

Supplemento
FLP News

N. 3

ANNO I MERCOLEDI' 27 Aprile 2011



ISSN 2039-5280

Mediazione Oggi

Rivista Scientifica sulla Mediazione, Conciliazione, arbitrato e tecniche ADR

I Conflitti ed il ruolo della Mediazione

di Marco Carlomagno

*"Scoraggia la lite,
favorisci l'accordo ogni volta che puoi.
Mostra come l'apparente vincitore sia spesso un
reale sconfitto"*

(Abraham Lincoln)

**LE ADR IN EUROPA :
UNIFORMARSI E
DIFFONDERLE È UN
OBBLIGO PER
TUTTI**

Supplemento n.3 a FLP News n.162-163

Mediazione Oggi

Rivista Scientifica sulla Mediazione, Conciliazione, arbitrato e tecniche ADR

FLP News

DIRETTORE:

Marco Carlomagno

DIRETTORE RESPONSABILE:

Roberto Sperandini

COMITATO EDITORIALE:

Lauro Crispino, Roberto Sperandini,
Vincenzo Patricelli

Sito www.flp.it e-mail: flpnews@flp.it

REDAZIONE: Via Roberto Bracco, 45 – 80133 Napoli

REDAZIONE ROMANA: Via Piave, 61 – 00187 Roma

EDITORE: FLP

Registrazione Tribunale di Napoli

n. 24 del 01.03.2004

Iscrizione al R.O.C. n. 12298

PROGETTO GRAFICO E IMPAGINAZIONE:

FLP News

Supplemento a FLP News.

E' diffuso in formato cartaceo e disponibile online. Può essere scaricato dal sito internet www.adrinstitute.it;

Chiunque può collaborare con la redazione, inviando notizie, commenti o articoli da pubblicare in formato Word, all'indirizzo e-mail: adrinstitute@adrinstitute.it

I contenuti espressi negli articoli firmati dai collaboratori, sia interni che esterni, sono da considerare opinioni personali degli autori che non impegnano pertanto la FLP.

Associato USPI

Unione Stampa Periodica Italiana

Pubblicità

Adrinstitute

Via Piave 61 00187 Roma

Tel. 0642000358 Fax 0642010268

e-mail: adrinstitute@adrinstitute.it ;

sito: www.adrinstitute.it



RICONOSCIMENTO DEL CREDITO D'IMPOSTA PER INVESTIMENTI IN CAMPAGNE PUBBLICITARIE LOCALIZZATE
Grazie alla legge 289 e alla delibera CIPE successiva le imprese che incrementano i propri investimenti pubblicitari in campagne su mezzi locali certificati, anche per l'anno 2006, otterranno delle agevolazioni fiscali.

Le informazioni e la modulistica per richiedere il credito d'imposta sono disponibili all'indirizzo dell'Agenzia delle Entrate:
[Http://www1.agenziaentrate.it/dre/abruzzo/cop/bonus_pubblicita.htm](http://www1.agenziaentrate.it/dre/abruzzo/cop/bonus_pubblicita.htm)



REDAZIONE ROMANA :

via piave, 61 -00187 Roma

tel.1 0642000358

tel.2 0642010899

fax. 0642010628

e-mail: adrinstitute@adrinstitute.it

Redazione:

Marco Carlomagno, Roberto Sperandini

Lauro Crispino, Vincenzo Patricelli

Collaboratori:

Gabriella Carlomagno, Serena Pane, Eliana Manes Rossi,
Fabio Tozzi, Angelo Gagliardi, Amelia Crasta, Francesco
Carlomagno, Gaetano Laghi, Francesco Lambiase,
Giuseppe Morando, Manuela Catapano, Chiara Sernia

Comitato Scientifico

Leonardo Bugiolacchi, Nora Capece, Marco Carlomagno,
Vittorio Carlomagno, Amelia Crasta, Vincenzo Maria
Cesaro, Stefano Dumontet, Ezio Ercole, Gennaro Ferrara,
Lucilla Gatt, Riccardo Izzo, Gaetano Laghi, Francesco
Lambiase, Maria Luigia Melillo, Claudio Quintano, Mario
Quinto, Antonio Scamardella, Concezio Ezio Sciarra,
Maurizio Sibilio





I CONFLITTI ED IL RUOLO DELLA MEDIAZIONE

di Marco Carlomagno

La mediazione si può definire una forma non coercitiva di negoziazione facilitata che si svolge sotto il controllo di un terzo, il mediatore, che ha il compito di guidare (ma non giudicare) le parti al raggiungimento di un accordo che soddisfi gli interessi e i bisogni di entrambe, con la auspicata possibilità di porre le stesse parti in una situazione migliore di quella in cui versavano in precedenza.

Tra le varie definizioni delle pratiche di mediazione particolarmente appropriata appare la seguente: “la mediazione è un processo attraverso il quale due o più parti si rivolgono liberamente a un terzo neutrale, il mediatore, per ridurre gli effetti indesiderabili di un grave conflitto.

La mediazione mira a ristabilire il dialogo tra le parti per poter raggiungere un obiettivo concreto: la realizzazione di un progetto di riorganizzazione delle relazioni che risulti il più possibile soddisfacente per tutti. L’obiettivo finale della mediazione si realizza una volta che le parti si siano creativamente riappropriate, nell’interesse proprio e di tutti i soggetti coinvolti, della propria attiva e responsabile capacità decisionale”¹.

Che cosa è la mediazione

- La mediazione è un processo attraverso il quale due o più parti si rivolgono liberamente a un terzo neutrale, il mediatore, per ridurre gli effetti indesiderabili di un grave conflitto. La mediazione mira a ristabilire il dialogo tra le parti per poter raggiungere un obiettivo concreto: la realizzazione di un progetto di riorganizzazione delle relazioni che risulti il più possibile soddisfacente per tutti. L’obiettivo finale della mediazione si realizza una volta che le parti si siano creativamente riappropriate, nell’interesse proprio e di tutti i soggetti coinvolti, della propria attiva e responsabile capacità decisionale (Castelli, 1996)

Utilizzando la metafora del conflitto come “gioco” proposta dal sociologo Goffman, potremmo dire che per i configgenti (in quanto “giocatori”) sembra più facile e meno faticoso (in apparenza) decidere di “rimanere nemici” per tenere aperta la “partita” anche se si desidera interrompere la sfida, e cercare di vincere unilateralmente più che si può, in una replica del gioco a somma zero: io vinco/tu perdi.

In realtà come si può apprendere in ogni studio di negoziazione², cooperare è più conveniente che competere: in buona parte delle relazioni sociali la possibilità di vincere entrambi porta a far capire che si vince di più se si vince tutti.

Nella teoria dei “giochi” tale sistema viene definito a somma positiva (win-win contrapposto a quello win-lose).

Nel sistema giudiziario attuale i giudici, per dirimere le dispute, devono attenersi esclusivamente al diritto positivo e non hanno gli strumenti ed il tempo né per la riconciliazione delle parti né per favorire il dialogo ed il confronto aperti fra le stesse. Non è previsto l’ascolto al fine della piena soddisfazione dei bisogni e degli interessi delle parti in conflitto.

Nel percorso di mediazione, più che l’aver ragione, è richiesto l’atteggiamento di sforzarsi di capire l’altro.

Rispetto al rifiuto del voler capire l’altro, la mediazione capovolge l’impianto, portando alla nostra evidenza la sofferenza, le aspettative, i bisogni e le richieste (anche) dell’altro.

Con la mediazione si diffonde una diversa cultura che predilige il rispetto di ognuno, valorizzando in maniera “creativa” le differenze e utilizzando il conflitto come strategia per un cambiamento, sia personale che relazionale.

¹ Castelli S., La mediazione: teorie e tecniche, Raffaello Cortina Editore, Milano 1996, pag. 5

² Cfr. Program On Negotiation at Harvard Law School, Massachusetts Institute of Technology e Tufts University

La mediazione, pertanto, favorisce rispetto al giudizio, il non facile passaggio da un conflitto distruttivo ad uno costruttivo, con l'obiettivo di riallacciare il legame perduto tra le parti in lite.

La mediazione non può essere ridotta soltanto al concetto di riparazione, come avviene di solito in ambito penale, in quanto si tratta di un processo che permette di riappropriarsi della propria vita e non solo di riparare al danno subito, in particolar modo quando attiene la dignità offesa.

Come sostenuto dal giurista Christoph Hatlapa, è importante restituire il controllo del conflitto a coloro che hanno conflitti, poiché il processo di crescita appartiene a loro e son loro che devono viverlo³. Solo le parti che hanno profonda conoscenza del conflitto che le occupa e dei sentimenti che inevitabilmente entrano in gioco in tale situazione possono trovare con la loro "fantasia" una soluzione reciprocamente soddisfacente, opportunamente "facilitate" dall'intervento di un terzo neutrale - il mediatore - che svolge le funzioni di un "ponte" tra le due sponde.

Caratteristiche del processo di mediazione

- ▣ La presenza di mediatori che mettono in comunicazione
- ▣ L'inclusione di tutte le parti in conflitto che dovrebbero essere presenti
- ▣ La libera volontà di partecipare al processo di mediazione e l'autodeterminazione nel cercare di arrivare alla soluzione del conflitto



La mediazione, con il suo operare in vista di una migliore "autocomprensione", aiuta le parti nello sviluppo di capacità emozionali forti, formando esperienze che possano essere di base alla individuazione di opzioni alternative.

La mediazione costituisce, pertanto, una formula innovativa di formazione della volontà e del reperimento di decisioni.

I vantaggi del processo di mediazione rispetto ai processi decisionali tradizionali, gerarchici in particolare, risiedono soprattutto nella particolare funzione del terzo o dei terzi neutrali, del mediatore o della mediatrice⁴.

Dallo studio dell'interazione sappiamo che lo sviluppo di un conflitto è determinato, da un lato, dalla situazione conflittuale e, dall'altro, dall'interazione delle parti in conflitto.

Gli interessi alla base di un conflitto non sono mai orientati unilateralmente, ma comprendono sempre anche le correlazioni delle parti contendenti, ossia anche le concezioni individuali riguardo a un processo equo e un trattamento adeguato di tutte le parti.

È funzione particolare del mediatore o – nel caso di processi di proporzioni maggiori – del team di mediazione, rispettare la connessione tra aspetti procedurali, psicologici e contenutistici, a qualsiasi livello della disputa.

Proprio per le questioni oggettive più ardue, la considerazione di tale contesto si rivela di eccezionale difficoltà, con scontri emotivi di forte impatto, come quelli non di rado presenti nella politica dell'ambiente e delle infrastrutture⁵. Nel fervore della disputa, molti contendenti spesso non soltanto perdono il filo del discorso e la prospettiva di un possibile risultato, ma si ostinano anche nel perseguire inutili scontri sulle posizioni, perdendo di vista così i propri interessi più veri.

Nello scontro diretto è ovviamente difficile per le parti in conflitto non privilegiare i propri vantaggi a svantaggio degli altri, bensì l'estensione dei vantaggi a tutte le parti coinvolte.

³ Cfr. Besemer C., (1999), Gestione dei conflitti e mediazione, Ega.

⁴ Zillessen H., I conflitti ambientali e il ruolo della mediazione nel contesto europeo.

⁵ Ibidem

⁶ Castelli S., op. cit., pag. 33.

Tutti i contendenti diventano prigionieri dei propri interessi.

Ed è qui che s'impone l'idea del mediatore o conflict manager professionista.

Per risolvere il conflitto, egli dispone di un atout in più: può controllare il processo negoziale nei suoi aspetti contenutistici, procedurali e psicologici in modo da soddisfare gli interessi psicologici e procedurali di tutte le parti e sviluppare soluzioni contenutistiche tali che siano proficue per tutti i contendenti.

Laddove non sia possibile realizzare quest'ultimo punto, almeno si crea un ambiente di lavoro in cui, nonostante gli evidenti contrasti su questioni di carattere contenutistico e sugli interessi, sia possibile trattare i problemi collettivamente, in modo che, prima di discutere dei dettagli, le parti cerchino insieme le possibili opzioni.

Il ruolo del mediatore o del conflict manager consiste quindi nell'organizzare, strutturare e dirigere il processo negoziale.

È l'esperto sul processo, non l'esperto sul tema specifico, che consiglia le parti sulle questioni relative ai contenuti.

Il ruolo dei mediatori

- La persona del mediatore deve essere accettata e rispettata da tutte le parti in conflitto
- I mediatori non devono avere un personale interesse a un particolare esito del conflitto. Devono essere neutrali e imparziali
- Non valutano e non giudicano
- Sono responsabili dell'andamento del colloquio di mediazione, le parti coinvolte dei contenuti
- Aiutano le parti coinvolte a chiarirsi i propri sentimenti e interessi e a esprimerli in modo comprensibile
- Fanno in modo di bilanciare eventuali squilibri di potere, oppure di impedire che questi condizionino l'andamento della mediazione
- Fanno attenzione a che non vengano presi accordi irrealizzabili
- Possono decidere di interrompere il colloquio

La sua competenza specifica si riferisce, ad esempio, alla distinzione tra conflitti superflui e conflitti necessari o tra strutturazione produttiva e, rispettivamente, distruttiva dei conflitti; in sintesi, egli supporta le parti nel raggiungimento dell'eliminazione del problema e del conflitto di tipo cooperativistico.

Nello svolgimento del processo, il mediatore riveste quindi un ruolo centrale, ma non assolutamente perché egli debba essere o debba considerarsi al centro.

Al contrario, nei confronti dei contendenti egli riveste una funzione di servizio, tesa a facilitare il conseguimento di una risoluzione del conflitto con il più ampio accordo possibile.

La mediazione si pone l'obiettivo di portare le parti interessate a gestire il conflitto.

Presupposti di base della mediazione

- Di per sé il conflitto non è 'malato', ma un conflitto irrisolto è pericoloso
- Spesso un conflitto viene generato dal fatto che le parti non sanno come risolvere un problema che non dalla mancanza di volontà di risolverlo
- Le persone coinvolte in un conflitto sono in genere più in grado di prendere decisioni migliori per la loro vita di un mediatore
- Le persone prendono decisioni migliori quando percepiscono i sentimenti emersi a seguito del conflitto
- Le trattative sono più efficaci quando le parti sono costrette a mantenere rapporti dopo la lite
- Gli accordi presi sono rispettati di più se le parti hanno contribuito a costruirli

L'obiettivo è quello di rendere gli individui protagonisti delle proprie scelte future.

Richiede di non decidere per gli altri: gli antagonisti devono trovare essi stessi per loro stessi la soluzione dei propri problemi. "Due esseri liberi, ancorché contrapposti, devono trovare da loro stessi la via di uscita dalla propria impasse. Contrariamente alla posizione del giudice che decide in nome della legge, il mediatore non decide al posto di altri" ⁶.

