiurisdizionalizzazione, il trasferimento in sede arbitrale dei procedimenti civili pendenti.

Nello specifico è previsto che *"nelle cause civili dinanzi al tribunale o in grado d'appello pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, che non hanno ad ogget-*

to diritti indisponibili e che non vertono in materia di lavoro, previdenza e assistenza sociale, nelle quali la causa non è stata assunta in decisione, le parti, con istanza congiunta, possono richiedere di promuovere un procedimento arbitrale a norma delle disposizioni contenute nel titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile".

Tale nuova previsione riconosce all'avvocato un ruolo fondamentale posto che, secondo il predetto decreto, *"gli arbitri sono individuati, concordemente dalle parti o dal presidente del Consiglio dell'ordine, tra gli avvocati iscritti da almeno cinque anni nell'albo dell'ordine circondariale che non hanno subito negli ultimi cinque anni condanne definitive comportanti la sospensione dall'albo e che, prima della trasmissione del fascicolo, hanno reso una dichiarazione di disponibilità al Consiglio stesso"*.

Occorre però evidenziare che l'arbitrato, nonostante la natura privatistica e non statale, non viene, in considerazione delle sue caratteristiche di procedura comunque aggiudicativa, generalmente considerato un vero e proprio strumento di risoluzione delle liti alternativo, tanto che il Libro Verde della Unione Europea sulle ADR ha escluso tale istituto dal novero delle medesime.

Oltre a tale istituto ne esistono diversi altri, che recentemente stanno prendendo piede nel nostro ordinamento giuridico, come ad esempio la consulenza tecnica preventiva per la conciliazione della lite.

Quest'ultimo, sebbene collocato all'interno dei procedimenti di istruzione preventiva, può essere considerato come un vero e proprio strumento alternativo di risoluzione delle controversie, considerato peraltro che lo scopo di tale istituto è più quello di trovare una soluzione conciliativa alla controversia che quello di costituire uno strumento di costituzione preventiva di un mezzo di prova.

Oltre ai predetti metodi di ADR ed ai tentativi di conciliazione presenti in diverse procedure giudiziali e non, esistono altri sistemi di risoluzione alternativa sui quali il legislatore italiano si è ultimamente soffermato, come la c.d. negoziazione assistita, anch'essa introdotta dal decreto legge 132/14. Quest'ultimo definisce la convenzione di negoziazione assistita come un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'albo.

L'epilogo positivo della negoziazione assistita sarà verosimilmente rappresentato dalla transazione, ovvero da quel contratto

in base al quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già cominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro, così come disposto dall'art. 1965, I co., c.c.

A tal proposito appare emblematico dello stato della conoscenza delle dinamiche negoziali, come il secondo comma del citato articolo, in base al quale *con le reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti*, contemplante quindi un approccio alla negoziazione diverso dal semplice compromesso, sia rimasto, ai più, praticamente sconosciuto.

Anche nel caso della negoziazione assistita il legislatore ha attribuito un ruolo fondamentale agli avvocati che avranno lo specifico compito di tentare, soprattutto nei casi in cui la negoziazione assistita risulti obbligatoria, in quanto condizione di procedibilità dell'azione giudiziale, la risoluzione extragiudiziale della lite.

La mediazione (termine, dal legislatore, equiparato alla conciliazione, anche se esisterebbero delle differenze tra i due istituti) rappresenta, senz'altro, il sistema di risoluzione delle dispute alternativo a quello giudiziario più diffuso, anche in ragione anche del fatto che il legislatore italiano ha previsto, per numerose materie, l'avvio della procedura di mediazione come una condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

La mediazione è caratterizzata dall'intervento di un terzo imparziale, indipendente e neutrale che agevola e migliora i processi comunicativi e negoziali tra le parti, affinché esse stesse riescano a trovare un accordo basato sulle loro reali esigenze.

La direttiva UE 52/08, come ricordato anche dalla sentenza del Consiglio di Stato del 23 gennaio 2015 n. 1351, evidenzia i numerosi aspetti positivi della mediazione ed i molteplici vantaggi per le parti che decidono, sia volontariamente, sia obbligatoriamente, laddove prevista come condizione di procedibilità dell'azione giudiziale, di ricorrere all'istituto in questione.

In particolare gli aspetti positivi sono rappresentati dalla durata estremamente contenuta (soprattutto se paragonata ai tempi della giustizia), dai costi grandemente contenuti, dal carattere assolutamente riservato della procedura, ma soprattutto dal fatto che l'accordo, di cui solo le parti sono artefici (gli avvocati/consulenti ed il mediatore fungono unicamente da facilitatori del processo negoziale) dell'eventuale accordo che, anziché essere basato sul diritto sarà auspicabilmente fondato sugli interessi delle parti.

Per tale ultimo motivo gli accordi risultanti dalle mediazioni hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente, oltre a preservare più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti.

Nonostante ciò l'utilizzo della mediazione per la risoluzione delle controversie registra in Italia ancora una notevole resistenza, soprattutto a causa di una impreparazione culturale da parte degli operatori del diritto e da parte degli ipotetici fruitori dell'istituto in esame.

Un altro motivo della scarsa diffusione e della inappropriata considerazione di tale sistema di risoluzione delle dispute è dovuto all'attuale impianto normativo, il quale dovrebbe prevedere seri incentivi all'utilizzo della stessa e, allo stesso tempo, prevedere dei percorsi formativi più specifici ed approfonditi per chi intende dedicarsi alla professione di mediatore ed anche per gli avvocati o i consulenti che intendono accompagnare le parti in questa procedura.

Il background educativo ed il percorso formativo previsto dal legislatore per il mediatore non appare, invero, sufficiente affinché quest'ultimo sia in grado di gestire costruttivamente la controversia da un punto di vista giuridico, psicologico, comunicativo, posto, peraltro, che è stato stabilito che gli avvocati sono mediatori di diritto.

Inoltre per gli avvocati ed i consulenti in generale che assistono la parte durante la mediazione non è prevista alcuna formazione e nessun requisito specifico né tanto meno alcuna previsione di formazione specifica è stata altresì prevista per l'avvocato che intende gestire una negoziazione assistita.

Nonostante, invero, il legislatore italiano e gran parte dell'avvocatura conservatrice ritenga l'avvocato un "negoziatore nato", in altri paesi, dalla tradizione negoziale più consolidata, si richiede al consulente in ADR in generale e all'avvocato negoziatore in particolare una specifica formazione maturata attraverso lo studio di materie quali la gestione dei conflitti, la negoziazione distributiva e integrativa, la comunicazione efficace (ecc.), nonché l'approfondimento della mediazione e dei sistemi di risoluzione alternativa delle controversie, per poter gestire la controversia senza ricorrere al contenzioso ordinario.

Nonostante le su descritte lacune in tema di formazione la figura dell'avvocato sta assumendo, in questo nuovo scenario normativo, un ruolo assolutamente preminente, posto che quest'ultimo, qualora in possesso delle citate competenze specifiche, avrà il delicato compito di riuscire ad individuare, sulla base delle caratteristiche della controversia ed an-

che sulla base delle esigenze e degli interessi del cliente, il sistema di risoluzione della disputa più appropriato ed efficace.

L'avvocato dovrà inoltre essere in grado di accompagnare in modo efficace e proficuo il proprio cliente nel percorso di risoluzione della lite, così individuato, cercando di adottare le strategie più efficaci.

Anche il codice deontologico forense sottolinea questa nuova peculiarità stabilendo che *"l'avvocato deve informare chiaramente la parte assistita, all'atto dell'assunzione dell'incarico, delle caratteristiche e dell'importanza di quest'ultimo e delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzione"* ed, inoltre, che l'avvocato, all'atto del conferimento dell'incarico, deve informare la parte assistita chiaramente e per iscritto della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione previsto dalla legge; deve altresì informarla dei percorsi alternativi al contenzioso giudiziario, pure previsti dalla legge.

Occorre anche evidenziare che nell'attuale scenario globale e nel, profondamente,

mutato rapporto tra cliente e professionista, quest'ultimo potrà avere un ruolo fondamentale unicamente se sarà in grado di cogliere le opportunità professionali che si profilano, acquisendo nuove abilità e competenze, richieste dalle continue trasformazioni sociali, economiche e giuridiche.

Per citare la frase attribuita a Charles Darwin: *"non è la specie più forte a sopravvivere e nemmeno quella più intelligente, ma la specie che risponde meglio al cambiamento"*.

Quella dell'avvocato esperto in risoluzione alternativa delle controversie è una vera e propria specializzazione, anzi rappresenta un modo diverso di svolgere la professione, che potrebbe portare alla nota divisione anglosassone tra barrister, ovvero gli avvocati che si occupano del giudizio e, quindi, di discutere le cause in Tribunale ed i sollicitor, ovvero gli avvocati che si occupano della gestione del cliente e dell'attività stragiudiziale.

CARLO CARRESE

© RIPRODUZIONE RISERVATA

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.

Le criticità dei processi negoziali da dove nascono e come affrontarle

Introduzione

La ricerca sul negoziato incentrata sugli studi di Neumann e Morgenstern alla metà degli anni 40 si basava sull'ipotesi che i negoziatori conoscessero le loro preferenze e cercassero in ogni caso di massimizzare il loro profitto, da tale impostazione derivava una scarsa attenzione per gli aspetti irrazionali dei soggetti coinvolti. In risposta a tale modello normativo, all'inizio degli anni 80, Raiffa, introduceva un diverso paradigma che cambiò il modo in cui era stata condotta la ricerca sul negoziato fino ad allora. Egli riconobbe l'importanza di effettuare un'analisi attenta dei singoli negoziatori abbandonando uno dei capi saldi della ricerca e cioè la perfetta razionalità di questi ultimi. Inoltre predispose le basi per il dialogo tra ricercatori prescrittivi e descrittivi, sottolineando la necessità di capire le vere ragioni che spingevano i negoziatori a prendere determinate decisioni, concentrando l'attenzione sull'analisi della dimensione psicologica del negoziato. Sulla base di questo nuovo paradigma fortemente sviluppato durante gli anni 90 con la mia ricerca, ho tentato da un lato di analizzare le più comuni criticità che ostacolano un processo negoziale e, dall'altro, approfondire alcune tattiche che consentono di superare i momenti di stallo. Infatti partendo dagli studi di Harvard sulle barriere della cooperazione sono passato a esaminare le problematiche derivanti dal sistema di credenze (beliefs) degli individui, in particolar modo nelle dinamiche dei processi "cross-cultural". Ho successivamente preso in esame le "conversazioni difficili", mettendo in luce la necessità di capirne le varie fasi attraverso un'adeguata decodificazione. Mi sono concentrato sul concetto di colpa e contributo. Un elemento che ho ritenuto di speciale rilievo è il ruolo delle emozioni e delle distorsioni cognitive e, in questo senso, ho descritto alcune tattiche utili a superare tali criticità. Infine, ho posto l'attenzione sull'uso strategico delle emozioni tattica studiata e utilizzata in modo accurato a partire dalla fine degli anni 90 che prevede l'uso intenzionale delle emozioni a scopo manipolatorio.

Le barriere della cooperazione

All'inizio di una trattativa, di norma, le parti tendono ad affrontare il problema congiuntamente, piuttosto che rinchiudersi in uno scontro faccia a faccia. Può succedere però a entrambe di rimanere coinvolte in una battaglia emotiva, che le conduce ad adottare posizioni rigide che possono portare alla rottura del negoziato. Gli studi effettuati sulla base di esperienze concrete hanno individuato una serie di barriere che generalmente provocano atteggiamenti non cooperativi che è necessario tenere in considerazione. La prima barriera sono le nostre reazioni, nei processi negoziali non è solo il comportamento della controparte a produrre delle criticità ma anche il proprio, che assume le vesti di presupposto del comportamento non cooperativo altrui. Un secondo aspetto da considerare sono le emozioni negative dell'altra parte. Spesso dietro agli attacchi possono nascondersi frustrazione e insicurezza, che all'interno della dinamica "eat or be eaten" possono essere visti da quest'ultima come comportamenti giustificati. L'insoddisfazione è l'altro elemento da contemplare. Nonostante i nostri sforzi per raggiungere un accordo soddisfacente per entrambi, spesso ci può capitare di trovarci dinanzi a soggetti che non riescono a percepire il vantaggio di una determinata risoluzione del conflitto.

Infine troviamo il potere. Se l'altra parte vede il negoziato come un sistema nel quale possono esistere solo vincenti e perdenti, sarà determinato a perseguire ad oltranza una vittoria senza curarsi di costruire un consenso.

Il sistema di credenze

Le "credenze" consistono nelle convinzioni radicate in ognuno di noi, hanno origine nei modelli socioculturali di riferimento e condizionano la visione sociale del gruppo di appartenenza. In modo più o meno sotterraneo tali convinzioni influenzano la nostra evoluzione personale, la nostra crescita professionale e la realizzazione dei nostri desideri, controllano le nostre azioni quotidiane

e determinano le nostre abitudini. I beliefs di un individuo, diventano quindi dei filtri per le informazioni, che ci suggeriscono i significati e i valori da attribuire agli eventi. Il sistema delle credenze non interviene solo durante la fase dell'interpretazione degli inputs, ma anche nello stesso processo percettivo, contribuendo in misura determinante a selezionare gli aspetti dell'esperienza su cui porre l'attenzione. Di fatto ogni cultura rappresenta un sistema di credenze. In tal senso il sistema si configura, da un lato, come una mappa in grado di illustrare le varie situazioni, dall'altro, come una griglia selettiva in quanto privilegia alcuni aspetti e ne ignora altri. Un esempio significativo di come il sistema di credenze possa influenzare l'esito di una trattativa può venire dai negoziati cross-cultural in ambito internazionale. Le differenze culturali tra imprese, o meglio tra negozianti, rappresentano una costante nelle transazioni economiche tra Paesi differenti e possono creare forti incomprensioni nella comunicazione e nell'interpretazione delle azioni, nonché influenzare sia la forma e la sostanza dell'obiettivo da raggiungere, che lo stile dei negozianti. In generale, le differenze culturali amplificano la complessità delle relazioni, favorendo i possibili scontri che possono mettere a rischio la futura relazione. Alcuni studiosi hanno paragonato la cultura ad un iceberg, dal momento che la maggior parte dei fenomeni culturali non sono visibili. La parte visibile viene chiamata livello tecnico della cultura, ossia quell'insieme di conoscenze pratiche e scientifiche che mettono un popolo in condizione di avere una certa padronanza operativa nel mondo. Un secondo livello, in parte visibile ed in parte invisibile, viene chiamato formale ed è rappresentato da quelle conoscenze che disciplinano i comportamenti da tenere in determinati ambiti. Nella parte sommersa dell'iceberg si trova il livello informale costituito dalle convenzioni inconsce che guidano il nostro comportamento nella società. Al negoziatore, in ambito internazionale, si richiede quindi uno sforzo di comprensione diverso rispetto a quello di chi intraprenda negoziazioni nazionali. Non è possibile valutare i comportamenti della controparte solo sulla base dei propri schemi mentali, ma bisogna comprendere le basi culturali che li hanno originati. Il negoziatore internazionale non può, pertanto, cercare solamente di immedesimarsi in chi ha di fronte per ricostruire i suoi ragionamenti e calcoli, ma deve allo stesso tempo appropriarsi del suo sistema culturale e di valori per interpretare correttamente i messaggi ricevuti nella contrattazione.

Le tre conversazioni

Spesso lo stallo che si crea nel negoziato è legato alla mancanza di un'adeguata decodificazione del sistema comunicativo tra due soggetti in conflitto. Specialmente nelle conversazioni complesse la decodificazione del sistema comunicativo diventa essenziale. Infatti, nonostante questo tipo di conversazioni abbiano in apparenza una moltitudine di varianti, un'analisi più attenta ci mostra che la loro struttura è generalmente la stessa. Lo studio approfondito di numerosi casi ha rivelato che ogni singola conversazione difficile è costituita in realtà da tre conversazioni sotterranee che simultaneamente interagiscono tra loro e toccano differenti aspetti emotivi e relazionali. Essere in grado di decodificare e gestire queste tre conversazioni è indispensabile al fine di avere ben chiara la direzione e le modalità con le quali affrontare i diversi livelli comunicativi e le diverse fasi relazionali. Secondo la dottrina dominante, la prima conversazione da decodificare è quella che può essere riassunta nella frase "Che cosa è successo?". La frase identifica il momento in cui gli interlocutori lottano con differenti versioni di quello che è accaduto, per stabilire chi ha ragione, che cosa ha voluto veramente dire l'altro e determinare di chi sia la colpa dello stallo. La seconda conversazione nascosta, è definita la conversazione di identità. Essa riguarda chi siamo e come ci vediamo, è rivolta all'interno e stabilisce una relazione tra cosa è accaduto e la considerazione e il rispetto che abbiamo di noi stessi. Dentro di noi si svolge un dibattito in cui ci chiediamo se siamo competenti o incompetenti, simpatici o antipatici, leali o scorretti. La terza conversazione sotterranea, invece, è quella dei sentimenti che risponde alla domanda "cosa fare delle emozioni?". Di fronte a sentimenti accesi, molti si sforzano di rimanere razionali senza tenere conto che le conversazioni difficili non si limitano certo a toccare i sentimenti, ma sicuramente li coinvolgono. I sentimenti non vanno intesi solo come rumorosi sottoprodotti del coinvolgimento, ma come parte integrante del conflitto.

Emozioni

Le emozioni sono un complesso di mutamenti fisiologici, cognitivi e comportamentali in risposta ad uno stimolo ed implicano l'integrazione di vari meccanismi psicologici. Le emozioni hanno il potere di attivare o inibire un comportamento, di motivare i comportamenti finalizzati a risolvere situazioni problematiche e di fornire una guida per la riorganizzazione e la ricollocazione

delle risorse rispetto agli obiettivi. Nello stesso tempo consentono anche di trasmettere agli altri informazioni importanti su noi stessi. Capita infatti, che le emozioni siano accompagnate da cambiamenti nella mimica del volto e da altri segnali trasmessi dal linguaggio del corpo. Per comprendere meglio il loro ruolo nei negoziati è opportuno ricordare che il pensiero logico e quello emotivo convivono nella mente dell'uomo, generalmente in una situazione di conflitto, condizionando la personalità, le scelte e i comportamenti di ognuno di noi. Non esiste alcuna comunicazione tra le due istanze: ciascuna interagisce attraverso i mezzi a disposizione. Il pensiero logico tramite la parola e il pensiero emotivo tramite la comunicazione non verbale. L'analisi del ruolo delle emozioni in una trattativa richiede, in primo luogo una distinzione concettuale tra l'umore e le emozioni. L'umore è costituito da stati affettivi indifferenziati che sono relativamente più pervasivi e più duraturi, ma meno intensi delle emozioni, e non hanno una causa antecedente ben identificabile. Infatti, spesso definiamo il nostro stato d'animo in termini generali, come buono o cattivo. Al contrario, le emozioni sono specifiche, di durata relativamente breve, e provocate da un fattore scatenante ben identificabile. Verso la fine anni 90 la letteratura ha cominciato a considerare le emozioni nella loro specificità, non solo come un ostacolo, ma anche come un elemento integrante del processo decisionale. In tal senso è stato sostenuto da più parti che l'assenza di emozioni può avere lo stesso effetto dirompente sul processo decisionale delle emozioni negative. Le ricerche effettuate indicano che le emozioni represses possono portare ad ansia, incapacità cognitiva, riduzione della memoria, e a un comportamento più concorrenziale. Di fatto, si accetta oggi che al fine di diventare un abile negoziatore è importante non solo impiegare le strategie cognitive ma anche essere emotivamente intelligenti. È necessario, quindi, utilizzare l'intera cassetta degli attrezzi, vale a dire l'utilizzo di tutte le competenze in nostro possesso per arricchire, valorizzare, e comunicare nel negoziato.

