



Guida del CPR Institute in materia di mediazione e ADR in Europa



International Institute for Conflict Prevention and Resolution
30 East 33rd Street, 6th Floor / New York, NY 10016 / USA
Phone: +1-212-949-6490 | Fax: +1-212-949-8859 | info@cpradr.org

Copyright © November 2015 by International Institute for Conflict Prevention and Resolution, Inc. All rights reserved.
Versione 09-2016/1

Elogio al Comitato Consultivo Europeo per la Guida in materia di Mediazione e ADR

“Ho preso parte alle attività del CPR in Europa per più di 10 anni e lo sviluppo di uno strumento agevole dedicato al pubblico europeo interessato all’uso della mediazione e degli altri servizi del CPR rappresenta il coronamento di un impegno di lunga data. La guida sulla la mediazione in Europa è il prodotto della collaborazione coordinata tra giuristi d’impresa e consulenti esterni di alcune delle più importanti società europee. Questa guida mira ad aiutare le imprese a comprendere i benefici della mediazione, a promuoverne un utilizzo più efficace nel contesto di controversie commerciali, nonché a fornire l’accesso on-line a tutto il materiale necessario.”

Alexander J. Oddy

Partner

Herbert Smith Freehills LLP

“La guida rappresenta uno strumento imprescindibile per ogni consulente d’azienda in relazione ai metodi di risoluzione alternativa delle controversie. Questo strumento comprende un’introduzione ai metodi ADR per i professionisti aziendali, espandendo la loro conoscenza in materia di mediazione ed altri metodi ADR, fornendo consigli per ogni fase del procedimento – dalla formazione del contratto, all’instaurazione dei rapporti commerciali, fino alla risoluzione della controversia – tutto ciò che i legali delle aziende, e in particolar modo gli avvocati d’affari, devono sapere per anticipare e risolvere efficacemente le controversie facendo ricorso all’ADR.”

Isabelle Robinet-Muguet

General Counsel International Laws and Contracts, Group Mediator BtoB, Orange

“Con la crescente diffusione della mediazione a livello internazionale, Il Comitato Consultivo Europeo del CPR ha prodotto una guida completa sulla mediazione e gli altri metodi ADR. Questa guida, estremamente pratica e contenente l’accesso ad una vasta gamma di materiale on-line, è il risultato di un intenso sforzo collaborativo tra i più importanti giuristi d’impresa e avvocati presso studi legali internazionali. Sebbene sia prevalentemente incentrata sulla mediazione, questa guida fornisce cenni esplicativi anche sugli altri metodi di ADR, incluso l’arbitrato. La sezione sulla mediazione comprende una descrizione che copre ogni fase di questo procedimento. Di particolare rilevanza pratica è la sezione dedicata ai casi pratici, che illustrano alle aziende che stanno considerando l’utilizzo della mediazione come altre aziende abbiano usufruito di questa procedura ADR. In breve, è uno strumento insostituibile pensato per le necessità dei legali di azienda e di tutti gli avvocati che si vogliano avvalere della mediazione e degli altri metodi di risoluzione alternativa delle controversie.”

Jean-Claude Najjar

Partner

Lazareff Le Bars

L'USO DELLA MEDIAZIONE E DEI METODI DI RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE

UNA GUIDA PER LE AZIENDE E LE ORGANIZZAZIONI EUROPEE

RIGUARDO IL CPR INSTITUTE

L'International Institute for Conflict Prevention and Resolution ("CPR") è un'organizzazione non-profit indipendente che per più di 35 anni ha assistito società multinazionali nella prevenzione e risoluzione di controversie commerciali in modo efficace ed efficiente. I nostri membri includono società e studi legali riconosciuti per il ruolo di eccellenza a livello internazionale, accademici e istituzioni governative, nonché alcuni dei mediatori e degli arbitri più affermati al mondo.

Il CPR si distingue per essere 1) *leader* globale nella promozione della cultura e dell'utilizzo dei metodi ADR nelle controversie internazionali; 2) promotore di strumenti e risorse all'avanguardia in ambito ADR, alimentato dallo spirito di innovazione di tutti i suoi membri; 3) un'istituzione che fornisce servizi ADR e regolamenti pratici ed innovativi in materia di arbitrato, mediazione e altri metodi ADR mettendo a disposizione liste di arbitri e mediatori altamente qualificati in tutto il mondo. Ulteriori informazioni sono disponibili visitando il sito www.cpradr.org.