La mediazione, inserita in un paradigma sistemico-relazionale, abbraccia un approccio di tipo trasformativo

e non di problem solving. Il percorso mediativo ha precisi intenti educativi, gettando il “seme del cambiamento”, non lascia mai “le cose” così come stavano. Diventa una filosofia sociale che opta per la negoziazione ragionata, offre un set/setting in grado di far incontrare i contrari e di farli convivere, non di ignorarli o addirittura di sopprimerli, consentendo la sfida del divenire, il passaggio da una condizione all'altra, la trasformazione continua che è simbolo della vita, l'uscita dalla sofferenza non perché la espelle magicamente o la nega virtualmente, ma perché le offre un senso più complessivo⁷. Uno degli aspetti più importanti della mediazione è proprio quello di far emergere l'autoresponsabilizzazione di ognuno e con essa la capacità di auto-gestione. Il mediatore pratica la maieutica dato che aiuta la persona a tirar fuori le sue potenzialità; facilita nel soggetto, attraverso una nuova consapevolezza di sé, il convincimento di essere in grado di trovare la propria strada.

I piani del conflitto

- ▣ Occorre distinguere tra posizione e interesse
- ▣ Molto spesso gli interessi, che sono in fondo la cosa più importante, che stanno alla base delle posizioni, possono essere soddisfatti in modi diversi
- ▣ Se gli interessi vengono esplicitati, diventa spesso possibile trovare una soluzione soddisfacente per tutti

Ovviamente la mediazione esige il cambiamento delle parti in conflitto; sicché laddove non c'è cambiamento non ci può essere educazione in atto e laddove non vi è negoziazione ragionata⁸ del contrasto sociale e culturale non vi può essere mediazione. La negoziazione ragionata spinge le persone in lite al cambiamento, il quale può avvenire soltanto se esse sono disposte ad ascoltarsi reciprocamente con attenzione, a porsi in una qualche relazione che consenta di dare luogo ad una situazione “terza” innovativa e risolutiva rispetto al punto di partenza, a riconoscersi reciprocamente come interlocutori validi sul piano del rispetto e della dignità.

In tal modo il conflitto, attraverso una gestione costruttiva e mediativa, può divenire uno strumento di cambiamento di una società per molti insoddisfacente e non funzionale per la crescita delle persone e il loro benessere nella vita sociale.

Principi per la soluzione dei conflitti

- ▣ Fare riferimento agli interessi e non alle posizioni
- ▣ Distinguere le persone dal problema
- ▣ Pensare a diverse possibilità di azione prima di decidere che cosa fare
- ▣ Stare attenti che il risultato soddisfi criteri vincolanti per tutti
- ▣ Ci sono più verità: la nostra, la loro e forse altre ancora
- ▣ Cercare la congruenza tra mezzi e scopi
- ▣ Attenersi a dei principi e costruire su questi la strategia. Perseguire soltanto gli obiettivi che sono validi sia per noi che per l'altra parte anche se l'altra parte non si comporta allo stesso modo
- ▣ Il potere è la capacità di raggiungere i propri obiettivi e non di punire gli altri

⁷ Schettini B., Dentro il conflitto-oltre il conflitto: la funzione educativa della mediazione sociale e culturale, in Iavarone M.C., Sarracino V., Striano M., Questioni di pedagogia sociale, FrancoAngeli, Milano 2000, pag. 98.

⁸ Fisher R., Ury W., L'arte del negoziato, trad. it., Mondatori, Milano 1985.

La Mediazione nelle controversie civili ed il ruolo del mediatore ausiliario e dell'esperto

La Mediazione è una modalità di risoluzione delle controversie, alternativa al processo civile, volontaria e non vincolante, nella quale un terzo neutrale aiuta le parti a raggiungere una soluzione negoziata.

Superando le indicazioni comunitarie, in Italia il legislatore ha scelto oggi di incentivare la mediazione anche per le controversie meramente interne.

Il recente decreto legislativo 4 marzo 2010, n.28, incentiva fortemente il ricorso alla mediazione per le liti in materia civile anche quando il conflitto coinvolge solo parti italiane.

Per molte importanti materie del contenzioso civile (quali le successioni, i diritti reali, la responsabilità civile nel settore RC Auto e la malpractice medica,...) l'esperimento della mediazione diviene condizione di procedibilità delle domande giudiziarie.

A sua volta, il giudice può decidere di rinviare le parti alla mediazione durante il processo, anche in appello.

Mediatore ausiliario (mediazione ex d.lgs. n. 28/2010)

Riferimenti legislativi - L'art. 8 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 prevede che nel caso siano necessarie peculiari competenze tecniche alla luce della natura della controversia, l'organismo di conciliazione può nominare uno o più mediatori ausiliari (si pensi, ad esempio, ad un ingegnere o geometra per l'analisi delle tabelle millesimali di un condominio); è inoltre previsto il ricorso a esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali qualora non sia possibile la nomina di mediatori ausiliari.

Compiti - Il mediatore ausiliario dovrebbe semplicemente agevolare, grazie alle sue competenze tecniche, la comprensione e dunque la comunicazione tra le parti coinvolte nella conciliazione, affiancando il mediatore nella ricerca di una composizione bonaria. Qualora, invece, il suo apporto sfociasse in una vera e propria "valutazione" del caso, ciò comprometterebbe inevitabilmente il carattere facilitativo della procedura di mediazione a favore di quello aggiudicativo, snaturando così la sua natura.

Il ruolo dell'esperto nella mediazione

La funzione dell'esperto può infatti essere decisiva nel raggiungimento degli obiettivi di risparmio sui tempi e sui costi della lite, essendo la valutazione dei fatti affrontabile in modo nuovo all'interno della mediazione, meno formale del processo civile e diverso rispetto all'approccio tradizionale delle consulenze tecniche d'ufficio. Gran parte del contenzioso civile, sia interno sia internazionale, è infatti incentrato su elementi fattuali: i difetti del prodotto (dall'oggetto domestico di consumo alla casa d'abitazione), il funzionamento della macchina o dell'impianto, i risultati attesi dalla tecnologia trasferita (efficienza, affidabilità, produttività), la variazione del capitolato in corso d'opera, la valutazione e divisione dei patrimoni familiari, ecc.

L'esperto può svolgere un'importante funzione nella mediazione, dove l'azione del mediatore incontra un limite preciso: nell'ampio lavoro di esplorazione condotto insieme alle parti, il mediatore non può spingersi sino all'apprezzamento tecnico dei fatti e delle circostanze. Eppure, tale apprezzamento costituirebbe un fattore di successo importante ai fini della composizione della controversia, integrandosi negli scopi e nelle attività della mediazione.

Bibliografia

- Bindi, L.; Faedda, B. (2001), Luoghi di frontiera. Antropologia delle mediazioni, Cagliari, Punto di fuga.
- Besemer C., (1999), Gestione dei conflitti e mediazione, Ega, Torino.
- Bouchard M. – Mierolo G. (2005), Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione, Bruno Mondadori, Milano.
- Bouchard M. (1995), Vittime e colpevoli: c'è spazio per una giustizia riparatrice?, in *Questione giustizia*, n. 4, p. 912
- Caputo Antonio e Misto Pia Grazia (2010), *Mediazione, Adr, Arbitrato, Guida teorico pratica*, Giappichelli, Torino
- Castelli S., (1996), *La mediazione: teorie e tecniche*, Raffaello Cortina Editore, Milano.
- Ceretti A. – Di Ciò F. – Mannozi G. (2001), *Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze e pratiche a confronto*, in SCAPARRO F. (a cura di), *Il coraggio di mediare*, Guerini e Associati, Milano.
- Consiglio d'Europa - Raccomandazione N.R (99) 19, adottata dal Comitato dei Ministri in data 15.9.1999
- Fisher R., Ury W., (1985), *L'arte del negoziato*, trad. it., Mondadori, Milano.
- Folberg, J.; Milne, A. L.; Salem, P. (2008) *Manuale di mediazione familiare*, Roma, Edizioni Carlo Amore.
- Haynes, J. M.; Haynes, G. L.; Fong, L. S. (2004), *La mediazione. Strategie e tecniche per la risoluzione positiva dei conflitti*, Roma, Edizioni Carlo Amore,
- Luison, L. (2006), *La mediazione come strumento d'intervento sociale*, Milano, Franco Angeli.
- Fiorucci, M. (2000), *La mediazione culturale. Strategie per l'incontro*, Roma, Armando.
- Mandato F., (2010), "Abbiamo fatto la mediazione, ora creiamo la cultura della mediazione", Overlex.
- Martini C.M. – Zagrebelsky G. (2003), *La domanda di giustizia*, Einaudi, Torino.
- Parlamento europeo e Consiglio d'Europa, Direttiva 52/2008/CE del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale
- Schettini B., (2000), *Dentro il conflitto-oltre il conflitto: la funzione educativa della mediazione sociale e culturale*, in Iavarone M.C., Sarracino V., Striano M., *Questioni di pedagogia sociale*, FrancoAngeli, Milano 2000.
- Sclavi M., (2003), *Arte di ascoltare e mondi possibili, Come si esce dalle cornici di cui siamo parte*, Milano.

Le ADR in Europa uniformarsi e diffonderle è un obbligo per tutti

di Eliana Manes Rossi



¹ T Leggasi le conclusioni della Presidenza : capo V. Migliore accesso alla giustizia in Europa.- <http://www.consilium.europa.eu>.

² Nel Libro Verde sono specificate le ragioni per il rinnovato interesse alle metodologie di ADR, tra queste : " ci si è resi conto del rinnovamento che conoscono sul campo i metodi di ADR, a beneficio dei cittadini, il cui accesso alla giustizia risulta migliorato". - Vedasi testo integrale http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/it/com/2002/com2002_0196it01.pdf

³ Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. Art.12- Attuazione: "Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva anteriormente al 21 maggio 2011, fatta eccezione per l'articolo 10, per il quale tale data è fissata al più tardi al 21 novembre 2010. Essi ne informano immediatamente la Commissione."

La mediazione in Italia finalmente approda con la giusta spinta. L'obbligatorietà da poco partita porterà benefici indubbi alla nostra società e all'economia globale del nostro Paese.

L'esperienza degli altri Stati che ad oggi si sono già affacciati e hanno fatto proprio l'utilizzo dei sistemi alternativi alla risoluzione delle controversie, deve invogliarci e spingerci in questa direzione.

L'Unione Europea con la Direttiva approvata il 23 aprile del 2008 al Parlamento Europeo ha istituito le procedure di conciliazione per la risoluzione delle controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale.

È stato il primo passo che ha perseguito l'obiettivo di sviluppare sicurezza e giustizia ed incentivare una cooperazione giudiziaria che si rende indispensabile per assicurare un corretto funzionamento del mercato interno.

Garantire un migliore ed efficace accesso alla giustizia è il tema centrale che il Consiglio d'Europa aveva già

evidenziato in occasione della riunione che si tenne il 15 e 16 ottobre 1999 a Tampere in Finlandia¹.

Il Consiglio ritornò ancora sull'argomento nel maggio del 2000 insistendo sull'importanza dell'istituzione di procedure extragiudiziali che semplificassero e migliorassero l'accesso alla giustizia.

Nel 2002 fu poi presentato il Libro Verde² appositamente dedicato ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale.

Il percorso avviato trova poi il suo apice con la Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio U.E. n.52 del 21 maggio 2008 con cui si stabilisce il termine ultimo entro il quale gli Stati Membri hanno l'obbligo di applicare i contenuti della Direttiva nei loro Ordinamenti. Gli stessi Stati dovranno anche indicare alla Comunità europea, gli organi giurisdizionali e le autorità competenti al fine dell'esito delle mediazioni, il tutto entro il 21 maggio 2011³.

La speranza è che l'esito positivo derivante dall'applicazione di detta Direttiva possa condurre gli Stati Membri ad incentivare l'applicazione delle disposizioni fissate non solo per le controversie transfrontaliere, ma soprattutto per le procedure stragiudiziali interne.

Allo stato attuale solo alcuni Paesi, tra cui l'Italia, hanno comunicato il recepimento della Direttiva, ma l'esperienza ad oggi raggiunta da alcuni Stati Membri, può farci rendere conto dell'opportunità che la mediazione offre.

Esaminiamo alcune esperienze dell'applicazione delle ADR in Europa:

1) Francia

In Francia, già dai tempi di J. Chirac è stato dato un significativo sviluppo alla mediazione, infatti con la legge del 8 febbraio 1995 fu creato il "Centre de médiation et arbitrage



⁴ Le "Centre de médiation et arbitrage de Paris": Créé en 1995 par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, sous la forme d'une association de la loi de 1901, le CMAP est aujourd'hui le leader en France et l'un des principaux centres européens de gestion et de résolution des conflits commerciaux. Il est également un organisme de formation continue reconnu. - <http://www.mediationarbitrage.com/>

⁵ Tratto dalla definizione di médiation judiciaire di J.Joly-Hurard "peut se définir comme un mode conventionnel de règlement des litiges intervenant dans le cadre d'une instance judiciaire, par lequel le juge, saisi d'un litige et après avoir recueilli le consentement des parties, désigne un tiers chargé, sous son contrôle et contre rémunération, de confronter leurs points de vue respectifs et de les aider à trouver une solution au litige qui les oppose".



de Paris"⁴, percorso proseguito nel 1998 con la creazione dell' IFOMENE che è un istituto per la formazione alla mediazione e alla negoziazione, creato dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Parigi di concerto con la Magistratura e che lavora, altresì, con la Federazione Nazionale dei Centri di Mediazione francese.

A seguire nel 2004 fu creato un Codice Deontologico che racchiudeva i principi base di comportamento dei mediatori.

La Francia, inoltre, già nella fase preparatoria della Direttiva 52/2008/CE, evidenziò che al di là del problema di sovraccarico della giustizia, la mediazione offriva un'occasione importante per rafforzare la cooperazione tra gli Stati Membri.

Ovviamente, la Francia fa parte degli Stati che hanno già comunicato alla Commissione l'attuazione nel loro diritto interno delle norme dell'Unione Europea sulla mediazione, considerando la sua decennale esperienza, ma la stessa si propone di estendere l'operatività della mediazione anche agli altri campi andando ben oltre la mera mediazione civile e commerciale.

Analizziamo brevemente i modelli di risoluzione alternativa delle controversie esistenti in Francia:

- La mediazione: viene definita il tentativo del mediatore di avvicinare le parti e di aiutarle a trovare una soluzione che le soddisfi entrambe.

La mediazione è prevista sia in via stragiudiziale, sia nel corso del giudizio. In questa seconda ipotesi, essa viene regolata dagli articoli dal 131 al 136 del nuovo codice di procedura civile e viene svolta con la supervisione del giudice.

Nella "mediazione giudiziale" il giudice, con il consenso delle parti, designa un terzo imparziale, il quale sotto il suo controllo e remunerato a parte, ascolta i loro punti di vista e li aiuta a trovare una soluzione ⁵.