Le Distorsioni Cognitive

In ogni circostanza – e quindi anche in una trattativa – ognuno, ha bisogno di avvertire che il suo comportamento è coerente e razionale. Ogni comportamento che ci sembra irrazionale minaccia la nostra integrità mentale. Quando ci comportiamo in modo non spiegabile ci sentiamo costretti, perciò, a trovare una spiegazione logica per

rendere sensato quello che pensiamo o facciamo. Ciascuno di noi combatte una lotta costante per dare senso al nostro mondo di esperienze e ricercare spiegazioni per i fenomeni interni, per i nostri comportamenti e per i nostri sentimenti. Con questa ricerca (che punta a evitare l'angoscia e mantenere al tempo stesso il rispetto di noi stessi), cerchiamo di creare spiegazioni altamente razionali a fattori emotivi per giustificare i nostri comportamenti e cercare valide ragioni, anche se false, ai nostri atteggiamenti e ai nostri fallimenti. Tutte le volte che non riusciamo a soddisfare questa ricerca, veniamo investiti da una sensazione di malessere, provocata da informazioni discrepanti con il concetto che abbiamo di noi stessi come esseri ragionevoli e intelligenti. Questo campo di analisi ha permesso ai ricercatori di osservare come gli individui prendano decisioni incompatibili, inefficienti o sulla base di informazioni ininfluenti. Applicato al negoziato il riferimento alle dissonanze ha messo in luce come gli stessi negoziatori soffrano di percezioni errate nel valutare il rischio, e come il loro processo decisionale possa essere influenzato da euristiche cognitive. Le euristiche cognitive sono strategie che gli individui utilizzano nel processo decisionale per cercare argomenti, concetti o teorie che appaiano adeguate a risolvere un determinato problema. Esse sono, quindi, delle scorciatoie mentali derivanti dall'esperienza personale che consentono di bypassare le fasi del processo decisionale per giungere più velocemente a una decisione. In altri termini l'applicazione di queste scorciatoie mentali, può essere all'origine delle così dette distorsioni cognitive. Le distorsioni cognitive consistono in tutte quelle deviazioni sistematiche dai modelli normativi che prescrivono un comportamento razionale e provengono dalla elaborazione di informazioni difettose, tradotte poi in decisioni. Errori "umani", quindi, che possono far deragliare una trattativa, particolarmente pericolosi visto che nella maggior parte dei casi gli individui non si rendono conto che stanno sbagliando. Questi processi cognitivi possono influenzare sia la fase iniziale sia una fase successiva della trattativa.

Traccia la mappa dei contributi

Durante i processi negoziali è facile cadere nella così detta ragnatela delle responsabilità. La responsabilità è un tema fondamentale nella gestione dei conflitti che spesso diventa il presupposto di atteggiamenti ostili e conduce le parti in una condizione di difficoltà e di disagio psicologico. - Ma perché è così controproducente parlarne? Molti argomenti hanno la forza di provocare ansia

e generare effetti collaterali tra le parti di una trattativa, ma rimane indispensabile affrontarli per poter giungere a un accordo. - Come mai, invece, è così deleterio cadere nella dinamica delle responsabilità? La risposta è semplice, concentrarsi sulle responsabilità impedisce alle parti di riuscire a capire che cosa sta veramente accadendo e cosa sta realmente bloccando la trattativa. Inoltre la spinta a rimproverare l'altro si fonda sulla mancata comprensione di ciò che ha dato origine alle divergenze tra i due interlocutori e sulla naturale paura di essere rimproverati. In tal senso è opportuno fin da subito soffermarci sulla distinzione tra colpa e contributo, per utilizzare al meglio il sistema dei contributi all'interno di una negoziazione difficile. L'attribuzione di colpa rientra nella sfera del giudicare. Con la frase "è stata colpa tua!" esprimiamo differenti concetti contemporaneamente. Intendiamo sottolineare che il problema è stato provocato dall'altra parte e che quindi deve essere punita per questa colpa. Un simile approccio richiama, naturalmente, nel nostro interlocutore immediati atteggiamenti difensivi (interruzioni e precisazioni), diretti a difendere la sua posizione, i suoi comportamenti, il suo modo di pensare e la sua impostazione culturale. Il contributo, viceversa, rientra nella sfera del capire, e pone una domanda centrale alle parti in causa: "in che modo ciascuno di noi ha contribuito a provocare la situazione attuale?" Questa è l'impostazione più utile per capire cosa sia veramente successo. Porre l'attenzione sui contributi a discapito della colpa non è una semplice tattica ma un metodo per rimanere più vicini alla realtà dei fatti. Infatti, in una situazione conflittuale a seconda della prospettiva, ci si focalizzerà sugli atti di una o dell'altra parte anche se per l'esito finale servono gli atti di entrambi.

Non reagire "Vai al Balcone"

Nonostante le parole "rispondere" e "reagire" possano sembrare simili, esiste tra loro una notevole differenza. Scegliere di rispondere dinanzi ad un attacco verbale invece di reagire è molto più facile a dirsi che a farsi. L'esperienza, ci mostra che le persone attaccate verbalmente, reagiscono normalmente perdendo il controllo. Gli attacchi che possono configurarsi durante un negoziato corrispondono spesso a tattiche costruite per intimidire e mettere a disagio l'altra parte con l'intento di farla cedere alle proprie richieste. I negoziatori che utilizzano questa strategia faranno quindi pressione fino a quando non avranno raggiunto il loro scopo. Di fronte a tale stile negoziale esistono tre reazioni comuni, si può contrattaccare, arrendersi

o rompere i rapporti. La reazione più naturale è ovviamente quella di contrattare mostrando al proprio interlocutore di essere in grado di fare lo stesso gioco, qualche volta può servire, ma nella maggioranza dei casi questa strategia trascina le parti in una discussione inutile. Un'altra reazione comune è quella di arrendersi. Capita ogni volta che il nostro interlocutore riesce a creare una situazione di disagio e noi vogliamo finisca il prima possibile. Arrendersi, però, non porta mai risultati soddisfacenti inoltre verrà sottolineata una nostra debolezza che potrebbe diventare un problema in una trattativa successiva. Una terza opzione è quella di rompere i rapporti (in un matrimonio si divorzia, sul lavoro si rassegnano le dimissioni). Charamente, quando si reagisce si è controllati dalle circostanze esterne, mentre quando si risponde, si è in totale controllo di se stessi, e delle proprie emozioni essere in controllo delle nostre sensazioni e delle nostre emozioni non significa ignorarli o sottovalutarle, ma significa semplicemente fare in modo di essere noi a controllare le emozioni e non viceversa. Quando ci si trova in un negoziato difficile la cosa migliore è fare un passo indietro, raccogliere il proprio ingegno, e vedere la situazione obiettivamente. "Dal balcone", infatti, si può tranquillamente valutare il conflitto come un terzo estraneo, si può pensare in modo costruttivo per entrambe le parti e cercare un modo reciprocamente soddisfacente per risolvere il problema. "Andare sul balcone" può darci una prospettiva più ampia di ciò che sta realmente accadendo e distanziarci dalla mischia e calmare le nostre tendenze reattive. Una volta bloccata la reazione immediata bisogna prendere tempo per pensare. Il modo più semplice è non dire nulla, per non concedere all'altro spunti sui quali poter attaccare, occorre appoggiarsi allo schienale della poltrona incrociare le braccia e fare in modo che le urla dell'altra parte scivolino lasciando che il silenzio e il disagio compiano il loro lavoro. Inoltre i nostri interlocutori potrebbero, in quei momenti, fornire informazioni preziose sui loro interessi, su una possibile opzione o su uno standard adatto. Una volta bloccata la reazione iniziale, è opportuno prendere più tempo, riavvolgere il nastro della conversazione e rallentare la trattativa. Molto spesso siamo troppo vicini al problema per riuscire a negoziare efficacemente, in questo caso è bene chiedere al tuo interlocutore di ripetere concetti già espressi, in modo di avere il tempo di "andare sul balcone" e cercare nelle sue risposte delle incongruenze con le precedenti discussioni. Il rallentamento della trattativa, e la possibilità di avere

uno spazio temporale nel quale riflettere è quasi sempre un ottimo metodo per superare uno stallo nel negoziato.

L'uso strategico delle emozioni

Il ruolo dell'emozione è stata riscoperto dagli studiosi di negoziato verso la fine degli anni 90 e, da allora, l'attenzione per questo aspetto è andata aumentando. Sono stati così approfonditi gli studi sull'uso strategico delle emozioni, inteso come l'uso intenzionale delle emozioni e delle espressioni in modo tattico e strategico da parte dei negoziatori. Nel contesto dei processi negoziali il negoziatore si impegna nella gestione delle emozioni ogni volta che mostra tristezza o frustrazione per stimolare la compassione dell'avversario o cerca di mascherare la felicità per il raggiungimento di un risultato desiderato o quando fa uno sforzo per mantenere la calma. L'uso strategico delle emozioni in una trattativa consiste nell'uso intenzionale di una determinata visualizzazione emozionale. Tale tecnica, chiamata "on-demand" dell'espressione emotiva, consiste nella dissociazione tra la reale esperienza emotiva di un individuo e la sua visualizzazione esteriore. Gli studi sulla gestione delle emozioni indicano inoltre, che le espressioni emotive utilizzate come strategia negoziale sono strettamente collegate con gli obiettivi del negoziatore e con le sue competenze in materia di esposizione espressiva. L'uso strategico delle emozioni richiede, quindi, da un lato, una valutazione accurata dei bisogni emotivi e l'integrazione di tali esigenze con le caratteristiche affettive dell'individuo, dall'altro l'efficacia nella distribuzione della strategia. Ovviamente non tutti gli individui condividono la stessa capacità di gestione emotiva e, per questo, è indispensabile conoscere il livello delle proprie caratteristiche fondamentali legate alla comunicazione strategica quali l'affettività, l'espressività emotiva, l'intelligenza emotiva e il self-monitoring. L'affettività racchiude le tendenze emotive di ogni individuo e può essere positiva o negativa. Gli individui con una forte affettività negativa sono suscettibili di ansia e nervosismo dinanzi a situazioni conflittuali o poco chiare. L'espressività emotiva rappresenta, invece, una caratteristica individuale associata al comportamento emotivo e descrive quanto un'emozione viene visualizzato da un individuo. L'intelligenza emotiva è determinata da quattro capacità fondamentali: la regolazione delle emozioni, la capacità a percepire le emozioni, la comprensione delle emozioni e la gestione delle emozioni. I primi due rami

costituiscono l'intelligenza emotiva derivante dell'esperienza; gli ultimi due costituiscono l'intelligenza emotiva strategica. La strategia si basa su queste caratteristiche caratteriali. Un negoziatore strategico deve essere in grado di valutare quali emozioni utilizzare e i piani per la loro manifestazione ottimale, utilizzando la propria strategia attraverso un corretto comportamento espressivo. La capacità di riuscire in questo compito rende alcuni tratti individuali assolutamente determinanti, ad esempio quelli che riguardano la gestione del comportamento espressivo. Gli obiettivi specifici del negoziatore determinano quali emozioni sono richieste e come devono essere visualizzate. L'altro elemento centrale è il destinatario dell'influenza emotiva (il così detto target), che non può e non deve essere considerato come un semplice ricettore di strategie emotive. Dal momento che il fine dello stratega è di esercitare un'influenza sulla percezione e l'emozione del target, è importante esplorare come questo percepisce e reagisce alle espressioni emotive dello stratega e cercare di identificare quando le emozioni strategiche hanno più probabilità di avere successo. La definizione della controparte e della sua risposta ad una possibile situazione sono componenti significative nei processi di gestione dell'impressione. Alcuni studiosi affermano che, questa è importante tanto quanto la capacità di lettura del contesto da parte dello stratega. La definizione del target comprende anche le aspettative riguardo al ruolo e al comportamento del negoziatore. Per tale motivo la congruenza percepita tra il comportamento messo in opera dell'attore e le aspettative del target va considerata una chiave determinante per produrre in quest'ultimo delle reazioni emotive.

MASSIMO ANTONAZZI

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Conoscere le caratteristiche dei conflitti della sfera sanitaria per sviluppare la mediazione

La mediazione sanitaria

Il Ministero della Salute ha esposto nel *Manuale di formazione per il governo clinico: la sicurezza dei pazienti e degli operatori*¹ le ragioni a favore delle procedure extragiudiziali quale scelta da privilegiare nella composizione dei conflitti riposti sulla responsabilità sanitaria.

Del resto, anche la legge 9 agosto 2013, n. 98² si è espressa per la particolare attinenza della mediazione alle controversie della sfera sanitaria, sostituendo l'originaria formulazione *'responsabilità medica'* del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 (compresa fra i casi di obbligatorio ricorso alla mediazione prima di procedere in sede giudiziaria) con *'responsabilità sanitaria'*, così comprendendo ogni conflitto del quale siano parte medici, strutture ospedaliere, infermieri, laboratori di analisi, tecnici paramedici, veterinari.

Si tratta di una opportuna evoluzione, anche alla luce delle considerazioni del richiamato *Manuale* del Ministero della Salute, ove si legge³ che *"i sistemi che utilizzano sistematicamente i metodi ADR godono di una maggiore flessibilità e adattabilità rispetto alla varietà delle richieste dei propri utenti, essendo in grado di garantire risposte più personalizzate, ma in sanità le difficoltà nell'applicazione dei metodi ADR derivano soprattutto dalla diffidenza da parte della componente medica"*.

La diffidenza può comprendersi in quanto la mediazione in sanità si caratterizza per specifici tratti, quali l'eterogeneità dei soggetti coinvolti, l'elevata specificità tecnica e psicologico-relazionale dei singoli casi, la complessità dei sistemi sanitari, la particolare delicatezza del bene sotteso, la salute, garantito dalla Costituzione quale diritto inviolabile, che segnano una netta demarcazione con altre tipologie di conflitto, evidenziando inoltre le specificità delle competenze necessarie al mediatore chiamato ad intervenire.

¹Dipartimento della programmazione e dell'ordinamento del servizio sanitario nazionale, Roma, 2012.

²Che ha convertito il decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, cosiddetto 'decreto del fare'.

³Pag. 11 ss.

* Professore di Istituzioni di diritto privato e di Diritto dei consumatori nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca. Avvocato.

Affinché possano superarsi le diffidenze garantendo una adeguata tutela dei diritti di tutti i soggetti coinvolti, il mediatore necessita di una specifica formazione inerente la sfera sanitaria in ogni suo aspetto: solo così può essere in grado di comprendere le situazioni ed il contesto in cui i fatti si sono verificati, specie a fronte di carenze organizzative delle strutture.

Scopo primario della mediazione in ambito sanitario – rileva sempre il *Manuale* del Ministero – deve essere non tanto il raggiungimento di un accordo che formalizzi un *quantum* risarcitorio, quanto piuttosto il pieno recupero fisico del paziente, laddove possibile, e la ricostituzione della fiducia e del dialogo fra lo stesso paziente e la struttura sanitaria, obiettivo essenziale per la tutela dell'intero sistema sanitario.

Ulteriori aspetti critici che ostano alla diffusione della mediazione in ambito sanitario sono individuati dal *Manuale*, innanzitutto, nelle caratteristiche degli Organismi di mediazione, che generalmente non dispongono delle peculiari competenze tanto medico legali, quanto nelle diverse specializzazioni mediche; in secondo luogo nel ruolo delle assicurazioni nei procedimenti di mediazione.

Ad oggi, infatti, le imprese di assicurazione seguono logiche improntate ad una gestione processualistica del contenzioso, precludendo, di regola, il raggiungimento di qualsivoglia accordo extragiudiziale: sembrano, in definitiva, presentarsi impreparate all'appuntamento con la mediazione, o peggio, appaiono determinate ad evitare la diffusione di procedure atte a consentire la rapida composizione dei conflitti, che dovrebbe rappresentare un interesse di tutte le parti.

La gestione non giudiziale del contenzioso sanitario deve tener conto delle dinamiche interpersonali provocate dal fallimento della relazione fra il professionista (e/o la struttura sanitaria) ed il paziente, o i suoi familiari/eredi, incentivando ed agevolando la comunicazione fra le parti sin dalla fase iniziale dell'insorgere delle dinamiche conflittuali, onde consentire modalità di incontro e confronto affinché i vissuti ed i sentimenti che sottendono in particolar modo questo tipo di conflitti non degenerino precludendo ogni sorta di dialogo, come inevitabilmente accade imboccando il percorso giudiziale.

Da ricordare, infine, che la composizione conciliativa dei conflitti da molto tempo è associata alla sfera sanitaria: il d.l.C.p.S. 13 settembre 1946, n. 233 che, con le successive modificazioni disciplina gli Ordini ed i Collegi delle professioni sanitarie e l'esercizio delle medesime, dispone⁴ che al consiglio direttivo di ciascun Ordine o Collegio è attribuito, fra gli altri, il potere di "interporsi, se richiesto, nelle controversie fra sanitario e sanitario, o fra sanitario e persona o enti a favore dei quali il sanitario abbia prestato o presti la propria opera professionale, per ragioni di spese, di onorari o per altre questioni inerenti all'esercizio professionale, procurando la conciliazione della vertenza e, in caso di non riuscito accordo, dando il suo parere sulle controversie stesse".

Può trattarsi, come appresso si dirà, di uno strumento che merita di essere valorizzato.

Le controversie in sanità

Le controversie in ambito sanitario sono, nella gran parte dei casi, originate da errori: un approfondito studio⁵ indica che:

- su 8 milioni di persone che ogni anno vengono ricoverate negli ospedali italiani, 320 mila (4% circa) subiscono danni o conseguenze più o meno gravi che sarebbero evitabili;
- di queste, un numero variabile tra 14 mila (secondo le stime più ottimistiche) e 50 mila (secondo quelle più pessimistiche) muore a causa di errori compiuti dai medici o, comunque, causati da una non adeguata organizzazione delle strutture sanitarie: si consideri quale raffronto che gli incidenti stradali hanno causato in Italia nel 2014 un totale di 3381 decessi e 251.147 feriti⁶;
- questi 'eventi avversi' spingono gli utenti sempre più frequentemente ad agire in giudizio: sono circa 34.000 cause ogni anno, 12 mila quelle pendenti, per una richiesta di risarcimento danni pari a circa 2,5 miliardi di euro;
- gli errori costerebbero alle strutture ospedaliere almeno 260 milioni di euro l'anno per il solo prolungamento dei tempi di degenza dei pazienti.

L'errore trova il suo *humus* naturale:

- nella esecuzione di compiti di routine;
- in un ambiente ben conosciuto;
- in qualcosa che attira l'attenzione distraendo dal compito iniziato.

⁴ Art. 3, alinea g.

⁵ *Ospedali e assicurazioni: come tutelare il paziente, il personale ospedaliero e lo Stato*, Cineas, Consorzio universitario per l'ingegneria delle assicurazioni, presso il Politecnico di Milano, settembre 2014.

⁶ Istat-Aci, *Incidenti stradali anno 2014*, 3 novembre 2015.

Molti studi sono stati dedicati all'errore⁷, le cui cause sono generalmente imputabili a:

- cause remote: eccessivi carichi di lavoro, supervisione inadeguata, struttura edilizia inadeguata, comunicazione tra gli operatori inadeguata, scarsa competenza o esperienza, ambiente di lavoro stressante, recenti modifiche organizzative del lavoro, presenza di obiettivi in conflitto (esigenze cliniche ed esigenze economiche);
- cause immediate: omissione di un intervento necessario, scarsa attenzione, violazione di un procedimento diagnostico o terapeutico, inesperienza di una procedura diagnostica, difetto di conoscenza, insufficiente competenza clinica, prescrizione illeggibile di una ricetta o di un farmaco, spiegazioni insufficienti, mancanza di coordinamento rispetto alle varie prescrizioni di medicinali;
- insufficienza dei meccanismi di controllo: mancanza di un esperto che avrebbe dovuto supervisionare una procedura tecnica, mancato controllo di una prescrizione⁸.

Nelle strutture ospedaliere gli errori derivano da scambio di farmaci, fraintendimenti nella lettura delle prescrizioni mediche, sviste nelle somministrazioni e nei dosaggi: così una ricerca condotta in sette ospedali da SIFO, Società italiana di farmacia ospedaliera e dei servizi farmaceutici delle aziende sanitarie, che mostra altresì come ogni cento prescrizioni si possono verificare da 4 a 15 errori⁹.