I servizi di risoluzione delle controversie forniti dal CPR includono:

- Risorse per redigere clausole contrattuali in materia di risoluzione alternativa delle controversie (ADR) pre-contenzioso e per accordi di risoluzione alternativa delle controversie per casi in cui la controversia è già insorta.
- Regolamenti per procedimenti arbitrali amministrati e non amministrati (*ad hoc*), una procedura opzionale di appello del lodo arbitrale, mediazione e altre forme di ADR.
- Lo sviluppo di criteri di selezione per la scelta degli arbitri, così come la creazione di liste di possibili arbitri che soddisfino le specifiche necessità e preferenze delle parti.
- Procedure per la riconsiderazione e sostituzione degli arbitri (Protocollo di Riconsiderazione)
- Nomine dirette degli arbitri e nomine di arbitri nelle controversie rette dalle regole UNCITRAL.
- Nomine di arbitri speciali per provvedimenti cautelari
- Un procedimento arbitrale completamente amministrato dal CPR
- Capacità di mantenere fondi di garanzia ad uso delle parti

Il CPR dispone di un elenco di arbitri e mediatori esperti in oltre 20 settori dell'industria e del commercio in tutto il mondo (informazioni aggiuntive sulle liste di arbitri sono disponibili sul sito del CPR: <http://bit.ly/CPRNeutrals>).

Per ulteriori informazioni relative alla gamma completa di servizi di risoluzione delle controversie offerti dal CPR, potete visitare il sito del CPR: <http://bit.ly/CPRDRS>.

CPR IN EUROPA

La presenza del CPR in Europa risale agli inizi degli anni novanta. Al fine di continuare ad assistere i propri membri in Europa, il CPR ha creato un Comitato Consultivo Europeo (the European Advisory Board, "EAB"). Tramite questo comitato, il CPR mira ad essere la principale risorsa europea indipendente a fornire assistenza alle aziende e ai loro consulenti legali, sia interni che esterni, nella risoluzione di complesse controversie commerciali e nell'elaborazione di soluzioni creative efficienti ed economicamente vantaggiose, nonché nel mantenimento/rilancio delle relazioni commerciali. Una lista dei membri dell' EAB aggiornata all' Ottobre 2015, è disponibile nell'Appendice 3 di questa guida.

Per questi scopi, il Comitato Consultivo Europeo (EAB) sviluppa risorse, contribuisce a condividere informazioni e prassi, partecipa ad iniziative in collaborazione con altre istituzioni europee e altri protagonisti del panorama giuridico e imprenditoriale d'oltreoceano, nel pieno rispetto del contesto

legale, regolamentare ed etico. Si noti che il Comitato Consultivo Europeo (EAB) funge anche da punto di incontro e di scambio di idee ed esperienze per i consulenti *in house* non solo con i colleghi ma anche con i più importanti professionisti di tutta Europa. Per ulteriori informazioni, si prega di visitare <http://bit.ly/CPREurope>.

INTRODUZIONE

Al fine di raggiungere questi obiettivi, il Comitato Consultivo Europeo ha elaborato questa guida indirizzata alle imprese che operano in Europa e non solo, per assisterle nella comprensione e nell'utilizzo dei metodi ADR disponibili. Questa guida è intesa come un'introduzione sui procedimenti maggiormente utilizzati e sulle circostanze in cui il loro uso sarebbe più appropriato, con particolare riguardo alla mediazione, fornendo anche suggerimenti pratici su come usare i diversi metodi ADR. Questa guida include anche riferimenti ad una vasta gamma di materiale aggiuntivo e risorse pratiche per approfondimenti sulla materia dell'ADR. Inoltre, la Guida comprende una breve introduzione al processo arbitrale.

Questa guida non fornisce pareri legali sull'uso dei metodi ADR. Le normative nazionali degli Stati Membri dell'Unione Europea potrebbero prevedere discipline differenti su alcuni aspetti e temi trattati in questa guida. Pertanto, si consiglia di richiedere un parere legale nelle rilevanti giurisdizioni in relazione alle circostanze specifiche di ciascun caso.