Il compenso del mediatore viene stabilito dal giudice ed è a carico delle parti che verseranno un acconto all'inizio della mediazione, a meno che le stesse



⁶ " Il entre dans la mission du juge de concilier les parties"

⁷ cfr. N. Andrews, I metodi alternativi di risoluzione delle controversie in Inghilterra, in V. Varano (a cura di), L'altra giustizia, Milano, 2007, p. 1 ss..

⁸ Cfr. *The Admiralty and Commercial Courts Guide*, 2006, sec. G.2.

non siano indigenti e che quindi possano beneficiare della specifica assistenza.

È prevista anche la "mediazione convenzionale" che, fondamentalmente, considera l'accordo tra le parti indipendentemente se lo stesso sia nato prima o dopo il nascere di una controversia.

- la conciliazione: prevista dall'art. 127 del nuovo codice di procedura civile e che detta: "Les partie peuvent se concilier d'elle-memes ou à l'iniziative du juge, tout au long de l'instance".

La conciliazione quindi è l'accordo a cui le parti giungono o grazie ad una trattativa tra di loro o grazie all'intervento di un terzo, il conciliatore.

Questo tipo di conciliazione si distingue da quella giudiziaria prevista dall'art. 21 del nuovo codice di procedura civile, dove si specifica che conciliare le parti è una missione del giudice ⁶.

Abbiamo inoltre la "conciliazione di giustizia" dove il jude d'istance e il jude de proximité possono designare sempre con il consenso delle parti un conciliatore di giustizia, il quale è un ausiliario di giustizia iscritto in un elenco redatto dal Presidente della Corte di Appello su proposta del jude d'istance. Questo tipo di conciliazione è gratuita.

Infine, abbiamo la "conciliazione convenzionale" chiamata anche amichevole o stragiudiziale, che nasce dalla volontà delle parti, viene svolta al di fuori dell'ambito giudiziario e a cui si applicano fondamentalmente le norme previste per i contratti.

Notiamo alcuni punti di coincidenza con la normativa italiana, soprattutto, nella definizione di mediazione, mentre è da considerarsi del tutto diverso il concetto di conciliazione.

Infatti, in Italia il termine "mediazione" fa riferimento al procedimento, mentre quello di "conciliazione" si riferisce all'accordo che si raggiunge grazie alla mediazione, pertanto non sono considerati due diversi metodi di ADR.

Inoltre, la mediazione in Italia non viene svolta davanti al giudice, anche se oggi grazie al D.lgs. 28/2010 il giudice la suggerisce alle parti e per le materie obbligatorie, il processo viene "sospeso".

2) Inghilterra

In Inghilterra ed in Galles i metodi adr più diffusi ⁷ sono:

- L'arbitrato: che in realtà si configura come una sorta di giudizio privato, in quanto le norme procedurali che disciplinano le questioni, la pubblicazione dei documenti, nonché delle prove, in realtà, avvengono in maniera simile al procedimento innanzi al giudice. Similarmente all'Italia viene pronunciato il lodo che è vincolante per le parti. La decisione potrà essere impugnata quando si può provare che l'arbitro è stato parziale e che la sua pronuncia sia irragionevole.

- L'Adjudication: una sorta di mediazione tecnica e dedicata a specifici casi. Infatti, le parti nominano un terzo imparziale "esperto" sulla materia oggetto del contendere, che troverà la soluzione al problema tecnico. Di fatto questo metodo di ADR è utilizzato principalmente nelle controversie aventi ad oggetto i processi di ingegneria industriale e nelle costruzioni e, pertanto, è utilizzata per poter proseguire i lavori in attesa della decisione definitiva di un giudice o di un arbitro.

- Evaluation: una sorta di valutazione preventiva sull'eventuale processo.

Viene nominato un evaluator, soggetto terzo ed indipendente che fornisce il proprio parere sul punto di diritto o sulla probabile controversia, la sua valutazione sarà preliminare e non vincolante, salvo patto contrario ⁸.



- La mediazione: che offre la possibilità di trovare un accordo con l'ausilio di un terzo imparziale ed indipendente senza l'intervento del giudice, molto utilizzata nelle cause commerciali, per le lesioni personali e per la colpa medica. Il mediatore incoraggia il dialogo tra le parti e li aiuta a trovare loro stessi un accordo. La decisione che le parti prenderanno diventerà vincolante per le stesse nel momento in cui sottoscriveranno il verbale di mediazione.

- La Negotiation: è una transazione negoziata tra le parti, dove fondamentalmente gli avvocati agiscono ed operano per conto dei propri clienti al fine di trovare una soluzione alla controversia. È un metodo utilizzato sia stragiudizialmente, sia nel corso di una causa a patto che la stessa avvenga prima dell'emissione del giudizio.

- I Collaborative family law: utilizzati per divorce and civil partnership, è una procedura che prevede la nomina di avvocati specializzati che assistono le parti durante questo procedimento, ed è finalizzata alla tutela dei bisogni principali rispetto a quelli meramente patrimoniali, magari durante un divorzio. La caratteristica particolare di questa metodologia è che gli avvocati specializzati che seguiranno le parti, in caso di insuccesso e di conseguente giudizio, non potranno poi assistere i propri clienti.

- Gli Ombudsman⁹ : ispirato ai principi di indipendenza ed imparzialità prevede che vengano condotte indagini in privato, si ascoltino le parti senza per altro dover coinvolgere un avvocato. La decisione presa dall'Ombudsman di solito è accettata dalle parti e viene seguita. Questo metodo viene utilizzato fondamentalmente per le controversie riguardanti particolari organizzazioni quali banche, assicurazioni ed agenti immobiliari.

Come abbiamo potuto vedere, seppur brevemente, i metodi ADR utilizzati sono diversi, le norme di procedura civile in Inghilterra e Galles, incoraggiano il ricorso agli ADR e ad esclusione degli Ombudsman e dell'arbitrato (che sono istituti con legge del parlamento) i procedimenti stragiudiziali non sono disciplinati dalla legge.

Il codice di procedura civile regola la prassi e la procedura da seguire presso le sezioni civili della Court of Appeal, della High Court e delle County Courts, l'obiettivo principale è aiutare i tribunali a gestire le cause secondo giustizia in modo che le cause vengano gestite attivamente. Questo comporta che le parti coinvolte possano usufruire di una procedura alternativa per risolvere la controversia qualora il giudice lo reputi opportuno e ne agevoli l'impiego.

Il giudice è tenuto a considerare gli eventuali tentativi effettuati, prima e durante il procedimento, per cercare di risolvere la controversia e se la parte vittoriosa ha in precedenza rifiutato una ragionevole offerta di mediazione, il giudice potrebbe decidere che la parte soccombente non debba essere obbligata al pagamento delle spese della suddetta parte vittoriosa, così come è stato previsto in Italia, anche se da noi questo limite è stato messo solo in caso di coincidenza della sentenza con la proposta di accordo.



⁹ Il Legislatore, a partire dal 2000, è intervenuto sostituendo gli ombudsmen privati con un unico soggetto: il Financial Ombudsmen Service, attraverso il Financial Services and Markets Act.

Mediazione Oggi

3) Spagna

In Spagna i principali metodi adr utilizzati sono;

- L'arbitrato: procedimento eterocompositivo di soluzione dei conflitti, per lo più utilizzato in forza di una clausola compromissoria.

- La mediazione: le parti in presenza di un terzo estraneo ed imparziale cercano di trovare una soluzione alla controversia. Per lo più utilizzato in campo privato, la mediazione nell'ultimo decennio, in Spagna ha rilevato un incremento notevole nel settore del lavoro, familiare¹⁰, scolastico, penale e amministrativo. In considerazione di questo successo il legislatore è intervenuto per configurare questo istituto, dettare le regole su chi può essere mediatore e rendere esecutive le soluzioni raggiunte.

- La conciliazione: negli ultimi anni la legislazione spagnola ha dettato una forte linea di demarcazione tra mediazione e conciliazione. Nella conciliazione il terzo imparziale fondamentale non interviene nel processo di autocomposizione della controversia, non impone né tanto meno prende decisioni, sono le parti a trovare l'accordo. Di maggior rilievo è la regolamentazione prevista nella legge di procedura civile.

Fondamentalmente un po' per il naturale successo di queste metodologie, un po' sulla spinta della direttiva CE, nel corso del 2010 si è avuto un maggiore impulso legislativo per la regolamentazione dell'utilizzo dei metodi ADR.

In particolare per la mediazione, il progetto spagnolo presenta alcuni punti comuni¹¹ con il nostro D.lgs. 28/2010 soprattutto in tema di riservatezza, imparzialità ed esecutività dell'accordo, la divergenza forse di maggior rilievo, con la legge spagnola, è nella non previsione della proposta, al contrario di quella italiana; sostanzialmente la figura del mediatore in questa nazione resta una libera scelta delle parti quale mero coadiuvatore delle stesse.

4 Germania

Forse fino ad oggi questo Paese sembra quello meno sensibile all'utilizzo delle ADR, anche se non per questo non si può ritenere comunque favorevole.

In Germania sono utilizzati per lo più :

- L'arbitrato: che costituisce una via legale concordata dalle parti, ove la controversia viene risolta dalle persone a cui vengono delegati i poteri sullo specifico caso in questione.

L'effetto della decisione presa dall'arbitro viene presa in via alternativa a quella statale e produce effetti giuridici definitivi.

- La conciliazione: che prevede il raggiungimento di un accordo tra le parti grazie alla proposta di un conciliatore, il quale avrà quindi il compito di

riaprire il dialogo tra le parti e di trovare una soluzione soddisfacente per entrambe.

-La mediazione: invece contempla, la presenza di un terzo che agevoli la comunicazione tra le parti, che dia sostegno e le porti al raggiungimento di un accordo, ma a differenza degli altri due metodi non ha alcun potere decisionale e non propone direttamente soluzioni.

Il ricorso alla mediazione ad oggi in Germania era effettuato principalmente in tema di diritto di famiglia, diritto di successione e commerciale.

La legislazione, infatti, aveva dato rilievo principalmente a queste materie, ad esempio :

- l'art. 52 FGG per l'intermediazione in caso di conflitti concernenti il diritto di visita ai figli;

- l'art. 86 comma 1 della legge sulla volontaria giurisdizione Gesetz über die Angelegen-

¹⁰ Vedasi a supporto: <http://www.mondoadr.it>

¹¹ Vedasi anche l'articolo pubblicato su: <http://blogconciliazione.com/2010/05/italia-e-spagna-2-mediazioni-a-confronto>



È vero che la mediazione rappresenta un metodo alternativo di risoluzione delle controversie, ma è anche l'unico metodo oggi previsto in Italia che può offrire al cittadino la possibilità di avere giustizia in breve tempo e con bassi costi ed è soprattutto l'unico che consente, una volta trovato "l'accordo", di mantenere il rapporto e di crearne magari dei nuovi, più solidi e duraturi...

heiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, FGG. In tema di divisioni ereditarie;

- l'art. 278-279 del codice di procedura civile ZPO¹² in cui è previsto che il tribunale, in ogni fase del procedimento deve tendere ad una composizione amichevole della controversia.

A gennaio 2011 è stato vagliato il disegno di legge sulla mediazione in attuazione alla direttiva CE che segna una svolta importante per la Germania.

A mio parere sono rilevanti le dichiarazioni ufficiali dell'ufficio stampa ministeriale che sanciscono: "la Giustizia si baserà in futuro di più sulla auto-responsabilità degli individui. Essa apparirà sempre più spesso con una bilancia fra le mani e sempre meno con la spada"¹³, il che evidenzia la volontà di dare maggior spazio alla mediazione e consolida il riconoscimento della sua efficacia.

Dalla breve analisi di alcuni dei principali Paesi della Comunità Europea si evince come il ricorso ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie rappresentino un efficace metodo per risollevare il sistema giudiziario.

In particolare la mediazione può facilitare la risoluzione delle controversie con notevoli risparmi di tempo e di costi, permettendo ai cittadini di tutelare i loro diritti in maniera efficace.

Il recepimento della Direttiva consente di migliorare la formazione e la qualità della mediazione, aiuta la giustizia ordinaria per risolvere il crescente problema delle disfunzioni, migliorando la competitività e la credibilità delle istituzioni.

Grazie alla riservatezza è garantita la tutela delle parti; la possibilità di poter avviare comunque un processo ordinario, rasserena le parti che sentono maggiormente preservati i loro diritti; l'esecutività dell'accordo raggiunto rafforza la capacità di risollevare l'intero sistema giuridico.

La mediazione è un'opportunità per tutti e, pertanto, ognuno di noi deve sentirsi obbliga-



¹² Nel 2001 per unificare le prassi diversificate che si erano diffuse in Germania in materia di conciliazione, è stata introdotta una nuova udienza di conciliazione obbligatoria prevista dall'art. 278 della Zivilprozessordnung, ZPO, sulla cui base il giudice, se non riesce a conciliare la causa, deve avviare immediatamente l'udienza di trattazione (come sancisce l'art. 279 della Zivilprozessordnung, ZPO). È stato rilevato che (PIEKENBROCK (2006 p. 470), la promozione della conciliazione in limine litis ha di fatto comportato lo sdoppiamento della fase introduttiva del giudizio.

Rif. C. Giorgantonio – Le riforme del processo civile italiano – quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia – settembre 2009 n.66

¹³ www.pintobc.de/sites/default/files/disegno_legge_mediazione.pdf



GLI STRUMENTI DI CONCILIAZIONE NEGLI ANNI DELLA CRISI ECONOMICA

di Claudio Quintano

In questi ultimi decenni, la crescente complessità e instabilità dei mercati ha provocato una consistente perdita di competitività del nostro Paese negli scenari internazionali. La gestione della complessità, in particolare, richiede sempre più, in ogni campo, ma soprattutto in quello dell'assunzione delle decisioni, il ricorso ad un approccio pluri-disciplinare.

Ne sono un esempio gli ambiti economico, politico, aziendale e sociale. In Italia, in particolare, dove gli effetti della crisi economica sono stati avvertiti in misura sensibilmente più consistente, anche in considerazione dell'instabilità della situazione politica e sociale, è emerso in modo estremamente evidente il problema della perdita di competitività a livello nazionale e internazionale. Ciò si estrinseca in un rallentamento della crescita dell'economia rispetto al passato, ma anche nel confronto attuale con gli altri Paesi europei. Tale riduzione nella crescita, misurabile in termini di prodotto interno lordo, deriva, secondo l'opinione della maggioranza degli esperti, da una scarsa produttività totale dei fattori produttivi, non tanto, però, imputabile a capitale umano e fisico, quanto soprattutto alla tecnologia e alle capacità organizzative e imprenditoriali, le cui carenze sarebbero dovute proprio alle difficoltà di azione in un mercato estremamente instabile, in cui ciò che più di ogni altra cosa sembra incidere negativamente è l'assenza di certezza nell'applicazione delle regole, a causa dei tempi della giustizia assolutamente inadeguati alla rapidità dei cambiamenti e alla complessità dell'economia internazionale.