Sorprendenti, a questo proposito, le conclusioni cui pervengono le *Linee Guida della Regione Lazio per la gestione del rischio clinico in ospedale* (2015):

- in attesa delle cartelle cliniche elettroniche e del fascicolo sanitario elettronico, se le prescrizioni fossero sempre scritte in stampatello si potrebbe evitare l'84% degli errori nella prescrizione e nella somministrazione della terapia, diminuendo il numero degli errori sanitari che si registrano ogni anno, come si è detto circa 320.000 su di un totale di 8 milioni di ricoveri;
- 8 errori su 10 nella prescrizione della terapia derivano da sbagli nella lettura o nella trascrizione delle cartelle cliniche e potrebbero essere evitati semplicemente scrivendo la scheda clinica in modo chiaro e leggibile;

⁷ Di gran lunga il più noto studioso dell'errore, in tutti i settori delle attività umane, è J. Reason, *L'errore umano* (traduzione it. di *Human Error*, Cambridge University Press, 1991), Il Mulino, Bologna, 1994.

⁸ Approfonditamente, T. Pipan, a cura di, *Presunti Colpevoli. Dalle statistiche alla cartella clinica: indagine sugli errori in sanità*, Guerini, Milano, 2015.

⁹ Ricerca citata da M. Catino, *L'errore in medicina*, in *Consumatori, diritti e mercato*, n. 1/2006, p. 71 ss.

- agli errori di prescrizione è imputabile il 50% degli 'incidenti' durante i trattamenti, mentre gli errori di somministrazione sono il 26% e quelli di distribuzione dei farmaci il 14%.

Sifo, Società Italiana di Farmacia Ospedaliera e dei Servizi Farmaceutici delle Aziende Sanitarie, ha curato un manuale¹⁰ sulle procedure da attivare negli ospedali per il miglioramento della sicurezza dei FAR, Farmaci ad alto rischio, o ad alto livello di attenzione, in ragione della potenziale tossicità o dell'alta possibilità di interazioni: i FAR sono quelli coinvolti in una elevata percentuale di errori (ad esempio, insulina, eparina, chemioterapici), quelli simili per nome, pronuncia, confezionamento, etichettatura od uso clinico.

Lo scambio di farmaci è una causa molto comune di errori di terapia a livello mondiale¹¹, e dalle *Linee guida* Sifo si apprende che i principali fattori d'errore sono:

- scarsa conoscenza dei nomi dei farmaci;
- nuovi prodotti disponibili;
- somiglianza nel confezionamento, nel nome, nell'etichetta;
- somiglianza dell'uso clinico;
- somiglianza della concentrazione, delle forme di dosaggio e della frequenza di somministrazione;
- prescrizioni illeggibili o fraintendimento causato da prescrizioni verbali.

L'*Institute for Safe Medication Practices* (ISMP), sulla base delle segnalazioni pervenute da un campione di ospedali statunitensi, ha elaborato una lista dei FAR¹² nella quale sono presenti ventidue classi terapeutiche e diversi farmaci specifici ed, insieme all'agenzia federale *Food and Drug Administration* (FDA) ha promosso una campagna nazionale di istruzione per eliminare l'uso delle abbreviazioni mediche ambigue¹³, che sono spesso causa di fraintendimenti con danni per il paziente: i dati statunitensi indicano infatti che più di 7.000 decessi all'anno sono imputabili ad errori terapeutici nella prescrizione e nella somministrazione di farmaci.

È, quindi, sottolineata l'esigenza di eliminare l'uso di abbreviazioni potenzialmente confondibili da ogni forma di comunicazione sanitaria, incluse le prescrizioni mediche, le

indicazioni terapeutiche ospedaliere, le etichette generate in ospedale dal computer, le cartelle cliniche, le etichette commerciali dei farmaci e la pubblicità.

Nel nostro Paese la Commissione tecnica sul rischio clinico del Ministero della Salute¹⁴ ha elaborato il documento *Risk management in sanità. Il problema degli errori*¹⁵ approfondendo la prevalenza e le cause del rischio clinico, formulando indicazioni generali ed indicando le procedure idonee alla riduzione ed alla gestione del rischio clinico: sono stati così delineati i tratti del *risk management* in sanità quale insieme di azioni complesse per migliorare la qualità delle prestazioni sanitarie, avente quale fine la sicurezza basata sull'apprendimento dall'errore¹⁶.

In questa prospettiva imprescindibile aspetto dell'assistenza sanitaria è rappresentato dalla efficienza dell'organizzazione, e l'evento avverso attribuibile ad un errore deve considerarsi prevenibile.

Il rischio clinico

Cineas, Consorzio universitario per l'ingegneria delle assicurazioni, presso il Politecnico di Milano, ha condotto una ricerca sul rischio e la sua percezione su di un significativo campione di chirurghi¹⁷, dalla quale emerge che:

- l'80% del campione di chirurghi dichiara di aver subito nel corso della propria carriera professionale una denuncia o una citazione;
- il 92% del campione ritiene che il 'fattore legale' in tema di responsabilità professionale medica abbia ripercussioni sul normale svolgimento del rapporto medico/paziente e in particolare il 50% ritiene che abbia un impatto molto elevato;
- il rischio di subire una causa risulta tra i fattori di maggiore preoccupazione professionale (86%), seguito dal rischio di perdere il proprio patrimonio personale (83%) e la propria reputazione (77%).

¹⁴ Istituita con d.m. 5 marzo 2003.

¹⁵ Roma, marzo 2004.

¹⁶ Come ha insegnato Popper (K. POPPER, *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica*, trad. it di *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*, New York 1963, Il Mulino, Bologna, 1969) il metodo per prove ed errori, che abitualmente viene adottato dagli organismi viventi nel processo di adattamento e dallo scienziato di fronte a un determinato problema, è essenzialmente un metodo di eliminazione degli errori di adattamento da parte degli esseri viventi, i quali in questo modo scelgono e fissano le condotte utili, dopo aver scartato quelle improduttive, assicurandosi così la sopravvivenza e lo sviluppo.

¹⁷ *Rischio clinico ed r.c. professionale su di un campione di 729 soci Acoi, Associazione Chirurghi Ospedalieri Italiani*, Milano, aprile 2014.

¹⁰ *Linee guida per la prevenzione del rischio clinico correlato all'utilizzo dei farmaci ad alto rischio e degli acronimi, simboli, sigle e abbreviazioni*, ottobre 2015.

¹¹ Come è confermato da *Joint Commission International Accreditation Standards for Hospitals* (V ed., 2015), *gli standard statunitensi di accreditamento delle strutture sanitarie internazionalmente diffusi*.

¹² Ultimo aggiornamento agosto 2013.

¹³ *Campaign to Reduce Medication Mistakes Caused by Unclear Medical Abbreviations*, giugno 2006.

Un primo contributo alla conoscenza dell'errore nei suoi tratti qualitativi e quantitativi è recato dal d.m. 11 dicembre 2009¹⁸, che ha promosso la raccolta volontaria delle informazioni legate ai cosiddetti 'eventi sentinella' ed alle denunce dei sinistri provenienti dalle strutture sanitarie a livello nazionale.

Con l'espressione 'eventi sentinella' si fa riferimento ad eventi avversi particolarmente gravi e potenzialmente evitabili, che possono comportare la morte o un grave danno al paziente.

Le segnalazioni concernono:

- la rilevazione delle informazioni relative agli eventi sentinella indicativi di un serio malfunzionamento del sistema sanitario;
- la rilevazione delle informazioni relative alle denunce dei sinistri, per poter determinare il rischio infortunistico ed assicurativo.

Il 5° Rapporto di monitoraggio degli eventi sentinella nelle strutture del SSN (settembre 2005-dicembre 2012)¹⁹, compendia in 1918 le segnalazioni volontarie di eventi sentinella – verificatisi nelle strutture del Servizio sanitario nazionale tra il 2005 e il 2012 – pervenute al Sistema informativo per il monitoraggio degli errori in sanità che, come si è detto, ha il compito di raccogliere le informazioni relative agli eventi sentinella ed alle denunce dei sinistri su tutto il territorio nazionale, consentendo la valutazione dei rischi ed il monitoraggio completo degli eventi avversi.

La volontarietà delle segnalazioni – conformi ai requisiti stabiliti dal *Protocollo di Monitoraggio degli eventi sentinella* – rappresenta un limite alla completezza dei dati, ed a questo proposito si legge nel Rapporto che "nonostante i buoni risultati raggiunti, la sottosegnalazione rimane una problematica rilevante, evidenziando che le motivazioni culturali e organizzative alla base del fenomeno sono ancora forti e diffuse".

Ciò premesso:

- l'evento più segnalato (24,6%) è la "morte o grave danno per caduta di paziente", seguito dal "suicidio o tentato suicidio di paziente in ospedale" (15,4%);
- l'evento ha comportato la morte del paziente nel 36,8% dei casi, mentre si è verificato un trauma grave nel 14,4% dei casi, che ha reso necessario un nuovo intervento chirurgico nel 10,3% dei casi;
- gli eventi segnalati si sono verificati principalmente nei reparti di degenza (39,3%), seguiti dalla sala operatoria (18,7%), e

l'area di assistenza maggiormente interessata è stata la medicina generale (13,6%), seguita da ostetricia e ginecologia (10,8%).

Nel dettaglio si rilevano:

- atti di violenza in danno di un operatore sanitario: 8,6%;
- strumenti od altri materiali lasciati all'interno del campo operatorio, sì da richiedere un nuovo intervento: 8,29%;
- morte o grave danno imprevedibile conseguente a un intervento chirurgico: 7,04%;
- morte o disabilità permanente di neonato sano di peso superiore a g 2500 non correlata ad alcuna malattia congenita: 4,28%;
- morte, coma o gravi alterazioni funzionali derivanti da errori in terapia farmacologica 4,12%;
- reazione trasfusionale conseguente ad incompatibilità: 3,75%;
- trattamenti psichiatrici e psicologici specifici in conseguenza di tentativi di suicidio o di violenze subite nella struttura ospedaliera: 1,46.

Il Ministero della Salute, nella Raccomandazione n. 7/2008 relativa alla *Prevenzione della morte, coma o grave danno derivati da errori in terapia farmacologica*²⁰, fornisce elementi di notevole utilità per qualificare i rischi insiti nelle terapie farmacologiche: "gli eventi avversi dovuti ad errori in corso di terapia farmacologia sono la causa di danno più frequente nei pazienti ospedalizzati; possono verificarsi durante tutto il processo di gestione del farmaco e pertanto ai fini della prevenzione si deve prendere in considerazione l'intero sistema di gestione delle terapie".

Gli errori nella prescrizione e nella somministrazione dei farmaci rappresentano un fenomeno generalizzato, riscontrabile in tutti i Paesi avanzati: rileva a questo riguardo la Raccomandazione che "studi condotti a livello internazionale riportano che le cause degli errori in terapia sono multifattoriali e coinvolgono differenti operatori sanitari, ciascuno dei quali interagisce a vari livelli nel processo di gestione del farmaco: si tratta di errori che, se opportunamente monitorati e valutati, possono essere evitati".

Così, in relazione agli errori nella scelta terapeutica, si legge anche che "in uno studio condotto nel Regno Unito nel 2000, più della metà degli eventi registrati è dovuta ad errori legati ad un uso non corretto dei farmaci, come uno studio realizzato in 1116 ospedali statunitensi nel 2001, ha evidenziato che gli errori in terapia si verificano nel 5% circa dei pazienti ricoverati in un anno".

¹⁸ Recante la *Istituzione del sistema informativo per il monitoraggio degli errori in sanità* (Simes).

¹⁹ A cura della Direzione generale della programmazione sanitaria del ministero della Salute, Roma, aprile 2015.

²⁰ Roma, marzo 2008.

Completamente diverso è il caso degli errori nella redazione e nella interpretazione della prescrizione: *"il processo di scrittura della prescrizione concerne qualità e completezza delle informazioni essenziali. L'atto della prescrizione da parte del medico può essere influenzato da vuoti di memoria, dimenticanze dovute ad interruzioni frequenti, fretta, stress e fatica o incompleta conoscenza dei farmaci e del paziente"*.

Le cause più comuni di errore nella scelta terapeutica sono rappresentate da:

- prescrizioni estranee alle indicazioni terapeutiche;
- controindicazioni per associazione inappropriata a causa della scarsa conoscenza delle interazioni tra farmaci diversi;
- errata scelta della forma farmaceutica, dosaggi, via di somministrazione, intervallo di somministrazione;
- raccolta incompleta delle informazioni essenziali relative al paziente, quali nome, diagnosi, anamnesi clinica e farmacologia, allergie conosciute, terapie farmacologiche concomitanti, reazioni farmacogenetiche, ipersensibilità.

Le cause, invece, di errore imputabile a fraintendimenti, di gran lunga le più facilmente evitabili, sono:

- prescrizione illeggibile per cattiva grafia;
- duplicazione della terapia;
- prescrizione incompleta o che genera confusione relativamente alla via di somministrazione, alla dose o alla forma farmaceutica;
- prescrizione frettolosa ed imprecisa: si può confondere il dosaggio per virgole mal posizionate;
- prescrizione telefonica o verbale in caso d'urgenza, che può indurre a confusione o fraintendimenti, ad esempio nel caso di farmaci con denominazione o fonetica simili;
- uso di acronimi, espressioni ed abbreviazioni non standardizzate.

La 'medicina difensiva'

Ben 13 miliardi di € annui, pari al 10% della spesa sanitaria nazionale, sono addebitabili alla cosiddetta 'medicina difensiva', che si configura ogniquale volta i medici prescrivano test, analisi, visite o, viceversa, evitino pazienti o procedure ad alto rischio, principalmente (ma non necessariamente) per ridurre la loro esposizione ad un giudizio di responsabilità per malpractice.

Al fine di evitare possibili addebiti di responsabilità, i medici tendono così a seguire pedissequamente protocolli e linee-guida, prescrivendo esami o ricoveri quando siano astrattamente previsti per quel dubbio diagnostico o per quella patologia, pur non es-

sendo realmente necessari nello specifico caso²¹.

L'Ordine provinciale di Roma dei medici chirurghi e degli odontoiatri ha condotto la prima ricerca nazionale sulla medicina difensiva in relazione ad un campione stratificato per classe d'età e area geografica, pari a 2.783 unità, rappresentativo di tutti i medici italiani attivi in età fino a 70 anni, esclusi gli odontoiatri²².

I dati, sostanzialmente in linea con quelli della ricerca Cineas del 2014 precedentemente richiamata – che è stata condotta, però, su un campione più ristretto e di soli chirurghi – così tratteggiano la percezione del rischio:

- il 78,2% dei medici si sente oggi più a rischio di subire un'azione giudiziaria rispetto al passato (tab. 1)²⁰;
- il 65,4% si sente sotto pressione nella pratica clinica di tutti i giorni (tab. 2)²⁰;
- il 68,9% dichiara che la probabilità di essere denunciato è fino al 30%, mentre il 25% circa dichiara che la probabilità è superiore al 30% (tab. 3)²⁰;
- solo il 6,7% ritiene che la probabilità di essere denunciati sia nulla (tab. 3)²⁰;
- il 77,1% circa ritiene che le norme giuridiche che disciplinano oggi la responsabilità professionale si ripercuotano abbastanza/molto sulla qualità delle cure (tab. 13)²⁰;
- l'82,7% ritiene che le norme si ripercuotano abbastanza/molto sul rapporto medico-paziente (tab. 13)²⁰;
- il 73,6% circa dichiara di aver stipulato un'assicurazione RC professionale il cui costo annuo medio è di 1.147 € (tab. 18)²⁰;
- il 35,9% ritiene che gli errori medici potenzialmente dannosi (e, quindi, non gli errori in generale) siano abbastanza/molto diffusi (tab. 19)²⁰.

Quanto alle prescrizioni inutili, la medesima ricerca indica:

- farmaci: circa il 53% dichiara di prescrivere farmaci per ragioni di medicina difensiva e, mediamente, tali prescrizioni sono il 13% circa di tutte le prescrizioni. Il fenomeno è leggermente più accentuato presso i medici molto giovani, quelli di assistenza primaria, in chirurgia, ostetricia-ginecologia, ortopedia e medicina di urgenza, residenti nelle regioni del sud e delle isole (tab. 4)²⁰;
- visite specialistiche: il 73% ed oltre dichiara

²¹ Ospedali e assicurazioni: come tutelare il paziente, il personale ospedaliero e lo Stato, Cineas, Consorzio universitario per l'ingegneria delle assicurazioni, Politecnico di Milano, settembre 2014.

²² Chi si difende da chi? E perché?, Roma, novembre 2010.

ra di prescrivere visite specialistiche per ragioni di medicina difensiva e, mediamente, tali prescrizioni costituiscono il 21% di tutte le prescrizioni. Il fenomeno è leggermente più accentuato presso i medici fino a 44 anni d'età, in assistenza primaria, medici ospedalieri, in medicina interna, in nefrologia-urologia, neurologia e neurochirurgia, ortopedia, ostetricia-ginecologia e medicina di urgenza, residenti nelle regioni del sud e delle isole (tab. 5)²⁰;

- esami di laboratorio: circa il 71% dichiara di prescrivere esami di laboratorio per ragioni di medicina difensiva e, mediamente, tali prescrizioni costituiscono il 21% circa di tutte le prescrizioni. Il fenomeno è leggermente più accentuato presso i medici ospedalieri pubblici, in assistenza primaria, chirurgia, medicina interna, nefrologia-urologia, ortopedia, ostetricia-ginecologia e medicina d'urgenza, residenti nelle regioni del sud e delle isole. (tab. 6)²⁰;
- esami strumentali: circa il 75,6% dichiara di prescrivere esami strumentali per ragioni di medicina difensiva e, mediamente, tali prescrizioni rappresentano il 22,6% circa di tutte le prescrizioni. Il fenomeno è leggermente più accentuato presso i medici ospedalieri, in assistenza primaria, chirurgia, medicina interna, nefrologia-urologia, ortopedia, ostetricia-ginecologia e medicina d'urgenza, residenti nelle regioni del sud e delle isole (tab. 7-8-9)²⁰;
- ricoveri: circa il 49,9% dichiara di prescrivere ricoveri per ragioni di medicina difensiva e, mediamente, tali prescrizioni costituiscono l'11% circa di tutte le prescrizioni. Il fenomeno è leggermente più accentuato presso i medici giovani, i medici di ospedale pubblico, in cardiologia, chirurgia, medicina interna, ostetricia-ginecologia e medicina d'urgenza, residenti nelle regioni del sud e delle isole (tab. 10)²⁰.

L'*Indagine conoscitiva nazionale sulla medicina difensiva* rappresenta la relazione finale²³ della Commissione parlamentare di inchiesta sugli errori sanitari²⁴ ed ha riguardato

²³ Roma, gennaio 2013.

²⁴ Istituita con deliberazione della presidenza della Camera il 5 novembre 2008 al fine di procedere (art. 4, primo comma) "alle indagini e agli esami con gli stessi poteri e le stesse limitazioni dell'autorità giudiziaria" alla quale furono attribuiti svariati compiti, fra i quali: indagare sulla quantità e sulla gravità degli errori sanitari verificatisi nelle strutture sanitarie pubbliche e private; valutare l'incidenza degli errori in termini di perdite di vite umane o comunque di danni alla salute dei pazienti; accertare il costo sostenuto dalle strutture sanitarie pubbliche e private per la copertura dei rischi connessi ad errori sanitari, nonché l'ammontare delle somme corrisposte ai pazienti, o ai loro aventi causa, a titolo di risarcimento del danno subito in dipendenza di errori

dato un campione di 570 casi di presunta malasanità, collocati fra aprile 2009 e dicembre 2012: in 400 casi si è avuta la morte del paziente, anche se risulta che il 95% dei procedimenti penali per lesioni personali colpose a carico di esercenti le professioni sanitarie si conclude con il proscioglimento, mentre in sede civile le richieste di risarcimento vengono accolte nel 34% dei casi.

L'*Indagine* indica che l'incidenza percentuale dei costi della medicina difensiva sulla spesa sanitaria complessiva è del 10,5%, pari a 0,75 punti PIL, (importo equivalente a quanto investito in ricerca e sviluppo nel nostro Paese) ed è imputabile a tutti i medici, tanto dipendenti di strutture pubbliche, quanto liberi professionisti.