I lavori del Comitato Consultivo Europeo (EAB) per la creazione di questa guida sono stati diretti da:

Isabelle Robinet-Muguet, Orange; e Alexander J. Oddy, Herbert Smith Freehills LLP

Con la collaborazione di:

Javier Ramirez – Hewlett-Packard
Jürgen Kloweit – Attorney at Law & Mediator
Clifford J. Hendel – Araoz & Rueda Abogados
Birgit Sambeth Glasner – Altenburger
Teresa Giovannini – Lalive
Javier Samaniego – Bird & Bird
Noah Hanft – CPR
Oliver P. André – CPR

Hanno contribuito alla traduzione in lingua italiana di questa guida:

Stefani Catelani, DuPont
Pietro Galizzi, Eni
Giulio Zanolla, Mediator
C. Ferdinando Emanuele, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP
Paolo Bertoli, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP
Larisa Babiy, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP

INDICE

Sezione	Materia	Pagina (fare click per andare alla pagina)
	RIGUARDO IL CPR INSTITUTE	3
	CPR IN EUROPA 3	
	INTRODUZIONE 4	
1.	PROCEDURE ADR: UNA PANORAMICA	6
2.	GUIDA ALLE CLAUSOLE ADR	10
3.	MEDIAZIONE: ADEGUATEZZA E TEMPISTICA	13
4.	MEDIAZIONE: PROCESSO E PROCEDURA	17
5.	MEDIAZIONE: TROVARE UN MEDIATORE	21
6.	MEDIAZIONE: L'ACCORDO DI MEDIAZIONE.....	23
7.	MEDIAZIONE: LA FASE PREPARATORIA	24
8.	MEDIAZIONE: DOMANDE PIÙ FREQUENTI.....	26
9.	MEDIAZIONE: CASI PRATICI	28
10.	ARBITRATO	29
APPENDICE 1	RISORSE SPECIFICHE PER SETTORE DI INDUSTRIA	32
APPENDICE 2	MEDIAZIONE: CASI PRATICI	34
APPENDICE 3	I MEMBRI DEL COMITATO CONSULTIVO EUROPEO (EAB) AGGIORNATI AD AGOSTO 2016	42

1. PROCEDURE ADR: UNA PANORAMICA

- 1.1 “ADR” è un termine generale impiegato con riferimento a procedure sia formali sia informali che esulano dalla tradizionale risoluzione delle controversie in un’aula di tribunale. Molte giurisdizioni europee considerano l’arbitrato parte dei metodi ADR. L’una o l’altra ipotesi non comporta particolari differenze a livello pratico.
- 1.2 I metodi ADR sono impiegati nella maggior parte dei casi al fine di risolvere le controversie in maniera più efficiente, confidenziale e ad un costo maggiormente contenuto rispetto al contenzioso tradizionale. Inoltre, questi metodi permettono di raggiungere soluzioni pratiche capaci di soddisfare gli interessi commerciali delle parti e permettendo loro di preservare i propri rapporti economici e commerciali.
- 1.3 Le parti interessate ad utilizzare i metodi ADR hanno a disposizione una vasta gamma di opzioni. Non tutti i metodi ADR risultano adatti per ogni tipo di controversia o per tutte le parti. Il primo passo per identificare il metodo ADR più appropriato è quello di capire quali siano le opzioni disponibili e quali tra queste sia quella (o quelle) meglio rispondente ai bisogni delle parti e alle circostanze del caso. Questa analisi muove da quanto stabilito dalle parti nelle clausole di risoluzione delle controversie. Una tabella contenente una panoramica approfondita su alcuni dei metodi più comuni è riportata di seguito al fine di offrire uno strumento di comparazione.
- 1.4 Una distinzione importante è quella tra i procedimenti aggiudicativi, i quali danno luogo a una decisione giuridicamente vincolante (come l’arbitrato e la decisione ad opera di un esperto) e i procedimenti non aggiudicativi, il cui risultato non vincola le parti (come la *early neutral evaluation* e la mediazione).
- 1.5 Un aspetto procedurale degno di nota è il fatto che la risoluzione alternativa delle controversie può essere gestita dalle parti (procedura auto-amministrata) oppure da un organismo di ADR dietro il pagamento di un compenso (procedura amministrata). La mediazione o l’arbitrato *ad hoc* sono esempi di procedura auto-amministrata in cui le parti decidono direttamente chi sia, o come venga nominato, il mediatore o l’arbitro. Tuttavia, la mediazione e, più frequentemente l’arbitrato, possono essere gestiti con l’assistenza di un organismo che offre servizi ADR.
- 1.6 Nel decidere quale procedimento di ADR sia più appropriato al caso specifico, le parti possono considerare i seguenti aspetti:
 - 1.6.1 La natura della controversia: se gli aspetti controversi sono di natura legale, tecnica o sono legati esclusivamente alla determinazione del *quantum*;
 - 1.6.2 La capacità del procedimento di esplorare e creare opzioni transattive che siano adatte a soddisfare gli interessi delle parti (economici, commerciali, reputazionali, personali, emotivi) in aggiunta o al posto della determinazione dei reciproci diritti e doveri;
 - 1.6.3 Se le parti vogliono usufruire di un sistema che faciliti il raggiungimento di un accordo commerciale o preferiscono un processo aggiudicativo che determini i fatti e il merito delle reciproche posizioni;
 - 1.6.4 Se la parte terza neutrale debba fornire una decisione vincolante e/o che abbia valore di precedente per una parte;
 - 1.6.5 Le qualifiche e l’esperienza di ciascun arbitro o mediatore di cui le parti richiedano il coinvolgimento;
 - 1.6.6 Quanto controllo le parti intendono mantenere sulla procedura e sul risultato finale, ed in che misura le parti necessiteranno di supporto e assistenza nella gestione della procedura;
 - 1.6.7 La tempistica entro la quale il procedimento debba essere espletato;
 - 1.6.8 Che risorse le parti sono disposte ad allocare per la gestione delle questioni amministrative del procedimento; e