Pertanto, negli ultimi anni, molti studiosi hanno concentrato la loro attenzione sul problema della giusti-

zia civile, mutando paradigmi e concetti propri della teoria della regolazione e sottolineando proprio gli effetti che l'inefficienza della giustizia civile producono sul sistema economico di un Paese.

L'incertezza nel rispetto delle regole penalizza le imprese, sia quelle di grandi dimensioni, ma soprattutto quelle piccole e piccolissime, di cui è pieno il sistema produttivo italiano, in quanto operare in contesti normativi incerti produce un aumento del numero di variabili che agiscono in modo negativo sull'efficienza totale dei fattori produttivi, ma penalizza anche i singoli individui, cui risulta spesso impossibile vedere affermati fino in fondo i propri diritti civili in tempi accettabili.

Inoltre, l'eccessiva durata dei procedimenti giudiziari produce distorsioni nell'allocazione delle risorse a vantaggio dei più furbi, ponendo in serio pericolo il law enforcement, principio su cui dovrebbe basarsi un'economia di mercato come la nostra. Sia i singoli individui che le imprese, infatti, risultano stimolati a sfruttare a proprio vantaggio questa situazione per tentare di accrescere i propri profitti. Coloro che si trovano ad entrare in un nuovo mercato, per esempio, faticano ad acquisire una reputazione e, risultando meno affidabili di quelli già presenti da anni e che non hanno nel lungo tempo maturato alcun tipo di ammenda e condanna, finiscono per scontare una sorta di barriera all'entrata. Inoltre, diversi studi hanno dimostrato come



l'eccesso di regolazione amministrativa induca effetti distorsivi sui mercati in quanto deprime l'efficiente allocazione delle risorse da parte dell'impresa. Pertanto, la necessità di tutelare gli operatori del mercato per favorire una ripresa nella crescita economica e nella competitività richiede con urgenza misure atte a favorire la riduzione della durata dei procedimenti, del differenziale dei tassi di interesse e dei costi processuali.

Infatti, un'impresa che voglia avviare un procedimento giudiziario, spesso risulta estremamente scoraggiata nel portare avanti la sua iniziativa, oltre che per la lunghezza dei tempi e l'incertezza insita nel procedimento, anche per l'entità dei costi che necessariamente si trova ad affrontare e che rientrano nelle seguenti tipologie di spese:

- a) Spese amministrative per gli atti amministrativi e giudiziari, che comprendono gli oneri di accesso e ogni altro diritto connesso con la procedura amministrativa della causa civile
- b) Diritti e onerari dei difensori legali, del ricorrente e del convenuto, ovvero gli onorari di avvocato e procuratore e le spese non documentate connesse al lavoro del difensore
- c) Costo-opportunità, per il mancato profitto derivante dall'impiego delle risorse oggetto del contendere in giudizio.



Mediazione Oggi



d) Danno eventualmente subito dal ricorrente per durata irragionevole del procedimento giudiziario.

Tutto ciò ha stimolato come risposta lo sviluppo di formule contrattuali di giustizia privata, quali la conciliazione, gli arbitrati e l'apposizione di specifiche clausole contrattuali. Tali strumenti possono avere natura puramente privata oppure possono fare capo a iniziative pubbliche, nel senso di essere promosse o controllate da enti pubblici. Diffusisi negli ultimi 15 anni in tutti i maggiori Paesi europei, in Italia è stato loro conferito il riconoscimento giuridico con la Legge n. 580/93, che attribuisce alla Camere di Commercio la facoltà di istituire le Commissioni arbitrali e conciliative, organismi deputati alla risoluzione delle liti attraverso l'accordo tra le parti. Successivamente, con la Legge n. 192/98 è stato anche previsto, nell'ambito dei contratti di subfornitura nelle attività produttive, il tentativo di conciliazione come obbligo delle parti rispetto al ricorso alla magistratura ordinaria e, infine, nello stesso anno, con la Legge n. 281, sono stati disciplinati in merito i diritti dei consumatori e degli utenti. Gli strumenti extra-giudiziali sono volti ad alleggerire la giustizia ordinaria e dagli oneri ad essa connessi, trattandosi di un servizio che viene fornito in tempi, costi e garanzie di efficacia assolutamente concorrenziali. Nonostante tali vantaggi, però, essi risultano ancora poco diffusi e scarsamente applicati, pur essendo forte crescita, probabilmente in quanto scarsamente pubblicizzati e per la mancanza di informazioni sulla loro applicabilità. Peraltro, a causa della loro recente introduzione, sussiste ancora nei loro confronti una certa diffidenza ad affidarsi ad essi, dovuta anche ad una radicata cultura assolutista ed istituzionale associata al concetto di giustizia. Per misurare l'entità della diffusione che questi strumenti potenzialmente potrebbero avere, tra l'altro, non basta fare riferimento alla domanda di giustizia già espressa, bensì occorre aggiungere ad essa anche una stima di quella inespressa o latente, che attiene a quanti, pur essendo in condizioni di poterlo fare, non ricorrono allo strumento giudiziario a causa del modesto valore del contendere e della eccessiva lunghezza dei tempi e dei costi che un procedimento civile di cognizione e di esecuzione comporta.

Le principali forme in cui si estrinsecano gli strumenti extra-giudiziali sono le seguenti:

Conciliazione: con cui si cerca di sistemare in via conciliativa o transattiva una controversia, intendendo per transattiva una soluzione che viene ricercata con l'intervento di un mediatore, un soggetto terzo neutrale che chiarisce alle parti i punti di contrasto e prospetta i rischi di una lite in sede giudiziaria, proponendo una soluzione di compromesso accettabile per i contendenti. In caso di accettazione del compromesso, esso assume efficacia contrattuale.

Arbitrato: affida la decisione della controversia a giudici privati, detti arbitri. Ancora scarsamente diffuso in Italia, utilizzato da una fascia medio alta di rapporti economici e commerciali, caratterizzati da una ancora rara capacità di autoregolazione, talvolta esercitata in autonomia, sebbene potenzialmente tutte le controversie possono essere sottoposte a un arbitro, tranne quelle riguardanti lo stato delle persone, come ad esempio la separazione tra coniugi e il divorzio. Alla forma di arbitrato più comune, definita rituale, nella quale la decisione assunta dall'arbitro assume la funzione di sentenza vincolante le parti ed avente immediatamente titolo esecutivo, in Italia si affianca quella dell'arbitro irrituale, la cui decisione assume invece il valore di un contratto tra le parti.

Arbitraggio: col quale l'arbitratore determina il contenuto di un elemento contrattuale per mandato congiunto delle parti. Utile pertanto nel caso in cui le parti non abbiano previsto un elemento del contratto in essere tra loro e possono demandarne la determinazione da parte di un terzo soggetto.

Perizia convenzionale: con cui, per mandato congiunto delle parti, le constatazioni o gli accertamenti sono affidati ad un perito o esperto designato. Utile soprattutto quando le parti non conoscono a fondo i rispettivi oneri e diritti e cercano una soluzione amichevole.

On-line dispute resolution: comprende un insieme di metodi di risoluzione di controversie sviluppato su web, senza la presenza di un terzo neutrale, essendo le parti poste in comunicazione direttamente dal software. Si tratta di un sistema "cieco", nel senso che le parti non possono vedere, fino alla fine, l'ammontare dell'offerta inviata on line all'altra parte e quindi annulla la paura delle parti, reciproca, di scoprire le proprie carte ed apparire troppo debole all'altra parte.

Enormi, dunque, sono le potenzialità che questi strumenti presentano come risposta efficace alle pressanti richieste di uno snellimento del pesante apparato della giustizia civile italiana, al fine di riconquistare competitività negli scenari internazionali. Attraverso gli stessi, infatti, la cui utilità si presenta proprio nella disputa delle questioni più frequenti, e cioè quelle di modesto valore, il ricorrente può senz'altro contare su tempi ragionevoli e assolutamente brevi, che ad esempio nel caso dell'arbitrato raramente superano i 3 mesi e su costi chiari e dall'importo definibile con certezza a priori, grazie ai tempi di risposta brevi, alla mancanza dell'obbligo di farsi assistere da un difensore legale, salvo in casi particolari, e dai costi predefiniti per gli onorari e i diritti di segreteria. Infine, il valore esecutivo della decisione finale fornisce alle parti una pronta realizzazione della decisione assunta dall'arbitro.



Bibliografia

- *Gilardi, Gian Franco, Conciliazione delle liti: un efficace antidoto contro una giustizia dai troppi processi, in "Guida al Diritto", 1995, 30,*
- *Ghirga, Maria Francesca, Conciliazione e mediazione alla luce della proposta di direttiva europea, in "Rivista di diritto processuale", 2006,*
- *ISTAT, Ritardi della giustizia civile e ricadute sul sistema economico, Quaderni MIPA, 2006*

Le Alternative Dispute Resolutions: stato dell'arte e prospettive future della mediazione

di Gennaro ferrara



La mediazione consiste nell'attività, svolta da un terzo imparziale, finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa (art. 1 D. Lgs. 28/2010).

Per le sue caratteristiche, la mediazione si colloca in una posizione intermedia rispetto ad altre forme di risoluzione alternativa delle controversie (Alternative Dispute Resolutions – A.D.R.), quali la transazione e l'arbitrato.

La prima, disciplinata dall'art. 1965 del Codice Civile, è un contratto mediante il quale le parti pongono fine ad una lite, facendosi reciproche concessioni. Così intesa, la principale differenza con la mediazione è data dalla presenza, in quest'ultima forma di A.D.R., di un terzo soggetto, il mediatore, che svolge un ruolo attivo nella risoluzione della controversia.

La disciplina dell'arbitrato è contenuta

nel Libro IV, Titolo VIII, artt. 806-840 del Codice di Procedura Civile. Quest'ultimo si presenta come un processo alternativo alla giustizia statale, in quanto è organizzato e gestito in proprio dall'organo arbitrale con garanzia di contraddittorio, indipendenza e terzietà.

Nell'arbitrato, infatti, le parti nominano un giudice privato (arbitro unico o collegio arbitrale), demandandogli di istruire la vertenza e di accertare i fatti ed i diritti, e conferendogli il potere di decidere in merito alla lite.

La principale differenza rispetto alla mediazione, quindi, riguarda il ruolo svolto dal terzo soggetto nell'ambito del processo di risoluzione della controversia. L'arbitro, infatti, ha il compito di decidere la controversia emettendo un "lodo", che ha la medesima efficacia della sentenza dell'autorità giudiziaria (art. 824 bis c.p.c.) e, in quanto tale, potrà essere impugnato dalle parti. In tal senso, l'arbitro svolge la medesima funzione del giudice, mettendo fine alla lite con una decisione d'autorità che viene imposta ed obbliga le parti.

La funzione del mediatore, invece, è esclusivamente di supportare le parti nel raggiungimento di un accordo amichevole, ovvero di formulare una proposta di conciliazione per la risoluzione della controversia (art. 11 D. Lgs. 28/2010), senza tuttavia essere dotato di poteri decisionali. Di conseguenza, nella mediazione la soluzione della lite non è rimessa al terzo soggetto, ma si perfeziona con l'incontro della volontà delle parti dinanzi allo stesso. In tal senso ed in termini economico-aziendali, la mediazione rappresenta lo strumento per condurre le parti all'individuazione di un "punto di equilibrio" fra le istanze rispettive, la cui concretizzazione, che trova forma nella conciliazione, pone fine alla lite.

L'accordo a cui le due parti possono addivenire attraverso la mediazione



¹ Occorre precisare che l'obbligatorietà per le controversie in materia di condominio e risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti è stata differita al 20 marzo 2012.



potrebbe essere interpretato anche come condizione di ottimo paretiano, ossia come situazione di equilibrio in cui qualsiasi altro accordo comporterebbe un aumento di utilità soltanto per una parte, a discapito dunque dell'altra. Nell'arbitrato, invece, così come nel processo dinanzi all'autorità giudiziaria, la decisione è presa da un soggetto estraneo alla controversia. Ciò comporta la difficoltà e, talvolta, l'impossibilità di raggiungere un "punto di equilibrio" che soddisfi le istanze di tutte le parti.

La decisione di conciliarsi o meno è, come anticipato, una scelta volontaria delle parti coinvolte, ciascuna delle quali potrà decidere, in caso di mancato accordo, di proseguire in Tribunale¹. Diversamente, nel caso in cui le parti raggiungano l'accordo, ovvero aderiscano alla proposta di conciliazione, il mediatore dovrà redigere apposito verbale che, una volta omologato con decreto del presidente del Tribunale, costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale (art. 12 D. Lgs. 28/2010).

Ulteriori differenze tra l'arbitrato e la mediazione riguardano la durata e le spese del procedimento. Con riferimento al primo punto, nell'arbitrato il lodo deve essere pronunciato nel termine di 240 giorni dall'accettazione della nomina, salvo che le parti non abbiano fissato un termine diverso (art. 820 c.p.c.). Il tentativo di mediazione civile ha, invece, una durata inferiore, non potendo per legge superare i 4 mesi (art. 6 D. Lgs. 28/2010).

Riguardo al secondo punto, gli onorari dell'arbitrato sono mediamente abbastanza elevati, soprattutto se ci si affida ad arbitri esperti ed autorevoli; quelli della mediazione sono, invece, più contenuti e stabiliti con Decreto Ministeriale n. 180 del 18 ottobre 2010.

A seguito dell'emanazione del Decreto Legislativo n. 28 del 4 marzo 2010, il ricorso alla mediazione è divenuto obbligatorio per le controversie aventi ad oggetto specifiche materie elencate all'art. 5 della disposizione citata, ossia: il condominio, i diritti reali, la divisione, le successioni ereditarie, i patti di famiglia, la locazione, il comodato, l'affitto di aziende, il risarcimento del danno



derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, i contratti assicurativi, bancari e finanziari. Ciò significa che a partire dal 21 marzo 2011, per le suddette liti le parti devono obbligatoriamente ricorrere alla mediazione prima di procedere in tribunale. Diversamente, prima dell'emanazione del D. Lgs. 28/2010 la decisione di ricorrere alla mediazione per la risoluzione di una controversia era lasciata alla volontà delle parti, ovvero poteva essere consigliata dall'autorità giudiziaria cui le stesse si erano rivolte. Nelle pagine che seguono si riportano alcuni dati sull'utilizzo della mediazione nel contesto nazionale ed internazionale, al fine di comprendere se e in che misura i cittadini italiani, così come quelli residenti in altri Stati, hanno fatto volontariamente ricorso ad una simile forma di Alternative Dispute Resolution.