Disaggregando le singole voci, incidano sull'inutile spesa:

- farmaci 1,9%;
- visite 1,7%;
- esami di laboratorio 0,7%;
- esami strumentali 0,8%;
- ricoveri 4,6%.

La medesima *Indagine* indica un inquietante esempio di pratica essenzialmente difensiva: il ricorso al taglio cesareo, che l'Organizzazione mondiale della sanità stabilisce doversi attestare intorno al 15%, ma in Italia varia da una media del 44% nei reparti di maternità minori, al 32,8% di quelli di maggiori dimensioni, con una incidenza molto più elevata nelle strutture private, determinando così una media nazionale del 35,4% dei parti.

Dall'*Indagine* si apprende, però, che ulteriori ragioni patologiche contribuiscono a questa distorsione: il parto cesareo "può rappresentare, infatti, una soluzione più remunerativa, considerando che, con le attuali tariffe, la Regione rimborsa alle strutture sanitarie una cifra quasi doppia per un cesareo rispetto a un parto naturale".

Il d.m. 9 dicembre 2015, *Condizioni di erogabilità e indicazioni di appropriatezza prescrittiva delle prestazioni di assistenza ambulatoriale erogabili nell'ambito del Servizio sanitario nazionale* si propone, fra le altre, la finalità di ridurre i costi delle prescrizioni inutili mediante l'indicazione delle condizioni

sanitari; individuare le categorie cui sono riconducibili gli errori più frequenti, in particolare con riferimento a quelle relative all'inefficienza e alla scarsa igiene delle strutture sanitarie o all'inefficienza organizzativa; indagare sulle cause degli errori e su quanti di questi derivino da carenze di formazione del personale medico e paramedico o da carenze organizzative; verificare l'appropriatezza delle tecniche di gestione del rischio adottate; accertare l'istituzione di servizi per la rilevazione del livello di soddisfazione degli utenti, verificare le modalità di gestione dei reclami, nonché l'istituzione di altri strumenti a disposizione dei cittadini che consentano loro di tutelare nel modo migliore i propri diritti.

di erogabilità e di appropriatezza prescrittiva per 203 prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale erogabili dal Servizio sanitario nazionale: è prematuro, tuttavia, formulare un giudizio su di un provvedimento così recente e, peraltro, oggetto di molte critiche.

Specificatamente riferiti alle azioni giudiziali sono i dati pubblicati dall'Osservatorio Sanità ANIA – Marsh Risk Consulting, dai quali si evince che²⁵:

- 34.000 sono le azioni di un anno per danni subiti in strutture ospedaliere; il 78% è relativo a lesioni personali e il 7,5% a decesso;
- nel Sud e nelle Isole è radicato il 44,5% delle azioni; nel Nord il 32,2% e nel Centro il 23,2%;
- le azioni riguardano, oltre alle strutture ospedaliere, i medici di ortopedia e traumatologia, seguiti da quelli del pronto soccorso, chirurgia, ostetricia e ginecologia ed, infine, medicina generale
- in lieve calo il numero medio di sinistri registrati nelle singole strutture ospedaliere: dai 69 del 2012 ai 58 del 2013.

I sinistri denunciati alle sole imprese di assicurazione italiane (con l'esclusione, quindi, di quelle estere operanti in Italia nel settore della r.c. sanitaria) nel 2012 sono stati 31.200, di cui quasi 19.500 relativi a polizze stipulate dalle strutture sanitarie.

La differenza di 2800 unità fra i 31.200 sinistri denunciati alle compagnie di assicurazioni e le 34.000 azioni giudiziali verosimilmente si spiega tenendo presente, innanzitutto, che un medesimo sinistro può dar luogo tanto ad azioni civili, quanto ad azioni penali; in secondo luogo che – sempre in relazione ad un singolo sinistro – le azioni possono essere molteplici, indirizzandosi alla struttura sanitaria ed a uno o più medici ritenuti corresponsabili del sinistro stesso.

Nel triennio 2010-2012, tuttavia, i sinistri denunciati sono diminuiti di oltre l'8%.

Dal 1994 al 2012 oltre il 60% dei sinistri denunciati alle compagnie, sul totale della r.c. medica, sono stati chiusi senza corrispondere risarcimenti: la percentuale è più elevata per i sinistri relativi alle strutture sanitarie, 71%, e ciò potrebbe spiegarsi – secondo l'Osservatorio sanità – con la duplicazione delle richieste di risarcimento per i medesimi sinistri, vale a dire indirizzate sia alla struttura sanitaria, sia al medico coinvolto.

Abbastanza coerenti i dati riportati da *Medmal Claims Italia*²⁶, ove sono analizzate le richieste di risarcimento danni nel decen-

nio 2004-2013 su di un campione nazionale rappresentativo della sanità pubblica, identificabile con le strutture sanitarie clienti di questa società di brokeraggio assicurativo, alla quale sono pervenute nel decennio circa 42.000 richieste di risarcimento, pari a 4.163 sinistri all'anno, vale a dire 66 all'anno per ogni struttura, secondo un *trend* che dal 2009 registra qualche riduzione, fatta eccezione per l'anno 2012.

L'ammontare complessivo dei premi per il settore della responsabilità civile sanitaria è pari 543 milioni di euro per l'esercizio 2012: di questo importo il 53% è relativo a polizze stipulate dalle strutture sanitarie, ed il 47% a polizze stipulate dai professionisti sanitari.

Il tasso annuo di crescita dei premi nel periodo 2002-2012 è pari a 7,2%: 4,8% per le strutture sanitarie e 10,9% per i liberi professionisti, ma sono in contrazione (-4,3% nel 2012 rispetto al 2011) i premi relativi alle strutture sanitarie, che si indirizzano vieppiù verso la cosiddetta autoassicurazione.

Nel decennio il tasso di rischio, quindi la frequenza dei sinistri, è aumentato: +4,8% ogni 100 medici, +2,7% ogni 100 posti letto e +7,2% ogni 1.000 ricoveri.

Si tratta di sinistri che valgono oltre un miliardo e mezzo di euro in risarcimenti, per un costo medio di quasi 60.000 euro a sinistro, che ha comportato un aumento dei valori assicurativi fino al 16,5% per i medici ed al 13,4% per gli infermieri.

Il valore assicurativo di un posto letto ai fini del calcolo del premio annuo è stimato intorno a 4.000 euro, un singolo ricovero intorno a 107 euro, un medico 7.000 euro e un infermiere circa 3.000 euro, con differenze considerevoli in funzione delle aree geografiche: un posto letto al Nord costa circa 3.700 euro, al Centro 5.380 euro, al Sud 2.700 euro.

Il personale medico spende per la copertura assicurativa 6.300 euro annui al Nord, fino a 9.700 euro al Centro, ma solo 3.900 euro al Sud.

Nel dettaglio, ha luogo quasi un sinistro ogni 10 posti letto, 3 ogni mille ricoveri, 17 ogni 100 medici e 7 ogni 100 infermieri.

Le specialità cliniche che subiscono la maggiore frequenza di richieste di risarcimento danni sono ortopedia (13,2%), chirurgia generale (10,3%), ostetricia e ginecologia (7,5%).

Il pronto soccorso registra il 13% delle denunce di sinistro, e nel 2013 si segnala quale il reparto che ha totalizzato più episodi di *medical malpractice*.

Quanto alla natura dell'errore, si conferma al primo posto fra i sinistri l'errore chirurgico (27,3%), seguito da quello diagnostico

²⁵ Settembre 2015.

²⁶ Marsh Risk Consulting, *Medmal Claims Italia*, VI ed., febbraio 2015.

(18%) e terapeutico (10,4%), quest'ultimo in misura eguale alle cadute di pazienti e visitatori (10%).

Se si analizzano gli errori per tipologia di ospedale, le strutture sanitarie di primo livello, ovvero quelle di base, hanno registrato il maggior numero di richieste danni, pari al 54% del totale, seguono le strutture di secondo livello (ospedali ad alta intensità di cura o ad alta specializzazione) 24,5% e le strutture ospedaliere universitarie, 20%.

Distanziate sono le strutture mono-specialistiche come quelle ortopediche, 1,2%, e quelle materno-infantili, 0,4%.

I medesimi profili sono trattati – se pur utilizzando un differente campione – nella già richiamata *Indagine conoscitiva nazionale sulla medicina difensiva*²⁷: crescono del 4,6% annuo i premi assicurativi che le aziende pagano alle compagnie, in conseguenza di un altrettanto marcato aumento delle richieste di risarcimento, ma calano del 75% i danni liquidati.

Notevole l'incremento dei premi assicurativi versati: tra il 2006 e il 2011: è stato del 23%, con una media annua del 4,6%, passando da 288 milioni di euro complessivamente versati nel 2006 a 354 milioni del 2011. Il premio medio annuo assicurativo, pagato dalle aziende sanitarie a livello nazionale, è aumentato da 2 milioni di euro nel 2006 a 2,7 nel 2011, con un incremento del 35%.

Si noti che la sesta edizione di *Medmal Claims Italia*, di Marsh Risk Consulting, precedentemente richiamata, indica un ammontare complessivo dei premi per r.c. sanitaria pari 543 milioni di euro per il 2012, con un incremento, pertanto, di ben 189 milioni fra il 2011 ed il 2012.

La richiamata *Indagine conoscitiva* della Commissione parlamentare d'inchiesta evidenzia anche un incremento delle richieste di risarcimento pari al 24%.

In netta diminuzione, però, i risarcimenti liquidati dalle imprese assicuratrici: nel medesimo intervallo temporale, gli importi pagati per risarcimento sono, infatti, passati dai 191 milioni del 2006 ai 91 milioni del 2011, con una riduzione del 75%.

In particolare nel Nord Ovest, i risarcimenti liquidati sono scesi da 68 milioni a 11 milioni, giungendo ad un sesto dei valori di cinque anni prima.

L'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali²⁸ ha assunto anche la funzione di

osservatorio nazionale sui sinistri e le polizze assicurative cui affluiscono i dati raccolti attraverso il Sistema informativo per il monitoraggio degli errori in sanità (Simes).

Nell'ottobre 2015 è stato pubblicato il rapporto annuale *Monitoraggio delle denunce di sinistri 2014*, che evidenzia:

- oltre 12.000 denunce di sinistri nel 2014, a fronte di 9 milioni di ricoveri.

La ripartizione percentuale nazionale per tipologia di danno dei sinistri aperti nel 2014 così si caratterizza:

- lesioni personali: 65,86%
- decesso: 12,88%
- danni a cose: 5,67%
- lesione diritti giuridicamente rilevanti: 4,87%
- non specificato: 4,20
- altro: 6,52.

In mancanza di espresse indicazioni, sembra lecito supporre che la voce 'lesione diritti giuridicamente rilevanti', la quale molto contribuisce all'incremento della conflittualità correlata alla *malpractice* medica, sia correlata agli indirizzi giurisprudenziali volti ad ampliare sia le tipologie degli interessi lesi, sia l'ambito dei soggetti risarcibili, si considerino, ad esempio, la dilatazione delle situazioni nelle quali è riconosciuto il danno non patrimoniale per la perdita di un congiunto con riferimento, ad esempio, alla "serenità della vita familiare", il riconoscimento ai conviventi *more uxorio* del diritto di ottenere il risarcimento patrimoniale e non patrimoniale nelle medesime forme riconosciute ai familiari, la risarcibilità della perdita di una *chance* di sopravvivenza ascrivibile all'errore diagnostico, specie in campo oncologico.

Il *Rapporto Agenas* evidenzia che, nel medesimo anno 2014 ma in funzione delle prestazioni erogate, i sinistri concernono:

- interventi chirurgici: 33,55%
- assistenza: 18,49%
- diagnosi: 17,31%
- altro: 23,76
- non disponibile: 0,36.

Il costo medio dei sinistri liquidati, per tipologia di danno ammonta:

- decesso: 284.669,79 €
- lesione di diritti giuridicamente rilevanti: 56.032,41 €
- lesioni personali. 45.033,03 €
- danni a cose: 1.155,36 €
- altro: 4.963,03 €
- non specificato: 7.031,91 €.

²⁷ Relazione della Commissione parlamentare di inchiesta sugli errori sanitari, Roma gennaio 2013.

²⁸ Agenas, ente pubblico non economico di rilievo nazionale, istituito con d.lgs. 30 giugno 1993, n. 26 che le attribuisce compiti di monitoraggio, valutazione, forma-

zione e ricerca in ambito sanitario, in seguito all'intesa concernente la gestione del rischio clinico e la sicurezza dei pazienti e delle cure raggiunta fra Stato e Regioni il 20 marzo 2008.

La percentuale di sinistri per tipologia di servizio erogato evidenzia, invece²⁹:

- ricovero ordinario: 52,43%
- pronto soccorso: 15,48%
- accesso ambulatoriale: 9,34%
- ricovero day hospital: 2,33%
- soccorso in emergenza: 2%
- altro: 17,80%
- non applicabile: 0,67%.

Di grande interesse l'incidenza percentuale dei sinistri aperti nel 2014 in relazione ai diversi tipi di procedimento:

- stragiudiziale: 74,44%
- conciliazione: 8,98%
- giudiziale civile: 7,77%
- giudiziale penale: 7,54%
- non applicabile: 1,28%.

Anche in questo caso la mancanza di indicazioni, rende plausibile supporre che la preponderante rilevanza della voce 'stragiudiziale' non significhi affatto che le liti vengano composte derogando alla competenza giudiziaria: semplicemente, poiché i dati riguardano i sinistri 'aperti' nell'anno di riferimento, essi sono ancora nella fase iniziale del contenzioso caratterizzata dai rapporti fra avvocati, in attesa, in massima parte, di imboccare la strada giudiziale.

Ciò potrebbe trovare conferma nelle indicazioni che seguono, relative alle tipologie di tramite adottate dai soggetti in lite con le amministrazioni sanitarie: il dato relativo alla scelta di un avvocato quale tramite (72,34%) è infatti pressoché equivalente (74,44) alle liti in sede extragiudiziale.

Interessante anche considerare i sinistri per tipologia di tramite, dati dai quali si apprende che:

- tramite avvocato: 72,34%
- direttamente: 10,61%
- agenzia antinfortunistica: 3,87%
- associazione per i diritti del malato: 1,14%
- legale rappresentante: 0,99%
- altro: 10,71%
- non applicabile: 0,07%.

Leggermente maggiore la ricorrenza dei sinistri presso la popolazione maschile, seb-

bene questa sia percentualmente inferiore nella popolazione nazionale³⁰:

- sinistri maschi: 50,38%
- sinistri femmine: 49,62%.

La distribuzione dei sinistri per classi di età si caratterizza per l'incremento con il progredire dell'età stessa:

- da 0 a 5: 3,58%
- da 6 a 14: 3,26%
- da 15 a 18: 1,38%
- da 19 a 24: 2,65%
- da 25 a 34: 8,39%
- da 35 a 44: 13,72%
- da 45 a 54: 17,13%
- da 55 a 64: 16,28%
- da 65 a 80: 21,29%
- oltre 80: 12,02%.

La tipologia del danneggiato mostra, infine, che a rischio non sono i soli pazienti:

- paziente: 79,35%
- visitatore: 4,05%
- personale: 3,50%
- altro: 12,77%
- non applicabile: 0,34%.

L'obbligo assicurativo del professionista

Il d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148 dispone (art. 3, n.5, capoverso e) che: *"a tutela del cliente, il professionista è tenuto a stipulare idonea assicurazione per i rischi derivanti dall'esercizio dell'attività professionale. Il professionista deve rendere noti al cliente, al momento dell'assunzione dell'incarico, gli estremi della polizza stipulata per la responsabilità professionale e il relativo massimale."*

L'obbligo è in vigore dal 15 agosto 2014 e, per quanto concerne i medici, la Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri, FNOMCeO³¹ chiarisce che i dipendenti da strutture sanitarie non sono tenuti all'obbligo, in quanto inclusi nella copertura assicurativa stipulata dall'ente di appartenenza.

Equalmente esentati dall'obbligo dell'assicurazione sono i medici dipendenti che hanno optato per l'attività libero professionale intramuraria, in quanto già contribuiscono alla copertura di tutti i costi diretti ed indiretti sostenuti dalle aziende sanitarie presso le quali operano.

Infine, i medici in pensione, iscritti all'Albo ma che non svolgono più alcuna attività professionale, non sono obbligati a stipulare una polizza assicurativa, in quanto la semplice iscrizione all'Albo per giurisprudenza costante non costituisce prova dell'effettivo svolgimento di una attività professionale.

²⁹ Gli importi massimi e minimi liquidati nel 2014 per tipo di danno sono così riassumibili:

DANNO	MAX €	MIN €
lesione di diritti giuridicamente rilevanti	2.000.000,00	52,60
lesioni personali	2.466.509,00	16.510,00
decesso	1.401.504,00	1,00
danni a cose	7.090,00	0,00
altro	160.000,00	1,00

Rapporto annuale *Monitoraggio delle denunce di sinistri 2014*, cit.

³⁰ Dati Istat 2014: 48,5% maschi, 51,5% femmine.

³¹ Comunicazione n. 33/2013.

L'evoluzione della disciplina della responsabilità del professionista

Il d.l. 13 settembre 2012, n. 158, *Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute*³², ha apportato rilevanti modifiche alla disciplina della responsabilità professionale medica.

L'art. 3 della legge di conversione (primo comma) dispone: *"L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo"*.

Pertanto, se il sanitario, nello svolgimento della propria attività professionale, si attiene alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, in ambito penale si esclude la rilevanza della colpa lieve: ciò comporta il rafforzamento della posizione del medico, tenendo conto da un lato del rispetto delle 'linee guida', dall'altro lato del grado della colpa: *ratio* dichiarata dell'intervento legislativo fu il contenimento del contenzioso in tema di responsabilità medica.

Problema di non poco conto è rappresentato dall'individuazione delle linee guida, o buone pratiche, in quanto la legge nulla dice in relazione ai parametri da seguire per la determinazione di esse, causando un'assenza di criteri oggettivi per la determinazione della responsabilità del medico: le linee guida sono, in buona sostanza, raccomandazioni di comportamento clinico, prodotte attraverso un processo sistematico allo scopo di assistere medici e pazienti nel decidere quali siano le modalità di assistenza più appropriate in specifiche circostanze cliniche.

La finalità delle linee guida risiede nell'indirizzare i comportamenti dei singoli operatori in modo appropriato e razionale, offrendo una sintesi ragionata delle rilevanti informazioni scientifiche disponibili.

Alla depenalizzazione nel caso di colpa lieve si associa poi, sotto il profilo civilistico, un mutamento altrettanto significativo, in quanto il primo comma dell'art. 3 della legge di conversione, richiamando l'art. 2043 cod. civ., comporta il passaggio dalla responsabilità contrattuale alla responsabilità extracontrattuale: la posizione del paziente danneggiato è, così, più difficoltosa sul piano probatorio nel caso di colpa lieve, mentre

in quello di colpa grave (o di dolo) rimane inalterata.

In altri termini, il medico dipendente non risponde più nella sede contrattuale, in quanto il rapporto è instaurato con la struttura, ma solo in quella extracontrattuale.

Quindi, mentre il professionista per andare esente da responsabilità deve provare che la sua condotta è stata conforme alle regole dell'arte da seguire nelle circostanze in cui si è verificato il fatto, e la mancanza di colpa è consequenziale, il paziente che intenda invece provare la responsabilità del medico deve provare il danno ingiusto, il nesso causale fra condotta illecita e danno, nonché la colpa del danneggiante.

Conclusioni

Il d.d.l. *Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario*³³, proponendosi di incidere sui costi della medicina difensiva, è volto ad aumentare ulteriormente le tutele a favore dei professionisti sanitari, anche mediante l'istituzione di nuove procedure in tema di risarcimento del danno.

Se questa proposta legislativa sarà approvata nei termini attuali, l'obbligo di tentare la composizione del conflitto si configurerà esclusivamente in sede conciliativa secondo la procedura di accertamento tecnico preventivo di cui all'art. 696 *bis* cod. proc. civ. da esperire prima dell'avvio di qualunque procedimento, con l'espressa esclusione del ricorso alla mediazione disciplinata dal d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 nonché dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, che ha esteso all'intera sfera sanitaria l'obbligo della mediazione.