- 1.6.9 La possibilità che l'esito della controversia sia reso nella forma e con l'efficacia di un titolo esecutivo azionabile dalle parti.

Risorse ulteriori

- 1.7 L'ADR *Primer* del CPR (<http://bit.ly/CPRADRPrimer>) fornisce un'ampia lista dei metodi ADR accompagnati dalle rispettive definizioni. Questo documento contiene anche una spiegazione più approfondita delle differenze tra i metodi di ADR "amministrati", "auto-amministrati" e "assistiti".
- 1.8 Lo studio legale internazionale e membro del CPR Herbert Smith Freehills LLP ha elaborato una serie di guide rivolte alla clientela, che esplorano una gamma di questioni relative all'ambito dell'ADR. La guida - "Common ADR Processes - An Overview" (<http://bit.ly/HSFADRoverview>) - illustra i vantaggi e gli svantaggi dei vari metodi di ADR, tra i quali la mediazione, la *med/arb* e *arb/med* (un procedimento ibrido che include sia la mediazione che l'arbitrato), la *early neutral evaluation*, l'*expert determination*, e l'*adjudication*.
- 1.9 Il CPR ha elaborato una guida - [ADR Suitability Guide](http://bit.ly/suitabilityguide) (<http://bit.ly/suitabilityguide>) - per assistere gli avvocati nel determinare se una particolare controversia sia risolvibile tramite i vari procedimenti di ADR. Questo documento contiene un "*Mediation Analysis Screen*" - un questionario per le parti che include informazioni su come interpretare le proprie risposte al fine di valutare se la mediazione sia lo strumento adatto per il caso specifico. Il documento include, inoltre, una tabella comparativa delle altre procedure ADR non vincolanti e una tabella che confronta le caratteristiche del contenzioso ordinario e del procedimento arbitrale.
- 1.10 Una lista di fattori da considerare nel determinare se la controversia sia adatta o pronta per la mediazione è disponibile *infra* nella Sezione 3.
- 1.11 Per ulteriori informazioni sul regolamento CPR per l'arbitrato amministrato, potete visitare il seguente sito: <http://bit.ly/AdministeredArbitration>.
- Per informazioni in merito al regolamento CPR per l'arbitrato amministrato in materia di controversie internazionali, potete visitare il seguente sito: <http://bit.ly/IntAdministeredArbitration>.
- Per informazioni sul regolamento CPR per l'arbitrato non amministrato, potete visitare il seguente sito: <http://bit.ly/nonadministeredarbitration>.
- Per informazioni aggiuntive sui servizi di mediazione del CPR, potete visitare il seguente sito: <http://bit.ly/CPRMediation>.