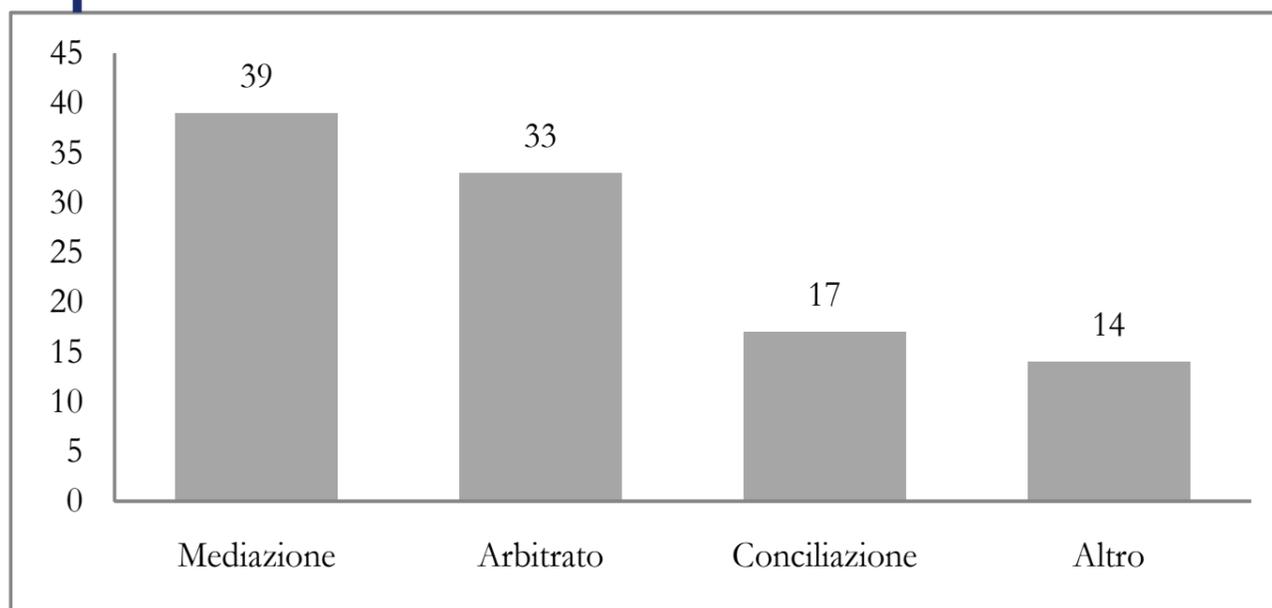
2 .LA MEDIAZIONE NEL CONTESTO NAZIONALE ED IN QUELLO INTERNAZIONALE

La Tabella 1 riporta le principali forme di A.D.R. usate nei Paesi europei. Al riguardo, occorre sottolineare un diverso significato attribuito in Italia alla mediazione ed alla conciliazione, rispetto ad altri paesi europei. In molti Stati, la conciliazione viene intesa come una forma di risoluzione alternativa delle controversie in cui il conciliatore, seppur non dotato di potere decisionale, svolge un ruolo attivo nella risoluzione della lite, formulando alle parti una proposta di accordo. La mediazione, invece, è intesa come l'attività svolta da un terzo imparziale consistente nel fornire esclusivamente assistenza a due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione della controversia. In tal senso, al conciliatore è riconosciuta una funzione più attiva rispetto al mediatore.

In Italia, diversamente, la mediazione e la conciliazione rappresentano un'unica forma di Alternative Dispute Resolution. In particolare, il legislatore all'art. 1 del D. Lgs. 28/2010 ha definito la mediazione come "l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia (mediazione compositiva), sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa (mediazione propositiva)", e la conciliazione come "la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione". Di conseguenza, il legislatore ha inteso la conciliazione come l'accordo della mediazione, mentre quest'ultima rappresenta il processo di risoluzione della controversia.

Ciò premesso, la tabella che segue mostra come la principale forma di risoluzione delle controversie usata dai Paesi europei nel 2008 è stata proprio la mediazione (impiegata in 39 Paesi), cui segue l'arbitrato (vi hanno fatto ricorso 33 Paesi) e la conciliazione (usata in soli 17 Paesi). Gli Stati che hanno fatto ricorso a tutte e tre le forme di risoluzione alternativa delle controversie sono 22 e, tra questi, è presente anche l'Italia.

Tabella 1 – Diverse forme di A.D.R. usate nei Paesi europei nel 2008



Fonte: Rapporto Cepej 2010.

Passando all'approfondimento della sola mediazione, la tabella che segue mostra le controversie per la cui risoluzione è stata maggiormente usata questa forma di A.D.R. nel 2008.

Come si evince dalla tabella, la maggior parte dei Paesi indagati ha utilizzato la mediazione per risolvere controversie aventi ad oggetto problematiche di diritto civile, commerciale, di famiglia e del lavoro. I sistemi giudiziari che hanno risolto le cause di diritto amministrativo attraverso la mediazione, invece, sono stati soltanto 13. Inoltre, sempre la tabella 2 mostra che in media ogni Paese ha adoperato la mediazione per risolvere liti riguardanti 4 diverse problematiche di diritto.

Tabella 2 – Tipi di controversie risolte con la mediazione nel 2008

Paese	Civile e commerciale	Famiglia	Lavoro	Amministrativo	Penale	Totale paese
Andorra		X	X			2
Austria	X	X	X	X	X	5
Belgio	X	X	X		X	4
Bosnia e Erz.	X	X	X			3
Bulgaria	X	X	X	X		4
Croazia	X	X	X		X	4
Rep. Ceca	X	X	X	X	X	5
Danimarca	X	X	X	X		4
Finlandia	X	X	X		X	4
Francia	X	X	X	X	X	5
Grecia	X	X				2
Ungheria	X	X	X		X	4
Islanda	X	X	X	X	X	5
Irlanda	X	X			X	3
Italia	X	X	X		X	4
Latvia	X	X	X		X	4
Lituania	X	X	X			3
Lussemburgo	X	X	X		X	4
Malta	X	X				2
Moldova					X	1
Monaco	X	X	X			3
Montenegro	X	X			X	3
Olanda	X	X	X	X		4
Norvegia	X	X	X			3
Polonia	X	X	X	X	X	5
Portogallo	X	X	X	X	X	5
Romania	X	X	X		X	4
Russia	X	X	X		X	4
Slovacchia	X	X	X			3
Slovenia	X	X	X	X	X	5
Spagna	X	X	X			3
Svezia	X	X	X		X	4
Svizzera	X	X	X		X	4
Macedonia	X	X	X		X	4
Turchia	X		X	X	X	4
Inghilterra	X	X	X			3
Nord Irlanda	X	X		X		3
Seoia	X	X	X	X		4
Totale	36	36	32	13	23	Media: 4

La Tabella 3 mostra il numero di mediazioni attuate nel 2008 per ogni Paese. Le caselle evidenziate in grigio indicano che per quel determinato Paese la mediazione non è stata per niente usata per risolvere quella specifica tipologia di controversia, in linea con quanto evidenziato nella tabella precedente. Le caselle vuote, diversamente, sono tali in quanto lo Stato di riferimento non ha fornito alcuna informazione in merito.

Tabella 3 – Numero di mediazioni svolte nel 2008

Paese	N. mediazioni	Dicui					N. mediazioni	N. medio di casi per mediatore
		Civile	Famiglia	Amministrativo	Lavoro	Penale		
Bosnia e Erz.	82	75	0		7		53	1,55
Bulgaria	173	45	77	15	34	2	720	0,24
Rep. Ceca						25465	188	
Francia			4857	65530		24449		
Irlanda	1511		1500			11	25	60,44
Latvia						1140		
Lussemburgo	2	1	1			0	48	0,04
Malta	1433	4	1429				50	28,66
Moldova	92					92	56	1,64
Montenegro	433	13	356			64	73	5,93
Olanda	3396		2500	635	48		4296	0,49
Norvegia		2099						
Polonia	5263	1455	473	36	109	3190		
Portogallo		5925	80			95	148	
Slovenia		5296						
Svizzera	264	62	33	3	36	130	106	2,49
Macedonia	54	39	10		5	0	98	0,55

Fonte: Rapporto Cepej 2010.

Come si evince dalla tabella, il sistema giudiziario che ha fatto più intensamente ricorso alla mediazioni nel 2008 è quello francese (sommando i soli dati disponibili si arriva a quasi 95.000 mediazioni), cui segue il Portogallo (più di 6.000 mediazioni), la Slovenia (5.296 solo per le liti di civile) e la Polonia (5.263). Con riferimento alla quantità di mediatori operanti in ogni Paese, il maggior numero è presente in Olanda (4.296).

La tabella non riporta i dati per l'Italia, in quanto quest'ultima non ha fornito risposte al questionario divulgato dalla Cepej. Tuttavia, alcune informazioni sono contenute nel rapporto di Unioncamere riguardante il numero di mediazioni condotte dalle sole Camere di Commercio. Da tale documento si evince un crescente ricorso alla mediazione negli anni. In particolare, si è passati da un numero di 485 mediazioni gestite dalle Camere di Commercio nel 1999 ad un valore di 20.246 nel 2008 per poi minimamente ridursi nel 2009 e nel I semestre del 2010. Tale diminuzione nel numero di mediazioni è giustificata dalla costituzione, in diverse regioni e durante il 2009, dei CORECOM (comitati regionali dell'Autorità per le comunicazioni) i quali, gestendo le mediazioni in materia di telefonia, hanno sottratto parte del contenzioso alle Camere di Commercio. Per queste ultime, infatti, quasi l'80% delle mediazioni gestite riguarda controversie avvenute nel settore delle telecomunicazioni.

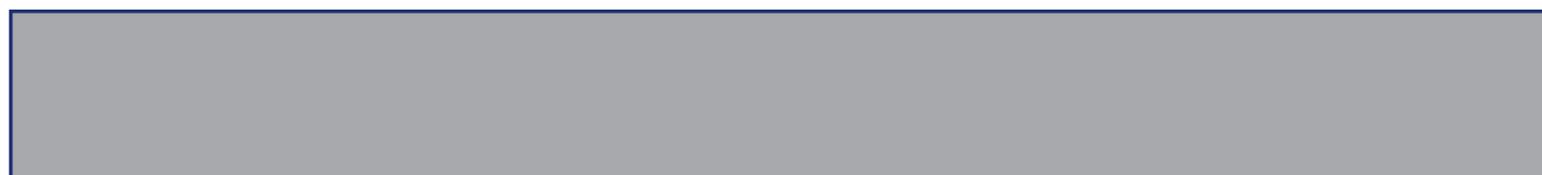
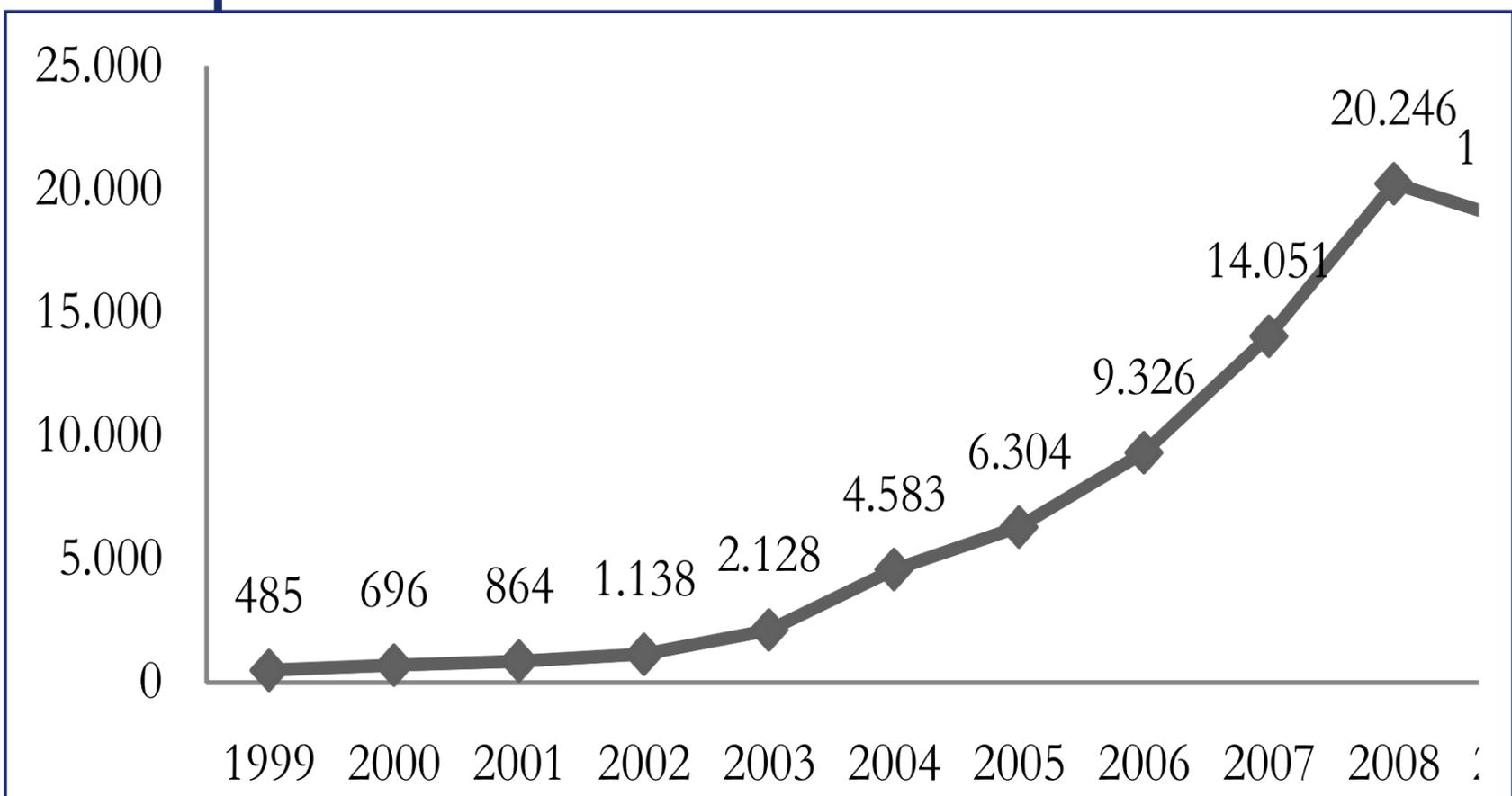




Tabella 4 – Il numero di mediazioni gestite dalle Camere di Commercio



Fonte: Rapporto Unioncamere 2009 e 2010.