La partecipazione al procedimento di accertamento tecnico preventivo così delineata è obbligatoria per tutte le parti, comprese le imprese di assicurazione, e nel caso di mancata partecipazione il giudice condanna chi non vi ha partecipato al pagamento delle spese di consulenza e di lite, indipendentemente dall'esito del giudizio, oltre ad una pena pecuniaria determinata equitativamente a favore delle parti che sono comparse³⁴.

Pertanto, la procedura dell'art. 696 *bis* cod. proc. civ., che si caratterizza per il tentativo di conciliazione esperito dal CTU prima del deposito della relazione peritale, sarebbe l'unica via extragiudiziale percorribile.

³³ Atti Camera n. 1769 della XVII Legislatura, approvato il 28 gennaio 2016 dalla Commissione Affari sociali della Camera, Approvato nel testo unificato il 28 gennaio 2016 (S.2224) ed attualmente (8 maggio 2016) in corso di esame in commissione.

³⁴ Art. 7 bis, secondo il quale ove la conciliazione non riesca o il procedimento non si concluda entro il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso, la domanda diviene procedibile in sede giudiziaria.

³² Noto come 'Decreto Balduzzi', successivamente convertito nella l. 8 novembre 2012, n. 189.

Si consideri, inoltre, che il d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130, relativo alle procedure ADR nelle controversie di consumo e di utenza³⁵, esclude dalla propria sfera applicativa i conflitti che hanno origine dalla prestazione di "servizi non economici d'interesse generale", vale a dire prestati senza un diretto corrispettivo da pubbliche amministrazioni, quali le liti correlate all'assistenza sanitaria.

L'art. 10 della proposta legislativa specifica che "l'autorità giudiziaria affida l'espletamento della consulenza tecnica e della perizia a un medico legale e ad uno specialista nella disciplina oggetto del giudizio" soggetti che, non necessariamente, sono dotati delle capacità richieste ad un mediatore, tanto più che (retro, par.1) questa preparazione assume tratti strettamente peculiari nelle controversie in materia sanitaria.

È vero che, fallito il tentativo di conciliazione ad opera dei due consulenti del giudice nessuno vieta alla parti di percorrere ulteriori vie extragiudiziali anziché agire subito in giudizio, ma questa eventualità non appare realisticamente molto probabile.

Maggiormente praticabile appare, forse, la possibilità di affiancare un mediatore professionale ai consulenti tecnici d'ufficio, ipotizzando così una sorta di lavoro d'equipe volto a conferire maggiori chances di successo al tentativo di raggiungere un accordo negoziato evitando l'instaurarsi di un giudizio.

Come si è avuto modo di rilevare³⁶ il d.l.c.p.s. 13 settembre 1946, n. 233 che disciplina l'esercizio delle professioni sanitarie attribuisce al consiglio direttivo di ciascun Ordine o Collegio il potere di conciliare le vertenze che coinvolgono i sanitari iscritti: questa potrebbe essere una sede ove ubicare il tentativo di conciliazione condotto dai periti di nomina giudiziale insieme a qualificati mediatori.

È opportuno ricordare, a questo proposito, che nel corso del 2005 – cinque anni prima, quindi, che il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 rendesse obbligatorio il ricorso alla mediazione nelle controversie mediche prima dell'azione in giudizio – è stato attivo il progetto sperimentale di conciliazione fra cittadini e medici, denominato *Accordia*, promosso dall'Ordine dei Medici e degli Odontoiatri della Provincia di Roma ed avente sede presso l'Ordine medesimo, che offriva gratuitamente la possibilità di risolvere in via amichevole le controversie insorte nel periodo gennaio 2003-dicembre 2005 e riguardanti i rapporti

fra pazienti e professionisti iscritti all'Ordine di Roma, con l'esclusione delle strutture pubbliche o private eventualmente coinvolte.

La richiesta del cittadino non doveva superare 25.000,00 euro e non doveva essere stata promossa alcuna azione legale nei confronti del sanitario; la procedura conciliativa si concludeva entro 90 giorni dalla presentazione della domanda, e si avvaleva di una commissione tecnica composta da medici ed avvocati, nonché della Camera di conciliazione di Roma, istituita dall'Ordine degli avvocati insieme alla Corte di appello della stessa città³⁷.

Lo sportello di *Accordia* ha accolto circa 1000 segnalazioni nell'arco di un anno, il cui valore medio è stato di 18.000,00 euro, mostrando così che il ricorso alle ordinarie vie giudiziali non costituisce un fattore ineluttabile.

Fra i profili d'interesse di questa risalente iniziativa è da rilevare la possibilità di dialogo concessa alle parti, elemento essenziale per evitare il radicamento del conflitto: questa è la via da seguire senza attendere che le posizioni degenerino e si radicalizzino.

La pratica della mediazione – intesa quale prassi di rapporti interpersonali e non come procedimento formale e strutturato – è proficua allorché il conflitto non ha ancora assunto tratti giudiziari – come la richiesta di accertamento tecnico preventivo – ma si trova nella fase preliminare, quella in cui un sinistro, o un altro evento negativo, già ha avuto luogo, e le parti ancora tentano di dialogare, prima che gli scambi epistolari fra i legali abbiano il sopravvento.

Il *Manuale di formazione per il governo clinico: la sicurezza dei pazienti e degli operatori*, approntato dal Ministero della salute (retro, par. 1) opportunamente rileva (p. 15) che "l'esperienza del personale delle Aziende Sanitarie coinvolto nella gestione dei casi di contenzioso giudiziario, di richieste di risarcimento danni e/o di reclami e di richieste di chiarimenti, ha fatto emergere come, anche quando l'oggetto protestato è una specifica prestazione tecnico-professionale, spesso ad esso si accompagna e si intreccia il fallimento della relazione professionista (e/o struttura)/paziente (e/o parente)".

Lo stesso Manuale sottolinea, poi, che "un altro aspetto rilevante della gestione del rischio è quello della comunicazione tra le parti al sorgere di dinamiche conflittuali nate a seguito dell'esercizio dell'arte medica. La comunicazione deve essere preservata, in-

³⁵ C. Vaccà, *Il d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130 sulle adr per i consumatori: una grida per l'Azzecagarbugli?*, in questa Rivista, n. 10/2015, p. 9 ss.

³⁶ Retro, par. 1.

³⁷ Interessante rilevare che al progetto *Accordia* partecipavano anche alcune imprese di assicurazione attive nel settore della r.c. medica, quali Unipol, Bernese, Mediolanum, Reale Mutua, Fondiaria-Sai.

centivata e difesa al fine di divenire modalità di incontro e confronto in cui è possibile esprimere punti di vista, vissuti ed anche sentimenti che sottendono il conflitto e che aiutano a capire e talora anche ad accettare.

La prima fase è costituita dai colloqui preliminari condotti da due mediatori separatamente con ciascun confliggente. Spesso il conflitto viene risolto già in questa prima fase: non è raro, infatti, che attraverso colloqui individuali, il confliggente rifletta sulla propria posizione e sui relativi vissuti superandoli e trovando così autonomamente un dialogo conciliativo con l'altro. Può anche accadere che il confliggente si rifiuti semplicemente di continuare il percorso, ma ciò non riduce l'importanza dell'ascolto che ha ricevuto".

Fra l'altro, è proprio nella prima fase del conflitto che il personale preposto agli Urp, uffici relazioni con il pubblico, comunica all'utente l'immagine della struttura sanitaria, implicitamente anticipando – e, di fatto, con il proprio comportamento determinando – i tratti che successivamente le relazioni fra le parti sono destinate ad assumere.

Si tratta, in definitiva, di valorizzare la prima occasione di incontro/scontro fra l'utente ed il personale sanitario per impostare, nei limiti del possibile, il dialogo che consentirà di giungere ad una soluzione extragiudiziale: non necessariamente, come si è detto, avviare una formale mediazione nel rispetto della procedura e delle regole giuridiche, bensì rendere possibile un proficuo dialogo fra le parti evitando che il conflitto degeneri.

Come è noto, il dialogo consente di riconoscere le componenti emotive che sono alla base del conflitto, sì che la soluzione possa raggiungersi muovendo da queste, riducendo il rischio che disagi taciuti e malesseri nascosti possano deflagrare in conflitti destinati a scavare solchi profondi, dando luogo a procedimenti lunghi e costosi.

L'attivazione di adeguati percorsi formativi per il personale sanitario ed amministrativo, specie di quello addetto agli Urp, appare quindi una scelta di rilevanza strategica e sociale che, per essere efficace, deve considerare non soltanto i processi organizzativi e le relative azioni di intervento laddove siano riscontrabili carenze, ma in particolar modo le persone preposte alla gestione delle procedure a fronte di situazioni per loro natura ricche di complessità.

Coerentemente a quanto indicato dal *Manuale di formazione* del Ministero della salute, la cultura della mediazione deve divenire parte essenziale della formazione di base di tutti i protagonisti della sfera sanitaria, quale vera prevenzione per abbattere il numero

dei conflitti: medici, infermieri, dirigenti amministrativi e sanitari, dovrebbero, quindi, sapere come comportarsi nel dialogo con gli utenti sin dal nascere di ogni contrasto.

Si consideri, del resto, nel caso di approvazione nel testo attuale del richiamato d.d.l. *Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario*, **la formazione continua di tutti gli operatori dovrà rappresentare un elemento essenziale del nostro sistema sanitario in quanto (art. 1)** il diritto alla 'sicurezza delle cure' è parte costitutiva del diritto alla salute, che si realizza mediante l'insieme di attività organizzative, formative, educative, relazionali, gestionali, valutative e di sviluppo continuo delle competenze degli operatori.

Ogni struttura dovrà, poi, attivare (art. 2) la funzione di *risk management* per rilevare, prevenire ed affrontare ogni tipo di rischio, mentre le funzioni di Garante per il diritto alla salute sono attribuite (art. 3) al difensore civico regionale, al quale il paziente può richiedere gratuitamente assistenza nel caso in cui ritenga di essere stato danneggiato.

L'Osservatorio nazionale sicurezza in sanità (art. 4) presso l'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali (Agenas) ha il compito di acquisire dai Centri per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente i dati regionali relativi agli errori sanitari ed all'onere finanziario del contenzioso, individuando linee di indirizzo per la prevenzione e la gestione del rischio sanitario, oltre che per la formazione e l'aggiornamento del personale.

Rinviamo una più approfondita analisi al testo che sarà definitivamente approvato, l'articolato mostra, comunque, diversi aspetti che inducono a perplessità: il difensore civico, innanzitutto, sin da quando il suo ambito era ancora comunale, non ha ricevuto mezzi e strutture che gli consentissero di operare con efficacia, risorse ancor più necessarie per far fronte alle competenze specialistiche che si vorrebbero ora assegnare a questa figura, a torto sempre considerata di secondo piano.

L'accertamento tecnico preventivo, che la proposta legislativa considera l'unico strumento per evitare l'instaurarsi di un giudizio ordinario, indubbiamente presenta elementi di efficacia, ma su di un piano completamente diverso, ed assai più riduttivo rispetto alla mediazione: il sospetto che questa scelta sia frutto di un compromesso con le imprese di assicurazione, che sempre hanno visto la mediazione come il fumo negli occhi, è pertanto lecito.

CESARE VACCÀ

© RIPRODUZIONE RISERVATA

La diffusione (ancora scarsa) dell'arbitrato in Italia. Riflessioni e spunti su alcune situazioni concrete

Introduzione - La limitata diffusione dell'arbitrato nel contesto (inefficiente) dell'attuale sistema giudiziario italiano

Nel nostro Paese il ricorso all'arbitrato appare oggi ancora limitato, specie se posto in relazione al notevole numero di nuovi procedimenti civili incardinati dinanzi alla giurisdizione ordinaria ed alla efficienza mediamente modesta di quest'ultima.

Le cause di questa scarsa diffusione sono state ravvisate in una molteplicità di motivi, compresa la storica diffidenza culturale nell'istituto arbitrale, a fronte della tradizionale supremazia della giurisdizione statale nel contesto di un'accentuata centralità in generale del ruolo dello Stato.

Il fenomeno è tanto più paradossale alla luce della constatazione che il contenzioso per ottenere l'indennizzo per irragionevole durata del processo – disciplinato dalla c.d. legge Pinto n. 89 del 2001, recentemente modificata in senso restrittivo dalla Legge di Stabilità del 2016 – è ormai esploso e, come è noto, l'Italia è stata ripetutamente condannata dalla Corte Europea per l'irragionevole durata dei processi. Si tratta indubbiamente di un quadro desolante nell'ambito del quale il ricorso a strumenti dell'autonomia negoziale per la risoluzione delle controversie civili e commerciali dovrebbe essere considerato sempre più come opzione privilegiata¹.

¹L'interesse pubblico ad una soluzione delle controversie tra privati più rapida ed efficiente di quella offerta dalle corti statuali ha suggerito, fin da epoca risalente, l'istituzione presso le Camere di Commercio di organismi deputati alla amministrazione di arbitrati, inizialmente solo per controversie vertenti tra imprese e, in epoca più recente, anche per le liti tra imprese e consumatori. Interessanti considerazioni sul ruolo delle camere arbitrali sono svolte da RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2002, p. 461 ss.; sul tema cfr. anche AZZALI, *L'arbitrato amministrato e l'arbitrato ad hoc*, in AA.VV., *L'arbitrato. Profili sostanziali*, rassegna coordinata da ALPA, t. II, Torino, 1999, p. 810 ss. Con specifico riferimento agli arbitrati amministrati dalle camere di commercio si veda altresì BUONFRATE, LEOGRANDE,

D'altro canto, la crescente utilizzazione dello strumento arbitrale è un fatto indiscutibile a livello europeo, anche in quegli ordinamenti dove la durata media dei processi è assolutamente ragionevole e ben inferiore a quella media italiana.

Ciò basta a dimostrare che la durata (più) contenuta del procedimento arbitrale è soltanto una delle ragioni del crescente successo dell'istituto; la scelta arbitrale è, infatti, orientata anche da considerazioni sulla specifica competenza e preparazione degli arbitri in determinate materie e sulla maggiore flessibilità dello strumento arbitrale rispetto al processo ordinario con riferimento sia alla procedura sia ai mezzi di prova utilizzabili, a voler tacere del tema della riservatezza.

Pur a fronte di indubitabili vantaggi in termini di durata, e non solo, l'istituto dell'arbitrato è tuttavia ancora relativamente poco diffuso in Italia. Vale, quindi, la pena di evidenziarne alcuni punti deboli, anche al di là dei limiti culturali del contesto giuridico di nostro riferimento.

Il presente intervento non ha, peraltro, la pretesa di fornire una riflessione sistematica sui motivi che contribuiscono a ridurre l'attrattività dell'istituto arbitrale, ma solo di evidenziare alcuni aspetti che nell'ambito dell'arbitrato commerciale, possono in concreto contribuire a decretare il successo o l'insoddisfazione delle parti per la scelta dello strumento arbitrale in alternativa alla giurisdizione ordinaria, anche a prescindere dal fattore della durata del procedimento.

L'arbitrato amministrato dalle camere di commercio, con introduzione di GIOVANNUCCI ORLANDI, Milano, 1998; Più recentemente, sul tema, RICCI, *Note sull'arbitrato amministrato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2002, p. 1 ss.; AZZALI, *Arbitrato amministrato*, in *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, a cura di BUONFRATE e GIOVANNUCCI ORLANDI, Torino, 2006, p. 49 ss.; CORSINI, *L'arbitrato secondo regolamenti precostituiti*, in *Riv. Arb.* 2007, p. 295 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 2008, p. 993 ss.; PUNZI, *Brevi note in tema di arbitrato amministrato*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2009, p. 1325 ss.

* Counsel Studio Legale associato a Baker & McKenzie, Milano
Avvocato cassazionista in Milano

I costi del procedimento ed il valore delle controversie

È noto che uno dei profili che viene criticamente additato quale causa di scarsa diffusione dell'arbitrato è quello dei costi, inevitabilmente superiori a quelli cui le parti vanno incontro per un giudizio dinanzi alla giurisdizione ordinaria, dove pure negli ultimi anni gli importi del contributo unificato sono stati progressivamente aumentati fino a raggiungere cifre non irrilevanti, specialmente per i procedimenti in grado di appello e per quelli pendenti dinanzi alle sezioni specializzate in materia di impresa.

Va, peraltro, evidenziato come il costo relativo alla remunerazione dell'organo arbitrale non sia oggettivamente comparabile con il costo corrispondente riferito al processo ordinario. Tale costo non è altro che conseguenza del fatto che nell'arbitrato sono le stesse parti (in via mediata o diretta) a scegliere i componenti dell'organo giudicante. I vantaggi di questa opportunità, che consente di individuare i soggetti astrattamente più idonei (per capacità, esperienza o altro) a decidere la controversia, non necessitano di particolari sottolineature e dovrebbero di norma giustificare la maggior onerosità della scelta arbitrale nella maggior parte dei casi.

A giocare a sfavore dell'istituto arbitrale contribuisce, poi, in modo non secondario la scarsa prevedibilità dei costi, nel caso dell'arbitrato *ad hoc*.²

L'arbitrato amministrato, per parte sua, si propone quindi quale scelta privilegiata sia in ragione della prevedibilità dei costi della procedura (generalmente più competitivi di quelli risultanti dalle tariffe forensi), sia per la maggiore professionalità ed efficienza del servizio complessivamente reso. Come è stato rilevato da autorevole dottrina, *"in questa materia la funzione delle Camere arbitrali è veramente preziosa e porta ad esaltare la convenienza dell'arbitrato amministrato e a giustificarne la pre-*

*ferenza rispetto all'arbitrato ad hoc. Invero la formazione e la diffusione di tabelle contenenti le misure minime e massime delle spese dell'arbitrato nonché delle spese amministrative, e dei compensi agli arbitri, coniugate con la sottrazione agli arbitri e il conferimento agli organi delle istituzioni arbitrali del potere di determinare queste spese e questi compensi, sono la risposta più idonea alle critiche e ai sospetti che, in materia di costi dell'arbitrato, hanno investito, soprattutto in questi ultimi tempi, l'arbitrato, giungendo sino a provocare provvedimenti legislativi per vietarne l'applicazione e proclamare la nullità dei relativi patti compromissori"*³.

L'esperienza dei contratti commerciali, nazionali ed internazionali, dimostra in effetti che le società sono molto più frequentemente inclini a proporre, e ad accettare, clausole arbitrali che deleghino ad un'istituzione l'amministrazione della procedura. Molto spesso, tale decisione viene assunta proprio in considerazione delle tabelle dei costi che le Camere Arbitrali pubblicano e che consentono una valutazione precisa, *ex ante*, degli oneri associati ad un futuro eventuale procedimento arbitrale.

La prassi degli ultimi anni, ove la crisi ha imposto alle società il rigoroso controllo dei budget anche per i costi legali, ha reso sempre più rigorose queste valutazioni, perfino in relazione a contratti di una certa importanza. La necessità di fare affidamento su costi prevedibili (e contenuti) è importante specialmente quando una delle parti preveda di potersi trovare nella condizione di azionare domande relativamente modeste quanto al valore, pur nel contesto di un contratto complessivamente rilevante dal punto di vista economico.

Ciò è quanto avviene, ad esempio, nel caso dei contratti di distribuzione, ove le prestazioni complessive delle parti rivestono sovente un'importanza notevole, ma dove la parte concedente finisce per trovarsi, nella fase terminale (e spesso patologica) del rapporto, a dover azionare i crediti residui per le forniture effettuate a beneficio del distributore. In simili situazioni, la previsione di una clausola arbitrale che rinvii ad un arbitrato costoso finisce di fatto per privare il concedente di una concreta convenienza all'azione e, così, della tutela dei propri diritti. Diversa è, di norma, la situazione del distributore che, quando si trovasse ad azionare la clausola arbitrale, ciò

² È appena il caso si sottolineare come dalle voci del costo dell'arbitrato debbano essere scomutate quelle riferite all'assistenza legale (non obbligatoria, tra l'altro, ma ora a differenza del passato, riservata agli avvocati nell'ambito dell'arbitrato rituale ex art. 2 della legge n. 247 del 2012), posto che il costo di essa è analogo a quello da sostenersi in un ordinario processo di cognizione dinanzi alla magistratura statuale. Per contro, se il costo per la gestione amministrativa dell'arbitrato, riferibile alla funzione di segreteria, è invece generalmente più elevato dell'importo del contributo unificato dovuto per le cause in sede ordinaria, è anche vero che il servizio reso non è in alcun modo paragonabile a quello effettuato dalle cancellerie dei tribunali.