PANORAMICA DEI METODI DI ADR		Rapidità	Costi	Esecutività	Definitività	Impatto sulle relazioni
Mediazione	Conciliazione extragiudiziale strutturata senza regole procedurali alla presenza di una parte terza priva di potere decisionale	Tipicamente può includere qualche settimana di preparazione, seguita da uno o due giorni per la procedura di mediazione	Data la sua breve durata, la mediazione è generalmente molto più economica dell'arbitrato o del procedimento giudiziale ordinario, i costi sono di solito ripartiti egualmente tra le parti	Se un accordo transattivo è raggiunto, le parti elaborano un accordo di mediazione avente effetto vincolante. L'esecutività degli accordi conciliativi in Europa concernenti controversie transfrontaliere è regolata dalla Direttiva sulla mediazione. L'esecuzione giudiziaria degli accordi transattivi concernenti controversie domestiche varia a seconda degli stati membri. Nella pratica, controversie contrattuali di questo tipo sono rare.	Solitamente, quando le parti non raggiungono un accordo conciliativo, la controversia può essere risolta in tribunale o tramite altri metodi di ADR. Il tentativo di conciliazione lascia impregiudicati i procedimenti giurisdizionali futuri o pendenti.	Il procedimento di mediazione fornisce un'opportunità per discutere e sanare i rapporti commerciali
Arbitrato	Normalmente è un procedimento formale su base processuale con regole di procedura, presieduto da uno o tre arbitri con il potere di rendere una decisione giuridicamente vincolante e definitiva (salvo il lodo venga impugnato per nullità), che differisce dal procedimento giudiziale ordinario poiché le parti mantengono un maggior controllo sulla procedura, ed sui tempi. Inoltre il procedimento arbitrale è confidenziale.	Il procedimento si svolge e si conclude solitamente in un periodo tra alcuni mesi e uno o due anni dalla data d'inizio con udienze dalla durata variabile da pochi giorni a qualche settimana. I tempi indicati possono subire ritardo, ad esempio se una delle parti contesta la giurisdizione del tribunale)	I costi possono raggiungere i livelli del procedimento ordinario poiché crescono con l'allungarsi del procedimento; talvolta, le spese di procedura e di giudizio sono poste interamente a carico della parte soccombente.	In alcuni casi, al fine di eseguire il lodo è necessaria una sua conversione in sentenza ad opera di un giudice nazionale competente. Inoltre, l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria è spesso necessaria per poter procedere con l'esecuzione del provvedimento. Ottenere l'esecuzione del lodo in giurisdizioni straniere è solitamente più semplice che ottenere l'esecuzione di una sentenza straniera nel caso in cui lo stato in cui si chiede l'esecuzione è tra gli oltre 150 stati aderenti alla Convenzione per il Riconoscimento e l'Esecuzione dei Lodi Arbitrali Stranieri (la "New York Convention") – la quale consente l'esecuzione dei lodi arbitrali in condizioni di reciprocità tra stati aderenti alla Convenzione.	I lodi arbitrali sono raramente appellabili. Laddove le parti non abbiano specificamente previsto un diritto di appello nella convenzione arbitrale, il lodo potrà essere solamente impugnato per nullità sulla base di un elenco limitato di motivi, ad esempio qualora sia contestata la giurisdizione del tribunale o in presenza di gravi irregolarità Procedurali.	La natura formale e di conflittuale del procedimento non favorisce una riconciliazione dei rapporti commerciali tra le parti.
Early Neutral Evaluation (ENE)	Un terzo neutrale con esperienza nella materia del contendere offre una valutazione non giuridicamente vincolante.	A seconda della complessità della controversia, la valutazione può essere effettuata in un tempo che varia da uno a tre mesi.	Il costo legato all'ottenimento di una valutazione neutrale preliminare (ENE) è tipicamente basso, in linea con la mediazione, poiché questo è un procedimento sommario solitamente condotto con limitata attività istruttoria.	Questo è un procedimento non giuridicamente vincolante – la valutazione finale non costituisce titolo esecutivo ma può favorire un accordo transattivo, in quanto permette a ciascuna parte di valutare la forza della propria posizione	La valutazione neutrale preliminare (ENE) di per sé non risolve la controversia, richiedendo il ricorso al processo ordinario o ad altri metodi ADR – la valutazione lascia, solitamente, impregiudicati i diritti delle parti nei procedimenti pendenti o futuri.	Questo metodo può favorire la conciliazione tra le parti o, in alternativa, esacerbare la polarizzazione delle posizioni rendendo improbabile una spontanea riconciliazione.