Mediazione Oggi

Dall'analisi del grafico precedente, l'Italia sembrerebbe collocarsi fra i Paesi che fanno maggiormente uso della mediazione. Con specifico riferimento all'anno 2008, il grafico evidenzia un numero di mediazioni gestite dalle sole Camere di Commercio pari a 20.246. Unendo tali dati con quelli elaborati nel rapporto Cepej (tab. 3), l'Italia sembrerebbe essere il secondo Paese, dopo la Francia, nel ricorso alla mediazione. Tuttavia, l'uso del condizionale è d'obbligo in quanto, come si evince dall'analisi della tabella 3, i dati presentati nel rapporto Cepej sono parziali, da ciò consegue una difficoltà nel confrontare i risultati.



nonostante i potenziali vantaggi connessi all'uso di questo strumento, occorre rilevare che in Italia, a fronte di un aumento nel numero di mediazioni gestite dalle sole Camere di Commercio nel corso degli anni, la quantità di controversie definite mediante tale modalità di risoluzione alternativa è purtroppo ancora irrisoria rispetto al numero di procedimenti civili che percorrono le vie tradizionali e che risultano ancora pendenti. In particolare, nonostante dall'analisi congiunta dei dati del Cepej e di Unioncamere l'Italia sembri essere il secondo Paese europeo, dopo la Francia, per quanto riguarda il numero di mediazioni condotte, il ricorso volontario a tale strumento di risoluzione sembra non aver portato, ad oggi, significativi benefici al sistema giudiziario nel suo complesso: a fronte di un numero di mediazioni gestite nel 2008 dalle sole Camere di Commercio pari a 20.246, i processi civili pendenti nel no-

2 .CONCLUSIONI

La mediazione, così come l'arbitrato e la transazione, rappresenta una forma di risoluzione delle controversie alternativa al processo in Tribunale. In particolare, la stessa sembra essere la tipologia di A.D.R. più usata nei Paesi europei.

Il prevalente ricorso a tale forma di risoluzione delle liti in diversi Paesi potrebbe essere motivato dalla capacità della mediazione di agire sia dal lato della domanda sia da quello dell'offerta dei servizi giudiziari. La mediazione, infatti, riducendo l'intensità complessiva della domanda rivolta al sistema giudiziario sembra essere capace, almeno potenzialmente, di agevolare una gestione più razionale dell'offerta e, conseguentemente, una più agevole soddisfazione della domanda residua. Tuttavia, no-



È vero che la mediazione rappresenta un metodo alternativo di risoluzione delle controversie, ma è anche l'unico metodo oggi previsto in Italia che può offrire al cittadino la possibilità di avere giustizia in breve tempo e con bassi costi ed è soprattutto l'unico che consente, una volta trovato "l'accordo", di mantenere il rapporto e di crearne magari dei nuovi, più solidi e duraturi....

stro Paese sono ancora circa 5 milioni a fine 2010. Tale considerazione non lascia adito a dubbi sul fatto che la mediazione occupi ancora, e diremmo purtroppo, un posto marginale nell'ambito delle modalità di risoluzione delle controversie.

Nel contesto delineato, l'approvazione del D. Lgs. 28/2010 dovrebbe portare ad un incremento del numero di mediazioni, in quanto ha reso obbligatorio il ricorso a tale forma di A.D.R. nelle controversie aventi ad oggetto specifiche materie elencate all'art. 5 della disposizione citata. Tuttavia, si ritiene che, affinché questa forma di ADR produca i risultati auspicati, consentendo al sistema giudiziario di migliorare la qualità dei servizi offerti, il ricorso a tale forma di risoluzione delle liti dovrà consolidarsi e perché ciò accada l'istituto stesso dovrà essere recepito ed utilizzato in maniera adeguata da tutti i soggetti coinvolti nel processo di implementazione di tale innovazione. Solo in tal modo probabilmente la mediazione potrà condurre, in un arco temporale comunque medio-lungo, ad un effettivo miglioramento della performance complessiva del sistema giudiziario, riducendo la durata media dei procedimenti, moderandone il costo e garantendo l'accessibilità al servizio a tutte le fasce della popolazione.





ABF: la materia del contendere

di Serafina Pane

Con la Relazione Annuale sull'attività 2010 dell'Arbitro Bancario e Finanziario, la Banca d'Italia stila un bilancio complessivamente positivo, evidenziando che, a fronte dei 3.409 ricorsi presentati dall'avvio dell'operatività fino al 31 dicembre 2010, sono state adottate 1.788 decisioni.

I più inclini a ricorrere all'ABF sono senz'altro i consumatori ¹ (75,8%) territorialmente ubicati tra Nord e Centro (80%) mentre meno propense, in genere, sono le imprese e gli abitanti del Mezzogiorno ².

Ma approfondiamo meglio quali sono le materie del contendere ossia la tipologia di contratto o servizio cui attiene la controversia.

I ricorsi su conti correnti e mutui sono i più frequenti (rispettivamente il 21,6% e il 16% del totale); sono significative anche le quote dei ricorsi in materia di strumenti e servizi di pagamento (complessivamente il 21,2%) e di segnalazioni alla Centrale di allarme interbancaria e ai Sistemi di informazione creditizia (complessivamente l'8,8%).

RICORSI RICEVUTI PER OGGETTO DELLA CONTROVERSIA

(unità e valori percentuali)

Materia	Unità	Val. %
Finanziamenti		
Mutuo	547	16,0
Credito al consumo	163	4,8
Apertura di credito	80	2,3
Cessione del quinto	56	1,6
Leasing	27	0,8
Factoring	3	0,1
Sconto bancario	2	0,1
Raccolta		
Conto corrente	736	21,6
Deposito a risparmio	47	1,4
Deposito di titoli in amministrazione	38	1,1
Strumenti e servizi di pagamento		
Carte di credito	276	8,1
Bancomat e carte di debito	275	8,1
Assegno	113	3,3
Cambiale	27	0,8
Bonifico	24	0,7
Cambio di valute	5	0,1
Altri servizi di pagamento	3	0,1
Altri servizi		
Contratti bancari in genere	146	4,3
Servizio delle cassette di sicurezza	2	0,1
Segnalazioni		
Archivio CAI - Centrale di allarme interbancaria	40	1,2
Sistemi di informazioni creditizie (SIC)	260	7,6
Altro		
Totale	3.409	100,0

¹ Sono un esempio le raccomandazioni 98/257/CE e 01/310/CE, la raccomandazione n. 1/98/CE in materia di mediazione familiare, il Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale – Bruxelles 19/4/2002.

² L'art. 1 della Direttiva UE prevede: "Promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario".

1 .CONTI CORRENTI

Essendo il conto corrente un servizio bancario “di base” e più diffuso presso il pubblico, ovviamente i ricorsi più frequenti presentati all’ABF hanno riguardato tale rapporto (21,6% del totale dei ricorsi presentati).

La causa è da ricercarsi principalmente nella complessità delle condizioni e delle clausole contenute nei relativi contratti e, di conseguenza, nel rispetto degli obblighi di trasparenza e correttezza che caratterizzano le diverse fasi della relazione con la banca: pre-contrattuale, di instaurazione e di svolgimento del rapporto.

In materia di obblighi di trasparenza previsti dal TUB, l’ABF ha sancito alcuni principi cardine potenzialmente suscettibili di generale applicazione ai servizi bancari e finanziari.

Ad esempio, è stato chiarito che la forma scritta dei contratti bancari è uno strumento di tutela del contraente più debole, cioè del cliente, al quale soltanto è riservata la facoltà di invocare la nullità del contratto per mancanza di forma. Non richiede invece particolari formalità il recesso dal rapporto contrattuale che sia stato inequivocabilmente espresso dal cliente.

Circa il valore dei fogli informativi, è stato affermato che l’indicazione di oneri in tali documenti non è sufficiente a legittimare l’addebito, in difetto della prova che tali oneri siano stati effettivamente convenuti con il cliente in sede di contratto.

Sempre in tema di obblighi di trasparenza e correttezza, l’ABF si è espresso anche sul valore fondamentale dei documenti di sintesi affermando che è illegittimo, con relativo obbligo di restituzione, l’addebito al cliente di spese non previste nell’ultimo documento di sintesi trasmesso in quanto il documento costituisce la fonte più aggiornata degli impegni di natura economica che il cliente

ha nei confronti della banca.

In tema di estratto conto, è stato precisato³ che la mancata tempestiva contestazione dello stesso determina l’inopponibilità degli accrediti e degli addebiti solo sotto il profilo contabile, ma non sotto quelli della validità e dell’efficacia dei rapporti contrattuali dai quali derivano le partite inserite nel conto.

2 .MUTUI E FINANZIAMENTI

I ricorsi in materia di mutui (16% del totale) hanno riguardato sia la fase istruttoria sia quella di svolgimento del rapporto che quella dell’estinzione del finanziamento.

Per quanto attiene la fase pre-contrattuale, i Collegi hanno ritenuto innanzitutto sussistente la competenza dell’ABF interpretando le disposizioni in senso estensivo, alla luce dei consolidati orientamenti della dottrina e della giurisprudenza civile in tema di “contratto sociale”⁴.

In tema di obblighi di correttezza da osservare in tale fase delicata, l’ABF ha evidenziato il valore del “ragionevole affidamento”, da considerarsi esistente quando la banca, ad esempio, abbia comunicato la delibera positiva degli organi aziendali competenti ovvero abbia orientato successivi comportamenti del cliente facendogli intendere che in tal modo il credito sarebbe stato erogato. In questi casi, il successivo rifiuto di stipulare il mutuo è stato considerato un recesso dalle trattative ingiustificato e contrario a buona fede e, come tale, causa di danno risarcibile.

Ulteriore fonte di danno è dovuta dal protrarsi dell’istruttoria della pratica di mutuo. Esso viola non solo l’obbligo di buona fede stabilito dall’art. 1337 del codice civile, ma anche le prescrizioni della Banca d’Italia⁵.



⁵ Comunicazione del 22 ottobre 2007, “Gestione degli esposti: relazioni con la clientela”, pubblicata nel Bollettino di Vigilanza n. 10/2007.

³ L’art. 60 de In linea con un consolidato indirizzo della giurisprudenza civile, il correntista può sempre sollevare contestazioni in ordine alla validità e all’efficacia dei rapporti obbligatori dai quali derivano i suddetti addebiti ed accrediti dell’estratto conto.

⁴ La definizione di “cliente” contenuta nelle disposizioni sull’ABF del 18 giugno 2009 fa riferimento a colui che “ha o ha avuto un rapporto contrattuale con un intermediario avente ad oggetto la prestazione di servizi bancari e finanziari”: il regime civilistico della responsabilità “da contratto” si ritiene applicabile anche alle relazioni instaurate dai cittadini con operatori professionali che siano fonte di obbligazioni tra le parti, a prescindere dall’esistenza di un rapporto contrattuale (cfr. anche i chiarimenti applicativi del gennaio 2010, pubblicati sul sito web dell’ABF).

L'ABF ha anche avuto modo di precisare, in tema di mutui complessi, che le banche devono adottare formule contrattuali più chiare e comprensibili, specie nei contratti di mutuo "modulare", che prevedono inizialmente l'applicazione di un tasso fisso e successivamente una serie di opzioni che consentono al cliente, a scadenze prefissate, di richiedere l'applicazione di un tasso fisso o variabile, da calcolarsi secondo parametri indicati nel contratto. Per quanto riguarda lo svolgimento dei rapporti di mutuo, l'ABF ha affrontato questioni concernenti il corretto assolvimento, da parte delle banche, degli obblighi discendenti dal contratto di finanziamento: così, è stato affermato che il ritardo nell'erogazione della somma oggetto di un contratto di mutuo già stipulato comporta la responsabilità dell'intermediario e il risarcimento degli eventuali danni arrecati al cliente.

Per quanto riguarda la fase di estinzione del rapporto di finanziamento, l'ABF si è pronunciata sul tema attuale della portabilità dei finanziamenti e dei relativi costi, sancendo la facoltà del soggetto finanziato di sostituire il creditore quale diritto inderogabile del debitore⁶. È stato inoltre chiarito che la portabilità dei finanziamenti è sempre gratuita e non ammette l'addebito di nessun onere già dalla data di entrata di vigore del decreto legge n. 7/2007 (1° febbraio 2007) e quindi anche prima delle precisazioni contenute nelle successive leggi n. 244 del 24 dicembre 2007 e n. 2 del 28 gennaio 2009. Come principio generale, l'ABF ha stabilito che i comportamenti degli intermediari omissivi o dilatori o che comunque ostacolano il cliente nell'esercizio del diritto alla portabilità sono fonte di responsabilità, con l'obbligo di risarcire i danni procurati.

3 .SERVIZI E STRUMENTI A PAGAMENTO

Tra le questioni trattate dall'ABF, rivestono un ruolo importante le prime decisioni relative alle nuove regole europee per i servizi di pagamento⁷. Le pronunce su questi temi hanno un particolare valore perché contribuiscono a chiarire il nuovo quadro armonizzato dei diritti e degli obblighi dei prestatori e dei fruitori di questi servizi, con particolare riferimento ai casi di furto, smarrimento o utilizzo indebito degli strumenti di pagamento elettronici⁸. Una prima questione è quella del momento da cui decorre l'applicabilità delle nuove regole previste dalla direttiva PSD. L'ABF ha ritenuto applicabili tali regole già a partire dal 1° novembre 2009, data in cui è scaduto il termine di recepimento della direttiva, facendo leva sulla natura auto-esecutiva della stessa.

L'altra importante questione interpretativa affrontata attiene alla prova del dolo o della colpa grave del cliente, in presenza della quale viene meno la limitazione di responsabilità stabilita in favore dell'utilizzatore per i prelievi fraudolenti o non autorizzati. Sulla base dei principi generali del codice civile in tema di onere della prova, l'ABF ha ritenuto che, in caso di contestazione, sia la banca a dover provare il dolo o la colpa grave dell'utilizzatore. Con riferimento ai servizi di pagamento on line e al servizio di internet banking, è stato stabilito che la banca ha il dovere di adempiere l'obbligo di custodia dei patrimoni dei clienti con la diligenza professionale richiesta dall'art. 1176, comma 2, del codice civile, predisponendo misure di protezione idonee ad evitare l'accesso fraudolento di terzi ai depositi o a neutralizzarne gli effetti.



⁶ cfr. art. 120-quater del TUB

⁷ Direttiva 2007/64/CE, comunemente chiamata PSD (Payment Services Directive), recepita nel nostro ordinamento con il decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010, entrato in vigore il 1° marzo 2010.

⁸ Il decreto stabilisce gli obblighi sia del prestatore dei servizi di pagamento sia dell'utilizzatore (adozione di idonee misure di sicurezza, comunicazione tempestiva dell'evento). Quanto alla responsabilità, si prevede che in caso di utilizzi non autorizzati avvenuti prima della comunicazione del verificarsi di uno degli eventi sopra menzionati da parte dell'utilizzatore, quest'ultimo può sopportare una perdita limitata a 150 euro, salvi i casi di dolo o colpa grave o di mancata adozione di idonee misure di sicurezza nell'utilizzo dello strumento.

4 .ALTRE TEMATICHE

L'ABF si è trovato in più occasioni ad affrontare questioni attinenti alla legittimità delle segnalazioni ai SIC (Sistemi di informazione creditizia) da parte degli intermediari per una corretta valutazione del merito creditizio. In particolare, è stato affermato che le segnalazioni erronee di un nominativo in un SIC compromettono la sua reputazione creditizia, precludendogli o rendendo più oneroso l'accesso al credito.