³ Così PUNZI, *Brevi note, cit.*, p. 1337.

farebbe normalmente per chiedere un cospicuo risarcimento danni da illegittima interruzione del rapporto commerciale.

In questi casi è ovviamente apprezzata nella prassi la possibilità di avvalersi di arbitri economicamente efficienti.

I tempi e l'efficienza dell'arbitro unico

Si è accennato sopra come uno dei punti di forza tradizionali dell'arbitrato risieda nell'aspettativa di ottenere una decisione in tempi molto più brevi di quelli che sarebbero necessari di fronte all'autorità giudiziaria ordinaria. L'esperienza dimostra peraltro che tale aspettativa, pur spesso rispettata, non può essere sempre data per scontata, specialmente quando la comparazione temporale sia fatta in relazione alle Corti territoriali più efficienti.

Un tema interessante, relativamente alla questione dei costi e dei tempi della procedura, è quello della composizione dell'organo arbitrale, che la maggior parte delle clausole contrattuali indica in un collegio di tre membri. Ebbene, nei casi in cui la procedura è gestita dinanzi ad un arbitro unico, si riscontrano spesso esperienze comparativamente positive, sia per quanto riguarda i tempi della procedura, sia per l'efficienza decisionale. Non a caso, i regolamenti di alcune istituzioni arbitrali prevedono già ora, come soluzione "normale" in mancanza di una diversa opzione delle parti, la designazione di un arbitro unico⁴.

Non solo. Mentre le dinamiche decisionali di un collegio arbitrale tendono ad essere inevitabilmente mediate dalle diverse sensibilità dei diversi arbitri, nel caso dell'arbitro unico appare più probabile che la decisione possa essere più netta. Così, mentre nel caso dell'arbitrato collegiale le decisioni risultano necessariamente da un compromesso tra le diverse posizioni sensibilità dei membri del collegio, nel caso dell'arbitro unico la decisione finale è più spesso netta, a favore di una parte ed a sfavore dell'altra. È indubbio che tale diversa caratteristica dell'arbitrato con arbitro unico finisca per avvicinare la dinamiche decisionali dell'arbitro unico a quelle del giudice ordinario (monocratico).

Le difficoltà dell'arbitrato in caso di contratti collegati o chiamate in garanzia

Un indubbio limite della procedura arbitrale si riscontra ogniqualvolta le parti si trovino nella condizione di dover coinvol-

gere a vario titolo nella lite soggetti terzi, nei confronti dei quali essere manlevate per le somme da corrispondersi agli attori, o nei confronti delle quali si abbia interesse in ogni caso ad ottenere un accertamento delle responsabilità eventualmente derivanti da un determinato contratto o rapporto giuridico.

È questo il caso che si verifica, ad esempio, quando l'appaltatore convenuto voglia coinvolgere i propri subappaltatori nella causa intentata da un committente, quando il rivenditore debba fare lo stesso nei confronti nei propri fornitori in occasione di un giudizio attivato dal compratore di un determinato bene o materia prima, ovvero quando sia necessario evocare in giudizio l'assicuratore dal quale si pretenda di essere manlevati in forza del rapporto assicurativo esistente.

In simili situazioni la possibilità di concentrare tutti gli accertamenti dinanzi ad un unico organo giudicante è vitale per la parte che, originaria convenuta, desidera estendere gli effetti del giudicato al soggetto invocato a vario titolo come garante o (cor)responsabile.

Un limite importante della procedura arbitrale è quindi quello di non poter disporre che di limitati strumenti di «consolidamento» di procedimenti, come è invece previsto ordinariamente dal codice di procedura civile, tanto che, secondo la comune opinione, la riunione dei procedimenti arbitrali è possibile, ad esempio, solo se i collegi sono identici e le parti vi acconsentano⁵. Si tratta, evidentemente, di un limite difficilmente superabile alla luce del fatto che l'arbitrato trova nell'autonoma scelta delle parti la fonte della propria legittimazione.

I regolamenti di talune istituzioni arbitrali, come quello della Camera di Commercio Internazionale di Parigi, tentano di spingersi oltre questo limite, prevedendo espressamente la possibilità della chiamata di un terzo (s'intende, che sia vincolato alla clausola arbitrale), con la relativa modalità di nomina degli arbitri. La più recente versione del suddetto regolamento stabilisce anche quali siano i casi in cui la Camera Arbitrale può disporre la riunione di procedimenti arbitrali distinti⁶: la riunione può essere disposta

⁵ Cfr. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012, p. 275.

⁶ Sul punto, l'art. 10 del Regolamento della Camera Arbitrale di Milano prevede, a proposito della riunione, che essa possa avvenire quando: a) le parti abbiano acconsentito alla riunione; o b) tutte le domande formulate negli arbitrati si basino sulla medesima convenzione

⁴ È il caso, ad esempio, del Regolamento della Camera di Commercio Internazionale di Parigi, all'art. 12.

solo su istanza di parte, mentre né la Camera Arbitrale né il collegio possono procedere d'ufficio. Inoltre, la Camera Arbitrale può riunire in un unico procedimento due o più procedimenti arbitrali pendenti, laddove, in alternativa: (1) vi sia il consenso delle parti alla riunione; (2) tutte le pretese deferite ad arbitrato nascano dal medesimo compromesso; o (3) in alcune circostanze, le controversie deferite ad arbitri derivino da più di un compromesso.

Non sfugge, peraltro, come sia le norme in materia di intervento del terzo che quelle circa la riunione dei procedimenti appaiano di difficile coordinamento con le disposizioni italiane in materia di arbitrato⁷.

arbitrale; o c) nel caso in cui le domande formulate negli arbitrati si basino su più di una convenzione arbitrale, gli arbitrati siano tra le stesse parti, le controversie dedotte in arbitrato riguardino lo stesso rapporto giuridico e la Corte consideri le convenzioni arbitrali compatibili. Nel decidere sulla riunione, la Corte può tener conto di ogni circostanza che consideri rilevante, compreso il fatto che uno o più arbitri siano stati confermati o nominati in più di un arbitrato e, in caso affermativo, se gli stessi o altri arbitri siano stati confermati o nominati. In caso di riunione, gli arbitrati sono riuniti nell'arbitrato iniziato per primo, salvo diverso accordo delle parti.

⁷ L'art. 816^{quater} c.p.c. guarda sostanzialmente con disfavore all'ipotesi di arbitrati con pluralità di parti, prevedendo la separazione come conseguenza naturale per l'ipotesi in cui non sia stato possibile addivenire ad una consensuale nomina del collegio giudicante. In generale sul coordinamento dei procedimenti relativi a più contratti collegati e sulla possibilità di disporre la riunione si veda GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e arbitrato*, in AA.VV., *I collegamenti negoziali e le forme di tutela. Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e*

La soluzione dei suddetti problemi, in vista della realizzazione di un *simultaneus processus*, dovrebbe pertanto passare anzitutto attraverso una riforma delle norme del codice di procedura civile. Nell'attesa di questo, è compito dei redattori dei contratti prevedere idonei meccanismi contrattuali per l'ipotesi che due o più contratti appaiano funzionalmente collegati, e quindi suscettibili di richiedere la riunione dei procedimenti in caso di controversia.

Conclusioni

A conclusione di questo breve intervento pare opportuno sottolineare il notevole potenziale ancora inespresso dell'istituto arbitrale in Italia.

Il pieno dispiegarsi di questo potenziale non può comunque prescindere dalla realizzazione delle necessarie condizioni di efficienza ed economicità delle procedure arbitrali, secondo condizioni di prevedibilità.

In questa prospettiva, il ruolo delle istituzioni arbitrali è destinato ad essere sempre più cruciale, soprattutto al fine di assicurare quel quadro di affidabilità e professionalità che necessariamente richiede il mondo delle imprese e degli affari.

GAETANO IORIO FIORELLI

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Procedura Civile, Milano, 2007, p. 98 ss., nel senso di ammettere la riunione quando sia il regolamento a prevederlo.

la MEDIAZIONE, la prima rivista di cultura della risoluzione e prevenzione dei conflitti, è uno strumento di consultazione unico nel suo genere per autorevolezza, contenuti, approccio scientifico.

la MEDIAZIONE si rivolge a chi vede nella pacificazione dei rapporti un vantaggio sociale e competitivo e il mondo in cui si muove il proprio business.

Brevi note sugli istituti conciliativi ed arbitrali nell'area del diritto industriale

I metodi alternativi di composizione delle liti impiegati nel contenzioso civile non sono sempre sovrapponibili a quelli utilizzabili nelle controversie industrialistiche.

Arbitraggio

Nel *corpus* del Codice della proprietà industriale trova innanzitutto collocazione l'istituto dell'"arbitraggio" sul valore economico dei titoli di PI, modello ritenuto dal legislatore il meccanismo più funzionale in tutte le ipotesi nelle quali sul «quantum debeatur» non vi sia accordo tra le parti ed occorra affidarsi ad un terzo per la sua determinazione.

L'"arbitraggio" non costituisce modo di risoluzione di controversia su preesistenti posizioni giuridiche soggettive poiché al terzo «arbitratore» è esclusivamente conferito dai paciscenti la «determinazione» in loro vece del contenuto di un contratto già concluso alla cui integrazione e formazione concorre con attività volitiva ed autonoma.

L'istituto (previsto – in via generale – dall'art. 1349 c.c.) è ripreso dal Codice p.i. con riferimento alle «invenzioni dei dipendenti» ove non sia raggiunto l'accordo sul premio dovuto all'inventore e sulle modalità di pagamento, nel caso di "espropriazione dei diritti di proprietà industriale" nell'interesse della difesa militare del Paese o per altre ragioni di pubblica utilità ove difetti l'accordo sull'indennità da corrispondere, in ipotesi di «licenza di pieno diritto» ove sia dal terzo accettata l'offerta dell'inventore per l'uso non esclusivo dell'invenzione ma non il compenso, in tema di «licenza obbligatoria» a fronte della mancata attuazione dell'invenzione ovvero per lo sfruttamento di invenzione dipendente allorché il terzo interessato – preventivamente rivoltosi al titolare – non abbia da questi potuto ottenere licenza contrattuale ad eque condizioni.

In tutti questi casi misura e modalità dell'equo corrispettivo sono appunto rimessi ad «arbitratori» che fungono da manda-

tari delle parti nel colmare il "vuoto contrattuale".

Consulenza tecnica preventiva

Strumento regolato dal Codice di procedura civile destinato a valere, non solo, come acquisizione *preventiva di un mezzo di prova* ma anche (e soprattutto) come *mezzo di risoluzione della controversia alternativo* alla instaurazione di un ordinario giudizio di cognizione è la "consulenza tecnica preventiva" operante anche all'interno del sistema processuale di protezione della proprietà industriale per espresso rinvio disposto dal Codice p.i.

Il meccanismo – per i suoi connotati che prescindono dal requisito del *periculum* e per la marcata *natura conciliativa* – non può essere annoverato tra i procedimenti cautelari in senso stretto per cui non soggiace alle regole di competenza proprie delle misure provvisorie di diritto industriale (descrizione, sequestro, inibitoria) regolate dal modello uniforme di cui agli artt. 669 *bis-terdecies* cpc.

La novità del mezzo risiede – come si diceva – non tanto nella funzione probatoria ("semplificatoria" e meno invasiva rispetto alla "descrizione" che per conservare efficacia richiede sempre la obbligatoria instaurazione del giudizio di merito nei termini perentori prescritti dal Codice p.i.) quanto piuttosto nella accentuata funzione conciliativa ancorché circoscritta all'*accertamento e determinazione dei crediti derivanti da inadempimenti contrattuali e fatti illeciti*.

La lettera della legge parrebbe dunque escludere dal vaglio critico del consulente incaricato ogni questione interpretativa che investa il contenuto e la portata dell'esclusiva, la esistenza di illecite interferenze di terzi, la stessa validità del titolo di PI, prevedendo un impiego del mezzo per le *definizioni risarcitorie* ("sussistenza" e "consistenza" del danno) derivate da fenomeni di contraffazione o violazioni negoziali non messi (ancora) in discussione o già accertati giudizialmente (ad esempio con sentenza di condanna generica).

* Magistrato, rappresentante italiano nel *legal framework group* – RoP team del *Preparatory Committee* del TUB. © versione 2015.

Il concetto di accertamento (ancorché riferito al *quantum*) implica – peraltro – la individuazione della *causa* del danno e la verifica di una certa responsabilità ai fini della *imputabilità* per cui l'operato dell'esperto, viste soprattutto le caratteristiche dell'istituto tendenzialmente volto a predeterminare il contenuto di una transazione tra le parti, ben potrebbe affrontare questioni più estese trascendenti il mero aspetto tecnico-contabile in vista di soluzioni più propriamente giuridiche (quali sono quelle riguardanti l'esclusiva e la validità).

Non mancano per contro perplessità sull'affidamento di indagini e/o approfondimenti sull'*an* ad una procedura preliminare quale quella prefigurata dalla norma dove non è ammesso l'intervento di CT di parte né il consulente-compositore è in grado di assumere funzione di "ausiliario" del giudice con tutti i poteri acquisitivi e collaborativi riconosciutigli in tale veste.

Mediazione

La mediazione è strumento di confronto tra le parti chiamate a incontrarsi davanti ad un mediatore al fine di prevenire una lite. Il mediatore è terzo imparziale (di regola un organismo di mediazione) che assiste le parti prima del giudizio per facilitarne l'accordo con una soluzione condivisa.

La procedura di mediazione è anteriore alla lite e si distingue dal tentativo di conciliazione che ha natura "endoprocedurale" perché esperito liberamente dal giudice nel corso del giudizio per comporre i contrapposti interessi ed è finalizzato alla estinzione del medesimo.

La mediazione si distingue anche dall'arbitrato che (almeno quello rituale) ha natura di vero e proprio giudizio (al pari di quello ordinario) dove gli arbitri esercitano funzioni decisorie pronunciando un lodo equivalente alla sentenza.

Esistono diversificati procedimenti di mediazione.

La mediazione c.d. "obbligatoria" costituisce una condizione di procedibilità (che si perfeziona dopo il primo incontro senza accordo) per l'azione civile in specifiche materie.

L'elencazione è tassativa.

Questo filtro di accesso al contenzioso (che presuppone la presentazione di apposita domanda agli organismi di mediazione) coinvolge la conflittualità anche sui "diritti reali" senza altra specificazione ma non è applicabile al contenzioso industrialistico perché i "diritti di esclusiva" non rientrano nel novero dei diritti cui allude la norma.

La proprietà sui beni immateriali non è

un diritto reale, poiché manca la materialità dell'oggetto.

Esiste anche una mediazione "facoltativa" cui chiunque può accedere, estendibile a qualsiasi controversia civile e commerciale purché siano coinvolti diritti disponibili (la mediazione può essere indotta anche per clausola contrattuale o statutaria in tal caso assumendo la veste di mediazione "concordata").

Innovativa è poi la mediazione c.d. "delegata" proponibile anche in appello dal giudice con invito alle parti ad avviarla separatamente, previa valutazione della natura della causa, dello stato dell'istruzione e del comportamento dei litiganti.

L'opzione del giudice è qui duplice: tentativo di conciliazione esperito davanti a sé ed ordine di procedere a mediazione davanti ad un organismo abilitato.

Con il c.d. rito partecipativo il tentativo di conciliazione e la mediazione sono esperiti in sequenza.

In questo caso la mediazione assurge a condizione di procedibilità/proseguibilità della domanda.

La procedura ha valenza generale e si applica a tutte le controversie relative a diritti disponibili.

E dunque ancorché la mediazione obbligatoria resti estranea ai diritti di p.i., nella misura in cui questi si identificano in diritti disponibili, potranno rimanere assoggettati a tutte le altre procedure di mediazione sovra elencate.

In linea di massima – infatti – tutti i diritti di proprietà industriale sono diritti patrimoniali «disponibili» perché oggetto di trasferimento ed alienazioni per atto tra vivi come «mortis causa».

La mediazione nel settore della p.i. (facoltativa o delegata) è gestita anche da organismi internazionali quali il *Wipo Arbitration e Mediation Center* di Ginevra (e Singapore) che mette pure a disposizione *expert determinations procedures* sugli aspetti tecnici della controversia (perizia contrattuale).

Più nello specifico va segnalato l'istituendo *Patent Mediation Arbitration Center-PMAC* con duplice sede in Lisbona e Lubiana, quale parte della struttura (centrale e periferica) del *Unitary Patent Court* destinata ad operare indipendentemente ma in stretta collaborazione con esso.

Le regole di procedura che presiedono il giudizio di contraffazione e validità brevettuale avanti alla Corte europea prevedono che, nella fase interinale del processo destinata a mettere a fuoco i principali punti litigiosi e delineare la posizione delle parti sui

fatti e le reciproche istanze, il giudice possa esplorare le possibilità di conciliazione invitando i contendenti ad utilizzare – appunto – le strutture del PMAC.

La richiesta di *mediation* è fatta ai servizi del Centro con scelta di un mediatore tra quelli indicati nella lista tenuta dall'organismo (che ne fornirà le credenziali) e quegli opererà come terzo neutrale, imparziale ed indipendente, assistendo le parti nella ricerca di un *final settlement* in maniera efficiente e spedita (di durata non eccedente i tre mesi salvo droghe concordate).

Durante la pendenza del procedimento di mediazione non potranno essere attivate o proseguite iniziative giudiziali od arbitrali salvo il ricorso alla Corte per ottenere eventuali misure cautelari.

Negoziazione assistita

Istituto volto a valorizzare il più possibile la competenza tecnico professionale del mondo dell'avvocatura va segnalata – nell'ambito dei sistemi di deflazione del contenzioso – la "negoziazione assistita" che è procedura preliminare destinata ad "ufficializzare" gli accordi stragiudiziali intervenuti nel corso delle trattative tra le parti con una convenzione scritta e "asseverata" (certificata, cioè, come conforme all'ordine pubblico ed al buon costume al pari della omologa giudiziale) a valere come titolo esecutivo e che concerne – anche essa – solo "diritti disponibili".

Il sistema che ha precedenti nella legge francese (*l'act d'avocat*) si attiva con l'invito che il legale di una parte rivolge con una serie di avvertimenti all'altra per pervenire ad un accordo e trovando limite solo nella indisponibilità dei diritti. È dunque estendibile a seconda dei casi anche alle vertenze sui diritti di p.i.

Arbitrato

Strumento principe della giustizia privata, l'arbitrato c.d. «rituale» è stabilito in via preventiva con previsione negoziale in vista della risoluzione di future liti (clausola compromissoria) o con patto successivo per la risoluzione di controversia già insorta tra le parti (compromesso).

In entrambi i casi l'istituto trova fonte in una "convenzione d'arbitrato".

L'istituto può assumere anche la forma del c.d. "arbitrato forense" che si attiva quando la causa già instaurata davanti al giudice (e che non sia stata ancora assunta in decisione) venga a trasmigrare in sede arbitrale (sempre quando non abbia oggetto diritti indisponibili) su istanza congiunta delle parti che andranno a promuovere (e proseguire) il

relativo procedimento avanti ad un prescelto collegio di avvocati (o avanti arbitro unico) tra quelli che hanno fornito la loro disponibilità all'Ordine.

Viene in tal modo ulteriormente valorizzata la natura propriamente giurisdizionale dell'arbitrato che si conclude con un lodo o sentenza arbitrale pronunciata dall'arbitro nell'esercizio di funzione decisoria «sostitutiva» di quella del giudice ordinario cui l'ordinamento attribuisce efficacia di titolo esecutivo giudiziale mediante «omologazione», cioè il visto di esecutorietà rilasciato dal Tribunale dopo averne verificato – in sede di deposito – la sua «regolarità formale».

Nel campo dei brevetti europei ("classici" ed ad "effetto unitario") il *Patent mediation arbitration Center-PMAC* è deputato a fornire un servizio di *arbitration* "amministrato" secondo proprie regole di procedura.

Allo scopo le *arbitration rules* prevedono la costituzione di un Tribunale arbitrale e la disputa potrà essere affidata ad un *sole arbitrator* scelto tra una rosa di esperti dalla lista tenuta dal Centro ovvero ad una *terna* di arbitri (scelti uno per parte che a loro volta nomineranno un terzo come Presidente).

La procedura contempla una trattazione documentale o – se del caso – orale con fissazione di udienze, audizione di testimoni e nomina di esperti, adozione di eventuali provvedimenti di urgenza e di misure protettive (*urgent measures*) e – a conclusione del procedimento – la pronuncia del lodo (*award*) contenente le ragioni della decisione (a meno che le parti non si accordino per omettere la motivazione).

Diverse caratteristiche e funzione presenta invece l'arbitrato «libero» o «irrituale» dove l'arbitro non è chiamato a svolgere compiti giurisdizionali ma si presenta come un mero «mandatario» delle parti affidatario della composizione bonaria della vertenza con responso direttamente riferibile alla volontà dei «mandanti».

Non sfociando l'arbitrato libero in un provvedimento equiparabile a sentenza evidentemente non sarà neppure assoggettabile alla procedura omologatoria.

Si è già detto che in linea di massima i diritti di proprietà industriale sono diritti patrimoniali "disponibili" dunque le relative controversie non incontrano limiti nell'accesso ai modelli di risoluzione alternativa.

Ebbene mentre questo è vero in relazione alla dinamica negoziale sottesa alla circolazione dei diritti di p.i. ed al loro normale sfruttamento, discorso diverso è da farsi laddove sia messa in gioco la validità della privata il cui ostacolo alla arbitrabilità è stato

per lungo tempo ravvisato – almeno in Italia – più che nel rilievo «pubblicistico» della sopravvivenza o meno del monopolio sul mercato, nella esigenza di «ordine processuale» della partecipazione «obbligatoria» al giudizio del pubblico ministero e nella estensione «*erga omnes*» dell'efficacia riconosciuta alle decisioni dell'AGO in tema di nullità /decadenza.

Orbene la *facoltatività dell'intervento del PM*, oggi espressamente consentita, ha eliminato un ostacolo alla adozione di forme di risoluzione alternativa, ma solo apparentemente, restando comunque insostituibile la valenza «*universale*» di pronunzie di invalidità che solo il giudice, e non l'arbitro, è legittimato ad emettere.

Del resto l'insegnamento giurisprudenziale e della dottrina processualistica è stata sempre nel senso che – solo allorché la dedotta nullità sia fatta oggetto di mera eccezione e non di domanda proposta in via principale o riconvenzionale – non profilandosi una controversia sulla «validità» del titolo da decidere con efficacia di giudicato, la relativa questione da affrontare «*incidenter tantum*» è da considerare non sottratta alla cognizione degli arbitri difettando – in codesta ipotesi-ragione «procedimentale» di limitazione alla loro competenza.

Il ricorso a forme alternative di risoluzione, ove fosse ammessa la devoluzione anche di questioni «*principali*» afferenti la validità/nullità dei titoli di proprietà industriale porterebbe comunque a determinazioni sempre aventi efficacia «*inter partes*».

Anche nei Paesi europei di area occidentale resta di regola esclusa la composizione

extragiudiziale di controversie nelle quali l'arbitro sia chiamato a declaratorie di nullità.

Così in Francia dove non sono compromettibili «*toutes les matières qui intéressent l'ordre public*» ed in Germania dove la materia rientra nella competenza esclusiva del *Bundespatentgericht* ed è insuscettibile di transazione.

Analogamente dispone l'*Agreement* istitutivo dell'UPC e del PMAC enunciando il principio generale per cui un brevetto non può mai essere revocato o limitato mediante una transazione.

Di conseguenza nell'ambito del procedimento di mediazione od arbitrato non possono trovare definizione questioni di invalidità (parziale o totale) del titolo contestato.

Ciò nondimeno le regole di procedura parrebbero autorizzare la Corte a confermare anche *settlements* contenenti l'obbligo per il titolare di revocare o ridurre la portata del brevetto ovvero non farlo valere nei confronti della controparte.

Il che sta a significare che, nonostante le disposizioni tassative dell'Accordo, la composizione della lite potrebbe portare come effetto voluto dalle parti anche alla revoca o la limitazione di un brevetto ed essere come tale convalidato dalla Corte.

La filosofia che ispira il sistema unitario porta dunque a riscontrare un trend favorevole all'uso «indistinto» dello strumento conciliativo quale vantaggiosa alternativa a complessi e costosi procedimenti, specie per le piccole e medie imprese.

MASSIMO SCUFFI

© RIPRODUZIONE RISERVATA

la MEDIAZIONE, la prima rivista di cultura della risoluzione e prevenzione dei conflitti, è uno strumento di consultazione unico nel suo genere per autorevolezza, contenuti, approccio scientifico.

la MEDIAZIONE si rivolge a chi vede nella pacificazione dei rapporti un vantaggio sociale e competitivo e il mondo in cui si muove il proprio business.

Giurisprudenza

In materia di fondo patrimoniale

TRIB. DI MILANO SEZ. IX CIVILE - SENTENZA PROVVISORIAMENTE ESECUTIVA EX LEGE IL 29 APRILE 2016
GIUDICE: ROSA MUSCIO

Trib. Milano, sez. IX civ, sentenza 29 aprile 2016 (est. Rosa Muscio)

MEDIAZIONE OBBLIGATORIA - FONDO PATRIMONIALE - ESCLUSIONE

Nelle controversie in materia di fondo patrimoniale, non si applica la mediazione obbligatoria ex art. 5 D.Lgs. 28/2010, posto che la fattispecie in esame non può considerarsi compresa nei "patti di famiglia" indicati dalla norma citata che si riferisce evidentemente alla ben diversa fattispecie di cui all'art. 768bis c.c. E ciò tanto più se si considera l'ordine degli istituti cui si applica la c.d. mediazione obbligatoria dettato dall'art. 5 del citato Dlgs e la necessità di un'interpretazione restrittiva delle ipotesi di mediazione obbligatoria.

Trib. Milano, sez. IX civ, sentenza 29 aprile 2016 (est. Rosa Muscio)

CESSAZIONE DEL FONDO - ESCLUSIONE IN CASO DI FIGLI MINORI DI ETÀ - ESCLUSIONE IN CASO DI NIPOTI MINORI DI ETÀ - NON SUSSISTE

In materia di fondo patrimoniale, se è vero che il legislatore ha voluto prevedere uno strumento giuridico che consenta di assicurare le esigenze della famiglia, mettendo i beni oggetto del fondo al riparo da rischi conseguenti ad una eventuale e non accorta gestione delle vicende patrimoniali dei coniugi, è, altresì, vero che tale vincolo di destinazione, che si traduce di fatto in un serio limite alla libera circolazione dei beni, trova ben precisi correttivi nelle cause di cessazione del fondo che sono appunto identificate nelle ipotesi giuridiche che pongono fine alla vicenda coniugale costitutiva della famiglia. L'eccezione individuata dall'art. 171 comma 2 c.c che di fatto prevede una sorta di ultra attività del fondo al verificarsi delle cause di cessazione previste al comma 1 della citata norma, ovvero la presenza di figli minori, non può essere interpretata in via estensiva, come pretende la difesa della convenuta. Sono di ostacolo, non solo il dato letterale che usa il termine "figlio" (e non nipote), ma anche la ratio sottesa all'istituto, già sopra indicata.

Trib. Milano, sez. IX civ, sentenza 29 aprile 2016 (est. Rosa Muscio)

CESSAZIONE DEL FONDO - ESCLUSIONE IN CASO DI FIGLI MINORI DI ETÀ - ESCLUSIONE IN CASO DI NIPOTI MINORI DI ETÀ - NON SUSSISTE

Il fondo patrimoniale costituito dai coniugi viene annotato a margine dell'atto di matrimonio ex art. 167 e 162 c.c. e trascritto nei registri immobiliari ex art. 2647 c.c.; ne consegue che, pur nel silenzio della legge, deve essere disposta l'annotazione del provvedimento, che accerta il venir meno del vincolo costituito dai coniugi sui beni immobili co-

stituenti il fondo e che costituisce titolo esecutivo, rispettivamente a margine dell'atto di matrimonio e nei registri immobiliari al fine di tutelare anche i terzi estranei che dal permanere di tali annotazioni e trascrizioni subiscono un pregiudizio non altrimenti rimediabile.

Le domande delle parti e il processo

Con atto di citazione, notificato in data 5.3.2015, .. s.p.a., nella sua qualità di procuratrice di .. s.p.a., creditrice in forza del decreto ingiuntivo n. ../2014 del 3/10.6.2014 del Tribunale di Milano della somma di € 75.128,82 nei confronti di ... e ..., quali fideiussori della società "... & C. s.a.s", dichiarata fallita dal Tribunale di Lodi con sentenza n. ../2014 del 15.01.2014, conveniva in giudizio per l'udienza del 26.6.2015, differita ex art. 168bis comma 5 c.p.c all'udienza del 8.7.2015, chiedendo che venisse accertata e dichiarata la cessazione del fondo patrimoniale, costituito dai coniugi ... e .. in data 3.6.2013 a mezzo notaio Dott. di n. .. di repertorio e n. .. di raccolta, annotato nei registri degli atti di matrimonio del Comune di ... e trascritto presso la conservatoria dei RR.II. di Milano .., avente ad oggetto gli immobili in atti meglio identificati di proprietà dei coniugi, con conseguente ordine all'ufficiale dello Stato Civile del Comune di ... e al competente Conservatore dei RR.II di ... di annotazione dell'emananda sentenza.

Allegava parte attrice che si erano verificate le condizioni di legge per l'accoglimento della domanda, essendo provato lo scioglimento del matrimonio dei coniugi sopra indicati, essendo deceduto in data ...2014 ... ed essendo i due figli della coppia ormai maggiorenni.

Con comparsa di costituzione e risposta, depositata in data 18.6.2015, si costituiva ... eccependo in via preliminare la nullità della procura conferita da .. s.p.a. ad .. s.p.a. e la nullità dell'atto di citazione per indeterminatezza della *causa petendi* e chiedendo in via preliminare la sospensione del procedimento, trattandosi di causa sottoposta a mediazione obbligatoria ex art. 5 comma 1 D.Lgs. 28/2010 e l'integrazione del contraddittorio, ritenendo litisconsorti necessari i figli della coppia e nel merito il rigetto della domanda, allegando la persistenza del fondo patrimoniale anche in seguito al decesso di uno dei coniugi, vivendo la signora .. nell'abitazione costituita in fondo con i nipoti, minori di età.

All'udienza di prima comparizione e trattazione del 8.7.2015 il Giudice, su richiesta dei procuratori delle parti, assegnava i termini di cui all'art. 183 comma 6 n. 1, 2 e 3 c.p.c, e riservava la decisione sui mezzi istruttori.

Con ordinanza riservata del 28.10/7.11.2015 sulle istanze istruttorie il Giudice Istruttore così provvedeva:

"letti gli atti e i documenti di causa;

lette le memorie ex art. 183 comma 6 n. 1, 2 e 3 c.p.c depositate dalle parti nei termini;

ritenuto in via preliminare che tutte le parti espositive e valutative contenute nelle suddette memorie devono considerarsi non rispondenti al dettato normativo e, pertanto, non saranno considerate ai fini della presente decisione né della pronuncia finale di merito;

rilevato che nessuna delle parti ha avanzato istanze istruttorie né ha depositato documenti;
ritenuta, quindi, la causa matura per la decisione;

P.Q.M.

fissa l'udienza del 2.3.2016 ore 9.00 per la precisazione delle conclusioni.

Manda alla cancelleria per la comunicazione della presente ordinanza alle parti costituite".

Precisate le conclusioni come in epigrafe riportate all'udienza del 2.3.2016, la causa veniva trattenuta in decisione, concedendo alle parti ex art. 190 c.p.c. termine di giorni 30 per il deposito delle comparse conclusionali e termine di giorni 20 per il deposito delle memorie di replica, tempestivamente presentate da entrambe le parti.

Le eccezioni e le questioni preliminari

Ritiene questo Giudice che tutte le eccezioni e le questioni preliminari sollevate da parte convenuta siano infondate.

Quanto all'eccezione di nullità della procura conferita da ... s.p.a. ad .. s.p.a., deve evidenziarsi, in via preliminare, come sia del tutto fuorviante il richiamo fatto dalla difesa della convenuta all'art. 81 c.p.c. che attiene a ben altra fattispecie.

L'attrice è, ad avviso di questo Giudice, validamente e ritualmente costituita e legittimata a promuovere e stare nel presente giudizio, posto che ha provato in via documentale l'attribuzione in suo favore da parte di ... spa della procura/mandato a compiere in sua rappresentanza tutte le attività dirette alla tutela dei suoi crediti (punto A doc. 13), non essendovi certo preclusioni di sorta quanto alla scelta del soggetto, persona fisica o giuridica, cui attribuire il potere di rappresentanza e di mandato e avendo, peraltro, espressamente previsto che a sua volta ITALFONDIARIO spa potesse agire "a mezzo propri organi e/o rappresentanti centrali e periferici che all'uopo siano muniti di apposita procura rilasciata dalla stessa .. spa".

Ha, altresì, provato in via documentale (doc. 12) il conferimento fatto dall'attrice stessa di procura speciale all'avvocato ... che ha conferito la procura ad agire nel presente giudizio al difensore di .. spa.

Ogni altra considerazione esposta dalla difesa convenuta non appare pertinente rispetto alla questione dalla stessa sollevata, attenendo alla titolarità del diritto di credito di ... spa, accertato con decreto ingiuntivo n. ../2014 del 3/10.6.2014 del Tribunale di Milano nei confronti di .. e .., non opposto e, quindi, divenuto definitivo e che non può in questa sede essere oggetto di contestazione.

Quanto all'eccezione di nullità dell'atto di citazione per indeterminatezza della *causa petendi*, deve osservarsi in punto di diritto che la *causa petendi* idonea ad identificare la domanda della parte racchiude l'insieme delle circostanze di fatto che la parte pone a base della propria richiesta e l'atto di citazione deve, quindi, contenere l'esposizione dei fatti costitutivi della domanda a pena di nullità della stessa.

Deve, però, anche precisarsi che, per costante orientamento della Suprema Corte, la nullità dell'atto introduttivo può configurarsi solo se l'omissione degli elementi di fatto è tale da non consentire, attraverso l'esame complessivo dell'atto, l'individuazione

nei suoi termini essenziali dell'oggetto sostanziale della domanda, in modo tale da lasciare un'assoluta incertezza circa l'azione fatta valere (Cass. Sez. II 29.1.2015 n. 1681; Cass. Sez. I 25.9.2014 n. 20294, Cass. Sez. III 15.5.2013 n. 1175116, Cass. Sez. L 16.5.02 n. 7137).

Nel caso di specie, dalla lettura dell'atto di citazione si evince con assoluta chiarezza la domanda svolta da parte attrice, ovverosia una dichiarazione giudiziale di cessazione del fondo patrimoniale, a fronte della verifica dei presupposti fattuali previsti dall'art. 171 comma 1 e 2 c.c. per la cessazione del fondo stesso e la annotazione della sentenza a margine dei registri ove l'atto costitutivo del fondo è stato annotato. E del resto che la *causa petendi* e il *petitum* fossero ben chiari, lo si ricava dalle stesse difese di merito esposte da parte convenuta nella comparsa di costituzione.

Né del resto possono esservi dubbi, come prospettato da parte convenuta, sulla sussistenza dell'interesse ad agire di parte attrice.

Si tratta, infatti, di far valer un interesse giuridico suo proprio che non potrebbe altrimenti vedersi riconosciuto, propedeutico e preliminare a promuovere eventuali procedure esecutive sui beni immobili facenti parte del fondo patrimoniale costituito dai due coniugi, beni che non sarebbero altrimenti aggredibili.

Né può, altresì, condividersi la prospettazione di parte convenuta di una necessaria sospensione del presente procedimento al fine di consentire la mediazione obbligatoria ex art. 5 D.Lgs. 28/2010, posto che la fattispecie in esame, cioè il fondo patrimoniale, non può certo considerarsi compresa nei "patti di famiglia" indicati dalla norma citata che si riferisce evidentemente alla ben diversa fattispecie di cui all'art. 768bis c.c. E ciò tanto più se si considera l'ordine degli istituti cui si applica la c.d. mediazione obbligatoria dettata dall'art. 5 del citato Dlgs e la necessità di un'interpretazione restrittiva delle ipotesi di mediazione obbligatoria.

È, infine, infondata l'ultima questione preliminare relativa alla necessità di integrazione del contraddittorio nei confronti dei figli della convenuta in quanto litisconsorti necessari, avendo la stessa rinunciato all'eredità del marito.

Ritiene questo Giudice che la natura e la funzione del fondo patrimoniale, diretto a costituire un vincolo alla libera circolazione dei beni a tutela dei bisogni della famiglia composta dalle parti che costituiscono il fondo e le cause di cessazione del fondo stesso, normativamente previste in modo tassativo, valgono ad escludere che i figli ormai maggiorenni della convenuta possano legittimamente vantare in un giudizio un diritto alla prosecuzione del fondo stesso e, quindi, essere considerati litisconsorti necessari.

Il merito della decisione

La domanda di parte attrice è fondata e deve essere accolta, avendo ... spa provato i presupposti della azione promossa.

Come sopra detto .. spa ha documentalmente provato la sua qualità di procuratore di .. spa e il diritto di credito vantato da .. spa in forza di un titolo giudiziale (doc. 9, 10, 12, 13), così provando il suo interesse ad agire con la domanda di accertamento azionata.

Ha documentalmente provato che in data 3.6.2013 i coniugi .. e .. avevano costituito un fondo patrimoniale avente ad oggetto beni immobili a mezzo atto notarile annotato a margine dell'atto di matrimonio e trascritto nella conservatoria ove erano ubicati i beni immobili costituiti in fondo (doc. 5, 6).

Ha, infine, provato i presupposti della cessazione del fondo patrimoniale ex art. 171 comma 1 e 2 c.p.c., avendo documentato il decesso di .. in data ..2014 (doc. 11) e quindi la cessazione degli effetti civili del matrimonio ex art. 149 comma 2 c.c. e la maggiore età dei due figli della coppia, circostanza quest'ultima non contestata dalla convenuta.

Considerato che la norma di cui all'art. 171 comma 1 e 2 c.c. stabilisce la durata del fondo patrimoniale costituito dai coniugi in relazione a parametri oggettivi, quali lo scioglimento/cessazione degli effetti civili del matrimonio per morte di uno dei coniugi e il raggiungimento della maggiore età nel caso in cui ci siano figli minori e considerato che nel caso di specie l'attore ha provato tali dati inequivoci, deve essere dichiarata, ad avviso di questo Giudice, la cessazione del fondo patrimoniale costituito dai coniugi ... e .. in data ..2013 a mezzo notaio ..

Né possono condividersi le argomentazioni della difesa di parte convenuta che sostiene che la presenza nell'immobile costituito in fondo dei nipoti della stessa valga ad assicurare la continuità del fondo, posto quanto già sopra detto in relazione alla funzione del fondo patrimoniale e alle cause di cessazione dello stesso che sono tassative e devono essere oggetto di un'interpretazione restrittiva, incompatibile con la tesi difensiva della convenuta.

Quanto al primo profilo, infatti, se è vero che il legislatore ha voluto prevedere uno strumento giuridico che consenta di assicurare le esigenze della famiglia, mettendo i beni oggetto del fondo al riparo da rischi conseguenti ad una eventuale e non accorta gestione delle vicende patrimoniali dei coniugi, è, altresì, vero che tale vincolo di destinazione, che si traduce di fatto in un serio limite alla libera circolazione dei beni, trova ben precisi correttivi nelle cause di cessazione del fondo che sono appunto identificate nelle ipotesi giuridiche che pongono fine alla vicenda coniugale costitutiva della famiglia.