Nei casi di specie, è stata riconosciuta la risarcibilità del danno patrimoniale, anche nella forma delle mancate occasioni di guadagno (cosiddetto danno da perdita di chance), nonché del danno non patrimoniale derivante dalla lesione della reputazione sia personale sia commerciale⁹.

In linea con i principi generali del codice civile e con gli orientamenti della giurisprudenza con riferimento al danno da perdita di chance, l'ABF ha chiarito che lo stesso può essere risarcito a condizione che si configuri come perdita di una concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene. Pertanto il cliente ha l'onere di provare, pur se in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, l'esistenza in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato che sono stati impediti dalla condotta dell'intermediario.

È stato inoltre stabilito che i danni non patrimoniali possono essere risarciti solo in presenza di specifiche previsioni di legge, ovvero – conformemente a consolidati indirizzi giurisprudenziali – nel caso in cui, nel contempo, l'interesse leso abbia rilevanza costituzionale, la lesione superi una soglia minima di tollerabilità e il danno non consista in meri disagi o fastidi.



⁹ L'ABF ha affermato che gli intermediari che segnalano ai SIC informazioni pregiudizievoli per i clienti devono comportarsi in modo compiutamente aderente alle prescrizioni del "Codice di deontologia e di buona condotta per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di crediti al consumo, affidabilità e puntualità nei pagamenti", emanato dal Garante della privacy il 16 novembre 2004. Il Codice prevede, all'art. 4, comma 7, che, al verificarsi di ritardi nei pagamenti, gli intermediari, anche unitamente all'invio di solleciti o di altra comunicazione, avvertano l'interessato circa l'imminente registrazione dei dati in uno o più SIC.

Circa le modalità di tale "preavviso di segnalazione", l'ABF ha affermato che la comunicazione deve essere effettuata in modo tale da garantire la certezza e l'effettività della ricezione da parte dell'interessato (ad esempio attraverso una lettera raccomandata con avviso di ricevimento). Ciò in base ai principi generali del codice civile in tema di "atti unilaterali recettizi" e di onere della prova.



Bibliografia

- Banca d'Italia 2011 "Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario"
- Sito Internet www.arbitrobancariofinanziario.it
- Direttiva 2007/64/CE
- Decreto Legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010
- Art. 125 del TUB così come modificato dal decreto legislativo n. 141/2010.
- Milano Finanza, Bankitalia: Abf; 3.409 ricorsi, 61% casi ha ragione cliente, 8.06.11
- Italia Oggi, Abf o mediazione? Si può scegliere, 27.06.11

Legge 18 giugno 2009, n. 69
Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile
(G.U. n. 140 del 19 giugno 2009)

Art. 60. Delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali

1. Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale.

2. La riforma adottata ai sensi del comma 1, nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria e in conformità ai principi e criteri direttivi di cui al comma 3, realizza il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti. I decreti legislativi previsti dal comma 1 sono adottati su proposta del Ministro della giustizia e successivamente trasmessi alle Camere, ai fini dell'espressione dei pareri da parte delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per le conseguenze di carattere finanziario, che sono resi entro il termine di trenta giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale i decreti sono emanati anche in mancanza dei pareri. Qualora detto termine venga a scadere nei trenta giorni antecedenti allo spirare del termine previsto dal comma 1 o successivamente, la scadenza di quest'ultimo è prorogata di sessanta giorni.

3. Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi:

a) prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia;

b) prevedere che la mediazione sia svolta da organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione;

c) disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e in ogni caso attraverso l'istituzione, presso il Ministero della giustizia, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, di un Registro degli organismi di conciliazione, di seguito denominato «Registro», vigilati dal medesimo Ministero, fermo restando il diritto delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura che hanno costituito organismi di conciliazione ai sensi dell'articolo 2 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, ad ottenere l'iscrizione di tali organismi nel medesimo Registro;

d) prevedere che i requisiti per l'iscrizione nel Registro e per la sua conservazione siano stabiliti con decreto del Ministro della giustizia;

e) prevedere la possibilità, per i consigli degli ordini degli avvocati, di istituire, presso i tribunali, organismi di conciliazione che, per il loro funzionamento, si avvalgono del personale degli stessi consigli;

f) prevedere che gli organismi di conciliazione istituiti presso i tribunali siano iscritti di diritto nel Registro;

g) prevedere, per le controversie in particolari materie, la facoltà di istituire organismi di conciliazione presso i consigli degli ordini professionali;

h) prevedere che gli organismi di conciliazione di cui alla lettera g) siano iscritti di diritto nel Registro;

i) prevedere che gli organismi di conciliazione iscritti nel Registro possano svolgere il servizio di mediazione anche attraverso procedure telematiche;

l) per le controversie in particolari materie, prevedere la facoltà del conciliatore di avvalersi di esperti, iscritti nell'albo dei consulenti e dei periti presso i tribunali, i cui compensi sono previsti dai decreti legislativi attuativi della delega di cui al comma 1 anche con riferimento a quelli stabiliti per le consulenze e per le perizie giudiziali;

m) prevedere che le indennità spettanti ai conciliatori, da porre a carico delle parti, siano stabilite, anche con atto regolamentare, in misura maggiore per il caso in cui sia stata raggiunta la conciliazione tra le parti;

n) prevedere il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della

possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione;

o) prevedere, a favore delle parti, forme di agevolazione di carattere fiscale, assicurando, al contempo, l'invarianza del gettito attraverso gli introiti derivanti al Ministero della giustizia, a decorrere dall'anno precedente l'introduzione della norma e successivamente con cadenza annuale, dal Fondo unico giustizia di cui all'articolo 2 del decreto-legge 16 settembre 2008, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 novembre 2008, n. 181;

p) prevedere, nei casi in cui il provvedimento che chiude il processo corrisponda interamente al contenuto dell'accordo proposto in sede di procedimento di conciliazione, che il giudice possa escludere la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato l'accordo successivamente alla proposta dello stesso, condannandolo altresì, e nella stessa misura, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente, salvo quanto previsto dagli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile, e, inoltre, che possa condannare il vincitore al pagamento di un'ulteriore somma a titolo di contributo unificato ai sensi dell'articolo 9 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115;

q) prevedere che il procedimento di conciliazione non possa avere una durata eccedente i quattro mesi;

r) prevedere, nel rispetto del codice deontologico, un regime di incompatibilità tale da garantire la neutralità, l'indipendenza e l'imparzialità del conciliatore nello svolgimento delle sue funzioni;

s) prevedere che il verbale di conciliazione abbia efficacia esecutiva per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e costituisca titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.



DIRETTIVE
DIRETTIVA 2008/52/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO E
DEL CONSIGLIO del 21 maggio 2008
relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale

IL PARLAMENTO EUROPEO E IL CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA,

Visto il trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare l'articolo 61, lettera c), e l'articolo 67, paragrafo 5, secondo trattino, vista la proposta della Commissione, visto il parere del Comitato economico e sociale europeo (1), (deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 251 del trattato (2), (considerando quanto segue:

(1) La Comunità si è prefissa l'obiettivo di mantenere e sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel quale sia garantita la libera circolazione delle persone. A tal fine, la Comunità deve adottare, tra l'altro, le misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile necessarie al corretto funzionamento del mercato interno.

(2) Il principio dell'accesso alla giustizia è fondamentale e, al fine di agevolare un miglior accesso alla giustizia, il Consiglio europeo nella riunione di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 ha invitato gli Stati membri ad istituire procedure extragiudiziali e alternative.

(3) Nel maggio 2000 il Consiglio ha adottato conclusioni sui metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, sancendo che l'istituzione di principi fondamentali in questo settore è un passo essenziale verso l'appropriato sviluppo e l'operatività dei procedimenti stragiudiziali per la composizione delle controversie in materia civile e commerciale così come per semplificare e migliorare l'accesso alla giustizia.

(4) Nell'aprile del 2002 la Commissione ha presentato un Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, prendendo in esame la situazione attuale circa i metodi alternativi di risoluzione delle controversie nell'Unione europea e intraprendendo consultazioni ad ampio raggio con gli Stati membri e le parti interessate sulle possibili misure per promuovere l'utilizzo della mediazione.

(5) L'obiettivo di garantire un migliore accesso alla giustizia, come parte della politica dell'Unione europea di istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dovrebbe comprendere l'accesso ai metodi giudiziali ed extragiudiziali di risoluzione delle controversie. La presente direttiva dovrebbe contribuire al corretto funzionamento del mercato interno, in particolare per quanto concerne la disponibilità dei servizi di mediazione.

(6) La mediazione può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti.

Gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti.

Tali benefici diventano anche più evidenti nelle situazioni che mostrano elementi di portata transfrontaliera.

(7) Al fine di promuovere ulteriormente l'utilizzo della mediazione e per garantire che le partiche vi ricorrono possano fare affidamento su un contesto giuridico certo è necessario introdurre un quadro normativo che affronti, in particolare, gli elementi chiave della procedura civile.

(8) Le disposizioni della presente direttiva dovrebbero applicarsi soltanto alla mediazione nelle controversie transfrontaliere, ma nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni.

(9) La presente direttiva non dovrebbe minimamente impedire l'utilizzazione di tecnologie moderne di comunicazione nei procedimenti di mediazione. IT 24.5.2008 Gazzetta ufficiale dell'Unione europea L 136/3)1) GU C 286 del 17.11.2005, pag. 1.)2) Parere del Parlamento europeo del 29 marzo 2007 (GU C 27 E del 31.1.2008, pag. 129), posizione comune del Consiglio del 28 febbraio 2008 (non ancora pubblicata nella Gazzetta ufficiale) e posizione del Parlamento europeo del 23 aprile 2008 (non ancora pubblicata nella Gazzetta ufficiale).

(10) La presente direttiva dovrebbe applicarsi ai procedimenti in cui due o più parti di una controversia transfrontaliera tentino esse stesse di raggiungere volontariamente una composizione amichevole della loro controversia con

l'assistenza di un mediatore. Essa dovrebbe applicarsi in materia civile e commerciale, ma non ai diritti e agli obblighi su cui le parti non hanno la facoltà di decidere da sole in base alla pertinente legge applicabile. Tali diritti e obblighi sono particolarmente frequenti in materia di diritto di famiglia e del lavoro.

(11) La presente direttiva non dovrebbe applicarsi alle trattative precontrattuali o ai procedimenti di natura arbitrale quali talune forme di conciliazione dinanzi ad un organo giurisdizionale, i reclami dei consumatori, l'arbitrato e la valutazione di periti o i procedimenti gestiti da persone od organismi che emettono una raccomandazione formale, sia essa legalmente vincolante o meno, per la risoluzione della controversia.

(12) La presente direttiva dovrebbe applicarsi ai casi in cui un organo giurisdizionale deferisce le parti a una mediazione o in cui il diritto nazionale prescrive la mediazione. La presente direttiva dovrebbe inoltre applicarsi, per quanto un giudice possa agire come Mediatore ai sensi della legislazione nazionale, alla mediazione condotta da un giudice che non sia responsabile di un procedimento giudiziario relativo alla questione o alle questioni oggetto della controversia.

Tuttavia, la presente direttiva non dovrebbe estendersi ai tentativi dell'organo giurisdizionale o del giudice chiamato a risolvere la controversia nel contesto del procedimento giudiziario concernente tale controversia, ovvero ai casi in cui l'organo giurisdizionale o il giudice adito richiedano l'assistenza o la consulenza di una persona competente.

(13) La mediazione di cui alla presente direttiva dovrebbe essere un procedimento di volontaria giurisdizione nel senso che le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento. Tuttavia, in virtù del diritto nazionale, l'organo giurisdizionale dovrebbe avere la possibilità di fissare un termine al processo di mediazione.

Inoltre, l'organo giurisdizionale dovrebbe, se del caso, poter richiamare l'attenzione delle parti sulla possibilità di mediazione.

(14) La presente direttiva dovrebbe inoltre fare salva la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto ad incentivi o sanzioni, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario. Del pari, la presente direttiva non dovrebbe pregiudicare gli attuali sistemi di mediazione autoregolatori nella misura in cui essi trattano aspetti non coperti dalla presente direttiva.



(15) Ai fini della certezza del diritto, la presente direttiva dovrebbe indicare la data pertinente per determinare se una controversia che le parti tentano di risolvere con la mediazione sia una controversia transfrontaliera o meno. In mancanza di un accordo scritto, si dovrebbe ritenere che le parti concordino di ricorrere alla mediazione nel momento in cui intraprendono un'azione specifica per avviare il procedimento di mediazione.

(16) Al fine di garantire la fiducia reciproca necessaria in relazione alla riservatezza, all'effetto sui termini di decadenza e prescrizione nonché al riconoscimento e all'esecuzione degli accordi risultanti dalla mediazione, gli Stati membri dovrebbero incoraggiare, in qualsiasi modo essi ritengano appropriato, la formazione dei mediatori e l'introduzione di efficaci meccanismi di controllo della qualità in merito alla fornitura dei servizi di mediazione.

(17) Gli Stati membri dovrebbero definire tali meccanismi, che possono includere il ricorso a soluzioni basate sul mercato, e non dovrebbero essere tenuti a fornire alcun finanziamento al riguardo. I meccanismi dovrebbero essere volti a preservare la flessibilità del procedimento di mediazione e l'autonomia delle parti e a garantire che la mediazione sia condotta in un modo efficace, imparziale e competente.

I mediatori dovrebbero essere a conoscenza dell'esistenza del codice europeo di condotta dei mediatori, che dovrebbe anche essere disponibile su Internet per il pubblico.

(18) Nell'ambito della protezione dei consumatori, la Commissione ha adottato una raccomandazione (1) che stabilisce i criteri minimi di qualità che gli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo dovrebbero offrire agli utenti.

Qualunque mediatore o organizzazione che rientri nell'ambito di applicazione di tale raccomandazione dovrebbe essere incoraggiato a rispettare i principi in essa contenuti.

Allo scopo di agevolare la diffusione delle informazioni relative a tali organi, la Commissione dovrebbe predisporre una banca dati di modelli extragiudiziali di composizione delle controversie che secondo gli Stati membri rispettano i principi di tale raccomandazione.