L'eccezione individuata dall'art. 171 comma 2 c.c. che di fatto prevede una sorta di ultra attività del fondo al verificarsi delle cause di cessazione previste al comma 1 della citata norma, oververosia la presenza di figli minori, non può certo essere interpretata in via estensiva, come pretende la difesa della convenuta.

Sono di ostacolo, ad avviso di questo Giudice, non solo il dato letterale che usa il termine "figlio" (e non nipote), ma anche la *ratio* sottesa all'istituto, già sopra indicata.

Né rilevano, ai fini che qui interessano, le disquisizioni di parte convenuta sull'asserito concetto di famiglia allargata.

Deve, quindi, essere dichiarata la cessazione del fondo in presenza dei presupposti di legge provati da parte attrice.

Considerato, poi, che, come previsto dalla normativa vigente e come sancito più volte dalla Suprema Corte (Cass. Sez. Unite 13.10.2009 n. 21658), il fondo patrimoniale costituito dai coniugi era stato

annotato a margine dell'atto di matrimonio ex art. 167 e 162 c.c. e trascritto nei registri immobiliari ex art. 2647 c.c., deve, ad avviso di questo Giudice, pur nel silenzio della legge essere disposta l'annotazione del presente provvedimento, che accerta il venir meno del vincolo costituito dai coniugi sui beni immobili costituenti il fondo e che costituisce titolo esecutivo, rispettivamente a margine dell'atto di matrimonio e nei registri immobiliari al fine di tutelare anche i terzi estranei che dal permanere di tali annotazioni e trascrizioni subiscono un pregiudizio non altrimenti rimediabile.

Le spese di lite

Le spese di lite seguono la soccombenza e devono essere poste a carico di parte convenuta. Vengono liquidate, in base al DM 55/2014 in relazione al valore indeterminabile della causa applicando gli importi relativi alla fascia di valore più bassa (€ 26.000-€ 52.000) dello scaglione di valore di riferimento per ciascuna fase processuale, considerato lo svolgimento di tutte le fasi processuali con la riduzione del 70% per la fase istruttoria, limitata al solo deposito delle memorie ex art. 183 comma 6 c.p.c., in complessivi € 6.050 per compenso professionale, oltre 15% per rimborso forfettario spese generali, iva e cpa.

La presente sentenza è provvisoriamente esecutiva ai sensi dell'art. 282 c.p.c.

P.Q.M.

Il Tribunale Ordinario di Milano, Sezione IX Civile, in composizione monocratica, in persona del Giudice Dott.ssa Rosa Muscio, definitivamente pronunciando nella causa fra le parti di cui in epigrafe, ogni altra istanza ed eccezione disattesa, così decide in accoglimento della domanda di parte attrice:

1) dichiara cessato il fondo patrimoniale costituito dai coniugi

2) ordina all'ufficiale dello Stato Civile del Comune di ... di annotare la presente sentenza a margine dell'atto di matrimonio tra ... e ..., atto trascrit...

3) ordina al Conservatore dei RR.II. di l'annotazione delle presente sentenza a margine della trascrizione in data

4) condanna ... a rifondere .. spa delle spese di lite che si liquidano in complessivi € 6.050 per compenso professionale, oltre 15% rimborso forfettario spese generali, iva e cpa, come per legge.

la MEDIAZIONE & Libreria

D. DE LUISE, M. MORELLI (a cura di). **Voci dal X Congresso Mondiale di mediazione. Una via verso la cultura della pace e della coesione sociale.** Zona, Genova, gennaio 2016.

ISBN: 9788864385853, pagg. 420, € 20,00.



Questo libro testimonia un fatto molto particolare che esprime la situazione attuale della mediazione in Occidente in modo molto esplicito.

Genova, città portuale da dove partirono tanti europei per l'America, si è trasformata nella prima città europea sede di un congresso mondiale¹ di origine latino americana: il decimo.

La Mediazione, importata in Occidente dai Paesi colonizzatori dell'emisfero nord, si è adattata rapidamente alla logica giuridica e processuale di questi Paesi.

Dal bisogno di sostenere la struttura giudiziaria, oberata dalla sempre maggior complessità della conflittualità sociale, a partire dalla rivoluzione industriale e dall'entrata in vigore di diritti prima non tutelati, si cercò di adattare la mediazione per trasformarla in un meccanismo di supporto che rendesse più snelle le procedure giudiziarie in tribunale e che permettesse di ridurre i costi e i tempi di intervento dei giudici.

Così è stata esportata dai Paesi "centrali" ai Paesi dell'emisfero sud vendendo le sue virtù di velocità, economia e autocomposizione, cambiando il concetto di controversia con quello del conflitto auto-gestito.

Nella sua ricerca di espansione per ottenere maggiori guadagni, il capitale internazionale adattò la mediazione anche alle sue necessità di sicurezza giuridica e la associò all'arbitrato come modo per ottenere una via "alternativa"² alla giustizia locale e ai suoi problemi.

Così, nei Paesi dell'America Latina e dell'Africa furono organizzate formazioni in mediazione come condizione previa all'ingresso di investimenti stranieri.

Tuttavia, l'America Latina possiede una caratteristica speciale nella sua organizzazione sociale che ha permesso l'introduzione della mediazione (chiamata comunitaria) per occuparsi, come terza via³ emancipante, delle situazioni delle comunità escluse.

Così riuscimmo a recuperare le radici originarie della mediazione quale proposta sociale di convivenza di una comunità partecipativa, responsabile e emancipata nella gestione dei suoi conflitti.

Parallelamente, nell'Unione Europea sono aumentate le migrazioni interne, sostanzialmente a partire dall'entrata dei Paesi dell'Est e sono diventate più complesse in seguito all'immigrazione latinoamericana, asiatica e africana, obbligando i servizi statali ad avvalersi di metodologie assistenziali che potessero rispondere a questa "invasione" di lingue, culture e tradizioni che producevano fraintendimenti ed esclusione che alimenta la violenza.

Dall'incontro tra questa gestione interculturale e la mediazione comunitaria emancipatrice si consolida la mediazione con proposte di appropriazione responsabile e di autogestione dei gruppi esclusi.

Lo scambio esistente dalla fine del secolo scorso, di conoscenze ed esperienze di mediazione tra i Paesi del Sud Europa e l'America Latina, ha incontrato un'eccellente complementarità che, come un "ritorno del colonizzato"⁴, ha introdotto in Europa la loro esperienza in mediazione comunitaria.

Pertanto, il X Congresso Mondiale di Mediazione di Genova sintetizza il matrimonio prodotto tra gli sviluppi europei in mediazione interculturale e quelli latinoamericani in mediazione comunitaria. E non è casuale che sia così, perché questa città, porto di partenza di tanti cittadini europei verso l'America, è stata e continua a essere, la città portuale che riceve questo ritorno, questa mescolanza di culture e di esperienze realizzate in mediazione.

¹ Nel volume si spiegano chiaramente le origini di questi congressi mondiali nati in Messico.

² Dal termine Metodi Alternativi di Risoluzione delle Controversie dei Conflitti, successivamente reinterpretato da Lisa Parkinson come "Adeguati".

³ Che si differenzia dal procedimento penalista impositivo e dall'assistenzialismo generatore di dipendenza.

⁴ Frase utilizzata dal Prof. Boaventura de Sousa Santos de Coimbra per riferirsi, parafrasando Freud e il suo "ritorno dell'oppresso", all'effetto di doppia via dove la cultura soggiogata penetra in quella dell'oppressore generando un multiculturalismo.

La nascita dell'Associazione di Mediazione Comunitaria (AssMedCom) nel 2013 è una sintesi di questo processo di integrazione che è diventato il seme che ha prodotto, tra gli altri frutti, questo X Congresso Mondiale di Mediazione nella collaborazione con l'*Instituto de Mediación de México*.

Un lungo periodo di maturazione e di riflessione ha portato alla decisione di dare uno spazio significativo alla presentazione di comunicazioni per completare quelle dei conferenzieri invitati e le altre attività congressuali.

Questo libro contiene alcuni dei lavori che sono stati selezionati attentamente dal gruppo di esperti internazionali che componeva il Comitato Scientifico del X Congresso Mondiale.

È stato un lavoro attento e meticoloso per poter scegliere proprio quei lavori che riflettessero questa multiculturalità di teorie e di esperienze che illustrassero l'integrazione tra mediazione interculturale e la mediazione comunitaria con approcci scientifici che vanno dal diritto al teatro passando dalla psicologia alla sociologia.

Questo volume raccoglie alcune di queste comunicazioni scritte nelle loro lingue originali – italiano, spagnolo, inglese e portoghese – riguardanti aspetti teorici e tecnici della mediazione e del mediatore, con esperienze in comunità, carceri, scuole, università, tribunali, amministrazioni pubbliche e imprese, con incursioni in campo artistico, della comunicazione e dell'azione interculturale.

Autori argentini, brasiliani, cileni, spagnoli, italiani, messicani rendono possibile questo incontro di culture che non potrebbe avere miglior luogo di Genova per essere prodotto.

Congratulazioni agli autori, sicuramente il loro lavoro contribuirà a nuove esperienze e ricerche.

Congratulazioni a Jorge Pesqueira Leal e alla sua meravigliosa équipe per il loro immane sforzo che rende possibile questo appuntamento annuale, facendo incontrare mediatori di diverse parti del mondo.

Congratulazioni a Mara Morelli e Danilo De Luise e al loro infaticabile gruppo anche per aprire le porte (e il porto) di Genova alle realizzazioni emancipanti di oltremare come sede del X Congresso Mondiale di Mediazione e per aver pubblicato questo libro.

Buona e prolifica lettura.

Juan Carlos Vezzulla

MARIA BUCCOLO. **Formar-si alle professioni educative e formative. Università, lavoro e sviluppo dei talenti.** Franco Angeli, Milano, ottobre 2015.

ISBN: 9788891726377, pagg. 184, € 22,00.



Il ruolo della formazione come leva del cambiamento è oggi al centro del mercato del lavoro in continua evoluzione. Le trasformazioni nella tecnologia, nei consumi, nei mezzi e nelle modalità di comunicazione hanno di fatto influenzato la morfologia stessa del mercato, delle figure professionali e delle competenze richieste alle aziende per proporsi in modo convincente, competitivo e moderno. Con questa premessa, la formazione in ambito organizzativo non può essere un momento isolato, dovuto o istituzionale, ma un passo collocato sapientemente in un processo continuo di sviluppo del talento all'interno della propria azienda che mantenga il giusto equilibrio tra aspettative di redditività e soddisfazione del lavoratore. In questi ultimi anni la letteratura scientifica - in particolare nelle scienze sociali e della formazione - si è arricchita di molteplici contributi, che hanno fornito spunti di riflessione e piste di ricerca originali per studiare le interconnessioni tra formazione e pratiche lavorative.

I profondi mutamenti socio-economici cui stiamo assistendo impongono istanze di riflessione e di riconfigurazione nei contesti organizzativi mirate, in particolare, alla necessità di ridisegnare le epistemologie professionali degli operatori per prepararli alle richieste della pratica. Nell'economia della conoscenza globale, le aziende competono l'una con l'altra per conquistare sempre più quote di mercato ma, soprattutto, per acquisire i "talenti", cioè soggetti con esperienze e competenze di alto livello in grado di generare, implementare idee innovative e costruire reti sinergiche per la loro sostenibilità. Il volume di Maria Buccolo si inserisce in questo contesto e propone di approfondire il rapporto che intercorre tra formazione alla professione,

lavoro e sviluppo del talento sia in un'ottica soggettiva legata alla singola persona che in un'ottica di sistema legata all'organizzazione. L'autrice concentra la propria attenzione sul contesto universitario, del quale si prendono in esame i criteri di riconoscimento del "merito" ed alcuni percorsi di valorizzazione del talento nel mondo del lavoro, avvalendosi di molteplici approcci che mettono al centro sia il sé personale che il sé professionale. Il denominatore comune è rappresentato dall'accompagnamento del soggetto allo sviluppo integrale, per attraversare la crisi e ripensar-si verso traiettorie inedite e progettualità originali. "Formar-si alle professioni", prefigura al lettore l'"educabilità dei talenti", che costituisce il filo rosso dell'intero volume dove la formazione, implica sempre un coinvolgimento personale del soggetto e l'uso di metodologie di formazione esperienziale come il teatro, l'outdoor hanno l'obiettivo di rendere la persona protagonista nel/del processo di formazione e artefice del proprio destino.

La novità presente nel volume rispetto agli altri testi che ne hanno parlato in chiave organizzativa ed economica è quella di guardare al Talento nell'ottica della sua «educabilità» andando oltre le teorie innatiste verso una logica delle «possibilità» che apre a nuovi scenari di sviluppo della creatività e della realizzazione del sogno professionale.

Nel senso comune la nozione di «talento» rappresenta «qualcosa di innato, che nasce con l'essere umano e che attende di rivelarsi nel tempo [riconducibile] ad un campo semantico popolato da termini quali «vocazione», «disposizione», «inclinazione», «attitudine», un po' tutti orientati verso un'accezione innatistica del talento» (p. 91). La questione più rilevante si situa, però, proprio nel «come» e nel «quando» è possibile *educare* (nel senso etimologico del «tirar fuori») il talento.

L'autore inglese Ken Robinson – noto per i suoi studi sulla creatività e sul talento, citato nel testo – afferma che la scuola ha la straordinaria capacità, da un certo momento in poi, di «uccidere» la creatività se rinchiude il sapere in comparti disciplinari che non dialogano tra loro e non stimolano l'apprendimento di nuove conoscenze.

A partire da questa ed altre considerazioni, Buccolo spinge oltre la sua analisi, arrivando ad evidenziare che «ogni talento cresce nel soggetto ma cresce anche in virtù del nesso che il soggetto istituisce col proprio ambiente» (p. 94). Credere e coltivare i propri sogni è una priorità delle persone di talento, qualsiasi cosa vogliano raggiungere si adoperano per farlo. Tre sono le operazioni che i talenti compiono nella ricerca e coltivazione di un sogno professionale: Immaginare di aver raggiunto l'obiettivo; Crederci; Agire. In queste indicazioni l'autrice individua un metodo ben preciso che possa portare le persone a realizzare il proprio sogno professionale e ad educare le competenze talentuose.

Il sogno professionale nasce sin da piccoli dal «copione di vita» che si sviluppa nei giochi che ci proiettano al «cosa ci piacerebbe fare da grandi» e poi man mano si modella con le esperienze di scelta di percorsi formativi. Molti figli nei giochi imitano il padre o la madre e magari da grandi faranno un'altra professione oppure vivendo nello stesso ambiente lavorativo verranno condizionati da questo ed è proprio lì che si realizzeranno, per esempio, portando avanti la propria impresa di famiglia perché la sentono come un prolungamento del proprio sé.

Il talento, che costituisce una delle variabili più importanti per lo sviluppo delle imprese, acquisisce un valore maggiore nelle imprese di famiglia.

Dove c'è una famiglia, ci sono affetti ed emotività. Nell'impresa di famiglia occorre saper coordinare molte variabili: affari, problemi quotidiani di gestione, figli, mogli e mariti, parenti acquisiti. Quando l'imprenditore non ce la fa, nessuno può garantire la continuità e di conseguenza il futuro dell'impresa.

Garantire la continuità di un'impresa familiare richiede una visione ampia che permetta al titolare o ai titolari la possibilità di coinvolgere nelle loro attività, già dalla fase iniziale, i propri figli e/o parenti diretti. Tuttavia questo processo di coinvolgimento e inserimento dei figli non è facile.

Saper riconoscere il talento in uno o più eredi, oppure in manager esterni alla famiglia, diventa pertanto una competenza fondamentale per gli imprenditori che desiderano assicurare la continuità generazionale della propria impresa.

Il testo si rivolge a chiunque voglia scoprire il proprio potenziale di conoscenze, sperimentare un metodo di sviluppo per la realizzazione del proprio sogno professionale e migliorarsi nella vita personale e professionale.

Ezequiel Iurcovich¹

¹ Sociologo. Amministratore unico di Trasversale srl, ente di formazione e impresa di famiglia. Insieme al suo team, attraverso il marchio IURCOVICH (www.iurcovich.it) assiste le imprese di famiglia nelle fasi di passaggio, per favorire la continuità generazionale. Ha coordinato progetti di formazione in ambito Fondo Sociale Europeo, Fondi Interprofessionali, Federmanager.

MODULO
ORDINEla **MEDIAZIONE**MODULO
ORDINE

Trimestrale di cultura della prevenzione e risoluzione dei conflitti

"LA RIVISTA DEL CENTRO STUDI ADR"

MODULO
ABBONAMENTO

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 (cartaceo) - € 40,00 (online Iva 22% compresa)
- ☐ 5 Abbonamenti annuali (4 numeri) € 300,00 (cartaceo) - € 180,00 (online Iva 22% compresa)
- ☐ 10 Abbonamenti annuali (4 numeri) € 500,00 (cartaceo) - € 330,00 (online Iva 22% compresa)
- ☐ 100 Abbonamenti annuali (4 numeri) € 2000,00 (solo online Iva 22% compresa)

☐ ACQUISTO DI SINGOLI NUMERI ARRETRATI

N. Anno..... € 20,00 (cartaceo, spedizione inclusa) - € 12,00 (online Iva 22% compresa)

Modalità di pagamento:☐ Bonifico bancario. IBAN IT45N0200805133000400565301☐ Assegno Bancario (allegato) ☐ Assegno circolare (allegato)

N. del di € Banca

Intestazione: Centro Studi ADR S.r.l.

Come sottoscrivere l'abbonamento:

- Inviare questo modulo (o fotocopia) in busta chiusa a: Centro Studi ADR S.r.l., **Via Dardanelli 33**, 00195 Roma
- per e-mail: abbonamenti@rivistalamediazione.it
- dal sito internet **www.rivistalamediazione.it** compilando il modulo online
- per conoscere le nostre convenzioni, vi invitiamo a visitare il sito www.rivistalamediazione.it

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)

La Rivista *la* MEDIAZIONE garantisce la riservatezza dei dati da Lei comunicati e La informa che potrà richiedere la loro cancellazione o rettifica scrivendo a: Centro Studi ADR S.r.l. - Via Dardanelli, 33 - 00195 Roma.

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.

UN VANTAGGIO SOCIALE E COMPETITIVO

la MEDIAZIONE

Trimestrale di cultura della prevenzione e risoluzione dei conflitti

LA RIVISTA DEL CENTRO STUDI ADR

la **MEDIAZIONE**, la prima rivista di cultura della risoluzione e prevenzione dei conflitti, è uno strumento di consultazione unico nel suo genere per autorevolezza, contenuti, approccio scientifico.

L'AUTOREVOLEZZA

la **MEDIAZIONE** nasce con l'intento di assolvere un duplice compito di ricerca e di incontro, dove liberi professionisti, accademici, ed addetti ai lavori propongono pubblicamente le proprie opinioni, esperienze ed elaborazioni.

I CONTENUTI

Ogni tre mesi, sulle pagine della nuova rivista troveranno ampio spazio: dibattiti, commenti e contributi sui temi di attualità nel settore; approfondite analisi sulle modalità di risoluzione dei conflitti; studi comparati sull'evoluzione della mediazione nei diversi ordinamenti, con particolare riferimento all'Unione Europea; informazioni su quanto viene prodotto all'estero, in sedi accademiche e professionali, che riguardano la pacificazione dei rapporti in ogni suo aspetto.

L'APPROCCIO SCIENTIFICO

su *la* **MEDIAZIONE** lo studio della materia viene svolto sia da un punto di vista giuridico-economico e di mercato che delle tecniche di comunicazione e di negoziazione. Un esclusivo taglio interdisciplinare che offre nuovi elementi di informazione e di documentazione ed apre quindi nuove frontiere di pensiero e di manovra.

la **MEDIAZIONE** si rivolge a chi vede nella pacificazione dei rapporti un vantaggio sociale e competitivo e il mondo in cui si muove il proprio business.