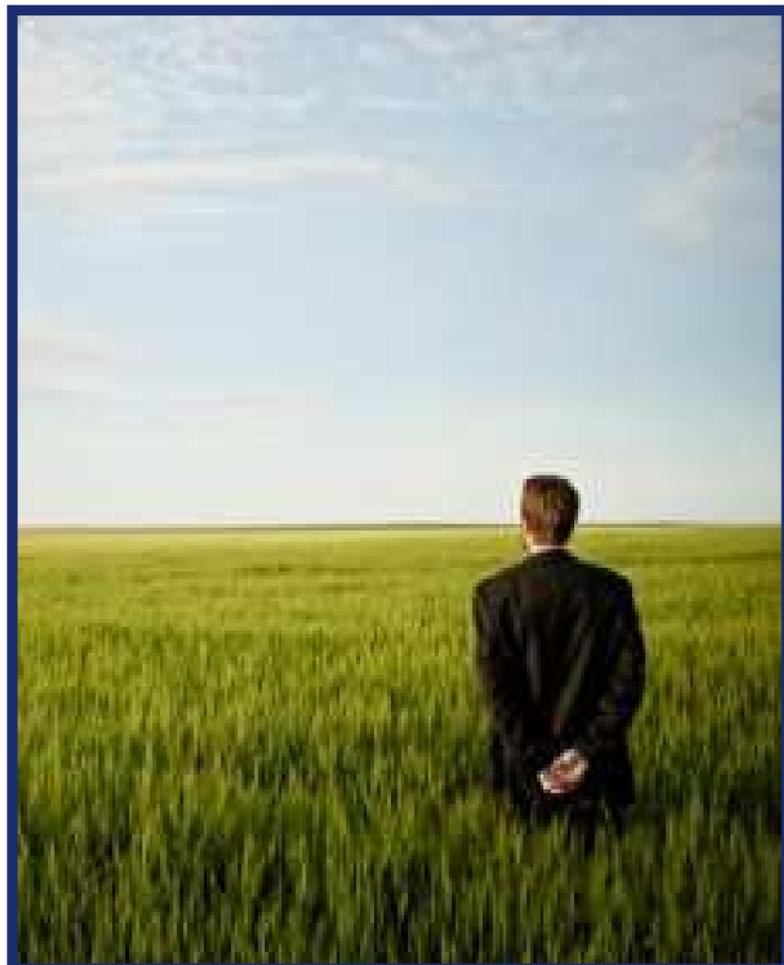
(19) La mediazione non dovrebbe essere ritenuta un'alternativa deteriore al procedimento giudiziario nel senso che il rispetto degli accordi derivanti dalla mediazione dipenda dalla buona volontà delle parti.

Gli Stati membri dovrebbero pertanto garantire che le parti di un accordo scritto risultante dalla mediazione possano chiedere che il contenuto dell'accordo sia reso esecutivo.

Dovrebbe essere consentito a uno Stato membro di rifiutare di rendere esecutivo un accordo soltanto se il contenuto è in contrasto con il diritto del suddetto Stato membro, compreso il diritto internazionale privato, o se tale diritto non prevede la possibilità di rendere esecutivo il contenuto dell'accordo in questione.

Ciò potrebbe verificarsi qualora l'obbligo contemplato nell'accordo non possa per sua natura essere reso esecutivo. IT L 136/4 Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 24.5.2008)1) Raccomandazione della Commissione 2001/310CE,





del 4 aprile 2001, sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo (GU L 109 del 19.4.2001, pag. 56).

(20) Il contenuto di un accordo risultante dalla mediazione reso esecutivo in uno Stato membro dovrebbe essere riconosciuto e dichiarato esecutivo negli altri Stati membri in conformità della normativa comunitaria o nazionale applicabile, ad esempio in base al regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (1), o al regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (2).

(21) Il regolamento (CE) n. 2201/2003 prevede specificamente che, per essere esecutivi in un altro Stato membro, gli accordi fra le parti debbano essere esecutivi nello Stato membro in cui sono stati conclusi. Conseguentemente, se il contenuto di un accordo risultante dalla mediazione in materia di diritto di famiglia non è esecutivo nello Stato membro in cui l'accordo è stato concluso e in cui se ne chiede l'esecuzione, la presente direttiva non dovrebbe incoraggiare le parti ad aggirare la legge di tale Stato membro rendendo l'accordo in questione esecutivo in un altro Stato membro.

(22) La presente direttiva non dovrebbe incidere sulle norme vigenti negli Stati membri in materia di esecuzione di accordi risultanti da una mediazione.

(23) La riservatezza nei procedimenti di mediazione è importante e quindi la presente direttiva dovrebbe prevedere un grado minimo di compatibilità delle norme di procedura civile relative alla maniera di proteggere la riservatezza della mediazione in un successivo procedimento giudiziario o di arbitrato in materia civile e commerciale.

(24) Per incoraggiare le parti a ricorrere alla mediazione, gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché le loro norme relative ai termini di prescrizione o decadenza non impediscano alle parti di adire un organo giurisdizionale o di ricorrere all'arbitrato in caso di infruttuoso tentativo di mediazione. Gli Stati membri dovrebbero assicurarsi che ciò si verifichi anche se la presente direttiva non armonizza le norme nazionali relative ai termini di prescrizione e decadenza. Le disposizioni relative ai termini di prescrizione o decadenza negli accordi internazionali resi esecutivi negli Stati membri, ad esempio nella normativa in materia di trasporto, dovrebbero essere fatte salve dalla presente direttiva.

(25) Gli Stati membri dovrebbero incoraggiare la divulgazione al pubblico di informazioni su come contattare mediatori e organizzazioni che forniscono servizi di mediazione.

Dovrebbero inoltre incoraggiare i professionisti del diritto a informare i loro clienti delle possibilità di mediazione.

(26) Conformemente al punto 34 dell'accordo interistituzionale «Legiferare meglio» (3) gli Stati membri sono incoraggiati a redigere e rendere pubblici, nell'interesse proprio e della Comunità, prospetti indicanti, per quanto possibile, la concordanza tra la presente direttiva e i provvedimenti di attuazione.

(27) La presente direttiva cerca di promuovere i diritti fondamentali e tiene conto dei principi riconosciuti in particolare dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

(28) Poiché l'obiettivo della presente direttiva non può essere realizzato in misura sufficiente dagli Stati membri e può dunque, a causa delle dimensioni o degli effetti dell'intervento, essere realizzato meglio a livello comunitario, la Comunità può intervenire, in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del trattato; la presente direttiva si limita a quanto è necessario per conseguire tale obiettivo in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo.

(29) A norma dell'articolo 3 del protocollo sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda, allegato al trattato sull'Unione europea e al trattato che istituisce la Comunità europea, il Regno Unito e l'Irlanda hanno notificato l'intenzione di partecipare all'adozione e all'applicazione della presente direttiva.

(30) A norma degli articoli 1 e 2 del protocollo sulla posizione della Danimarca, allegato al trattato sull'Unione europea e al trattato che istituisce la Comunità europea, la Danimarca non partecipa all'adozione della presente direttiva e non è vincolata da essa, né è soggetta alla sua applicazione, IT 24.5.2008 Gazzetta ufficiale dell'Unione europea L 136/5)1) GU L 12 del 16.1.2001, pag. 1. Regolamento modificato da ultimo dal regolamento (CE) n. 1791/2006 (GU L 363 del 20.12.2006, pag. 1).)2) GU L 338 del 23.12.2003, pag. 1. Regolamento modificato dal regolamento (CE) n. 2116/2004 (GU L 367 del 14.12.2004, pag. 1). (3) GU C 321 del 31.12.2003, pag. 1.



HANNO ADOTTATO LA PRESENTE DIRETTIVA:

Articolo 1

Obiettivo e ambito di applicazione.

1. La presente direttiva ha l'obiettivo di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario.

2. La presente direttiva si applica, nelle controversie transfrontaliere, in materia civile e commerciale tranne per i diritti e gli obblighi non riconosciuti alle parti dalla pertinente legge applicabile.

Essa non si estende, in particolare, alla materia fiscale, doganale e amministrativa né alla responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (actiure imperii).

3. Nella presente direttiva per «Stato membro» si intendono gli Stati membri ad eccezione della Danimarca.

Articolo 2

Controversie transfrontaliere.

1. Ai fini della presente direttiva per controversia transfrontaliera si intende una controversia in cui almeno una delle parti è domiciliata o risiede abitualmente in uno Stato membro diverso da quello di qualsiasi altra parte alla data in cui:

a) le parti concordano di ricorrere alla mediazione dopo il sorgere della controversia;

b) il ricorso alla mediazione è ordinato da un organo giurisdizionale;

c) l'obbligo di ricorrere alla mediazione sorge a norma del diritto nazionale; o

d) ai fini dell'articolo 5, un invito è rivolto alle parti.

2. In deroga al paragrafo 1, ai fini degli articoli 7 e 8 per controversia transfrontaliera si intende altresì una controversia in cui un procedimento giudiziario o di arbitrato risultante da una mediazione tra le parti è avviato in uno Stato membro diverso da quello in cui le parti erano domiciliate o risiedevano abitualmente alla data di cui al paragrafo 1, lettere a), b) o c).

3. Ai fini dei paragrafi 1 e 2, il domicilio è stabilito in conformità degli articoli 59 e 60 del regolamento (CE) n. 44/2001.

Articolo 3

Definizioni.

Ai fini della presente direttiva si applicano le seguenti definizioni:

a) per «mediazione» si intende un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore.

Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Statomembro.

Esso include la mediazione condotta da un giudice che non è responsabile di alcun procedimento giudiziario concernente la controversia in questione.

Esso esclude i tentativi messi in atto dall'organo giurisdizionale o dal giudice aditi al fine di giungere ad una composizione della controversia in questione nell'ambito del procedimento giudiziario oggetto della medesima;

b) per «mediatore» si intende qualunque terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato membro interessato e dalle modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione.

Articolo 4

Qualità della mediazione.

1. Gli Stati membri incoraggiano in qualsiasi modo da essi ritenuto appropriato l'elaborazione di codici volontari di condotta da parte dei mediatori e delle organizzazioni che forniscono servizi di mediazione nonché l'ottemperanza ai medesimi, così come qualunque altro efficace meccanismo di controllo della qualità riguardante la fornitura di servizi di mediazione.

2. Gli Stati membri incoraggiano la formazione iniziale e successiva dei mediatori allo scopo di garantire che la mediazione sia gestita in maniera efficace, imparziale e competente in relazione alle parti.

Articolo 5

Ricorso alla mediazione.

1. L'organo giurisdizionale investito di una causa può, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia.

Può altresì invitare le parti a partecipare ad una sessione informativa sul ricorso alla mediazione se tali sessioni hanno luogo e sono facilmente accessibili.

IT L 136/6 Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 24.5.20082.

La presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario.

Articolo 6

Esecutività degli accordi risultanti dalla mediazione.

1. Gli Stati membri assicurano che le parti, o una di esse con l'esplicito consenso delle altre, abbiano la possibilità di chiedere che il contenuto di un accordo scritto risultante da una mediazione sia reso esecutivo.

Il contenuto di tale accordo è reso esecutivo salvo se, nel caso in questione, il contenuto dell'accordo è contrario alla legge dello Stato membro in cui viene presentata la richiesta o se la legge di detto Stato membro non prevede l'esecutività.

2. Il contenuto dell'accordo può essere reso esecutivo in una sentenza, in una decisione o in un atto autentico da un organo giurisdizionale o da un'altra autorità competente in conformità del diritto dello Stato membro in cui è presentata la richiesta.

3. Gli Stati membri indicano alla Commissione gli organi giurisdizionali o le altre autorità competenti a ricevere le richieste conformemente ai paragrafi 1 e 2.

4. Nessuna disposizione del presente articolo pregiudica le norme applicabili al riconoscimento e all'esecuzione in un altro Stato membro di un accordo reso esecutivo in conformità del paragrafo 1.

Articolo 7

Riservatezza della mediazione.

1. Poiché la mediazione deve avere luogo in modo da rispettare la riservatezza, gli Stati membri garantiscono che, a meno che le parti non decidano diversamente, né i mediatori né i soggetti coinvolti nell'amministrazione del procedimento di mediazione siano obbligati a testimoniare nel procedimento giudiziario o di arbitrato in materia civile e commerciale riguardo alle informazioni risultanti da un procedimento di mediazione o connesse con lo stesso, tranne nei casi in cui:

a) ciò sia necessario per superiori considerazioni di ordine pubblico dello Stato membro interessato, in particolare sia necessario per assicurare la protezione degli interessi superiori dei minori o per scongiurare un danno all'integrità fisica o psicologica di una persona;

b) la comunicazione del contenuto dell'accordo risultante dalla mediazione sia necessaria ai fini dell'applicazione o dell'esecuzione di tale accordo.

2. Il paragrafo 1 non impedisce in alcun modo agli Stati membri di adottare misure più restrittive per tutelare la riservatezza della mediazione.

Articolo 8

Effetto della mediazione sui termini di prescrizione e decadenza.

1. Gli Stati membri provvedono affinché alle parti che scelgono la mediazione nel tentativo di dirimere una controversia non sia successivamente impedito di avviare un procedimento giudiziario o di arbitrato in relazione a tale controversia per il fatto che durante il procedimento di mediazione siano scaduti i termini di prescrizione o decadenza.

2. Il paragrafo 1 lascia impregiudicate le disposizioni relative ai termini di prescrizione o decadenza previste dagli accordi internazionali di cui gli Stati membri sono parte.

Articolo 9

Informazioni al pubblico.

Gli Stati membri incoraggiano, in qualsiasi modo ritengano appropriato, la divulgazione al pubblico, in particolare via Internet, di informazioni sulle modalità per contattare i mediatori e le organizzazioni che forniscono servizi di mediazione.

Articolo 10

Informazioni sugli organi giurisdizionali e sulle autorità competenti.

La Commissione mette a disposizione del pubblico, tramite qualsiasi mezzo appropriato, le informazioni sugli organi giurisdizionali o sulle autorità competenti comunicate dagli Stati membri ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 3.

Articolo 11

Revisione.

Entro il 21 maggio 2016 la Commissione presenta al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo una relazione sull'attuazione della presente direttiva.

La relazione esamina lo sviluppo della mediazione nell'Unione europea e l'impatto della presente direttiva negli

Stati membri.

Se del caso, la relazione è corredata di proposte di modifica della presente direttiva. IT 24.5.2008 Gazzetta ufficiale dell'Unione europea L 136/7 Articolo 12

Attuazione

1. Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva anteriormente al 21 maggio 2011, fatta eccezione per l'articolo 10, per il quale tale data è fissata al più tardi al 21 novembre 2010. Essi ne informano immediatamente la Commissione.

Quando gli Stati membri adottano tali disposizioni, queste contengono un riferimento alla presente direttiva o sono corredate di un siffatto riferimento all'atto della pubblicazione ufficiale.

Le modalità di tale riferimento sono decise dagli Stati membri.

2. Gli Stati membri comunicano alla Commissione il testo delle principali disposizioni di diritto interno che essi adottano nel settore disciplinato dalla presente direttiva.

Articolo 13

Entrata in vigore.

La presente direttiva entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

Articolo 14

Destinatari.

Gli Stati membri sono destinatari della presente direttiva.

Fatto a Strasburgo, addì 21 maggio 2008.

Per il Parlamento europeo

Il presidente

H.-G. PÖTTERING

Per il Consiglio

Il presidente

J. LENARČI



LEGAL