PANORAMICA DEI METODI DI ADR		Rapidità	Costi	Esecutività	Definitività	Impatto sulle relazioni
Expert Determination	<p>Il terzo neutrale con esperienza nelle materie oggetto della controversia, produce una decisione finale e giuridicamente vincolante al termine della presentazione (talvolta orale) dei documenti e memorie prodotte dalle parti; in generale la procedura è meno formale di quella prescritta per il procedimento arbitrale.</p>	<p>A seconda dell'ampiezza e della complessità della controversia, il procedimento può richiedere dai sei ai dodici mesi</p>	<p>I costi di questo procedimento, in ragione della sua durata più breve e della ridotta fase istruttoria, sono tipicamente più alti di quelli che le parti incontrano nella mediazione, ma più bassi di quelli richiesti per un procedimento arbitrale.</p>	<p>La decisione del terzo, solitamente qualificata come giuridicamente vincolante nella convenzione per la risoluzione delle controversie tra le parti, è normalmente azionabile presso l'autorità giurisdizionale salvo il caso in cui l'esperto abbia agito contrariamente al proprio mandato.</p>	<p>Sebbene in alcuni casi le parti siano pronte ad agire tramite l'autorità giurisdizionale, nella maggioranza dei casi la decisione dell'esperto viene accettata come soluzione finale e vincolante rendendo questo procedimento un metodo di ADR rapido e economicamente vantaggioso.</p>	<p>La rapidità con cui è possibile ottenere una determinazione da parte dell'esperto implica che, qualora questa venga accettata, le parti siano spesso in condizione di mantenere la loro relazione commerciale.</p>

2. GUIDA ALLE CLAUSOLE ADR

- 2.1 Le parti possono accordarsi per l'utilizzo di un metodo ADR sia prima del sorgere di una controversia (tipicamente all'inizio del loro rapporto d'affari) sia quando questa sia già venuta in essere. Nel primo caso, è prassi comune per le parti incorporare una clausola nel contratto che preveda l'utilizzo di un metodo di ADR al fine di risolvere controversie future (clausola ADR). Nel secondo caso, una volta che la controversia sia venuta in essere le parti sono libere di avvalersi, anche in assenza di una specifica clausola contrattuale, di uno o più metodi ADR, anche congiuntamente ad altri metodi di risoluzione delle controversie eventualmente indicati nel contratto, stipulando un apposito accordo in tal senso. Accordarsi sulla scelta di uno o più metodi di ADR diviene, naturalmente, più complicato quando la controversia sia già sorta e le parti dovranno tenere conto dei presupposti giuridici e procedurali della giurisdizione in cui esse devono risolvere la loro controversia.
- 2.2 La scelta di prevedere un metodo alternativo di risoluzione delle controversie sin dalla negoziazione del contratto, può comportare vantaggi sostanziali per le parti, tra cui il risparmio di risorse economiche e di tempo. Tuttavia, in alcuni casi imporre l'utilizzo di un metodo ADR non-aggiudicativo (come la mediazione) prima di iniziare un contenzioso presso l'autorità giudiziaria (o presso un tribunale arbitrale) può non risultare efficace laddove la controversia non sia ancora matura per la risoluzione, o quando una parte si dimostri riluttante ad un tentativo di mediazione preventivo.
- 2.3 Per la selezione di una clausola ADR efficace, le parti devono tenere in considerazione le specifiche esigenze del caso, in quanto non vi è un'unica soluzione adatta a tutte le circostanze ed ai diversi rapporti contrattuali.
- 2.4 In molti settori dell'industria e del commercio le parti contraenti possono attingere a clausole ADR studiate specificatamente per le esigenze particolari del settore. Per esempio, nell'ambito del settore energetico, dell'edilizia, del commercio di materie prime e nel settore marittimo sono stati sviluppati strumenti contrattuali e regolamenti di procedura volti a limitare le aree di conflittualità e a risolvere le controversie tramite strumenti adatti all'ambito in questione. Per una panoramica su queste regole e risorse specifiche per settore industriale, si prega di consultare l'Appendice 1, che include riferimenti a risorse specifiche per settore preparati dal CPR.
- 2.5 Ci sono, generalmente, tre tipi di clausole di ADR: obbligatorie, di c.d. *escalation* e non obbligatorie.

Clausole c.d. obbligatorie

- 2.6 Quando una clausola è c.d. obbligatoria, le parti sono vincolate all'espletamento della procedura ivi descritta. Nel caso di procedure non aggiudicative come la mediazione, le parti saranno obbligate a svolgere un tentativo di mediazione prima di instaurare qualsiasi altra procedura di risoluzione della controversia, che sia un arbitrato, una *expert determination* o un giudizio ordinario, a seconda di quanto previsto dalla clausola in questione o dalle norme applicabili. Queste clausole sono particolarmente efficaci qualora le parti vogliano garantire l'espletamento della procedura ADR prescelta. Il rischio connesso all'utilizzo di queste clausole è che venga imposto un metodo di ADR anche nel caso in cui una parte non consideri questo procedimento appropriato. Tuttavia, è doveroso sottolineare che l'efficacia 'obbligatoria di queste clausole dipende dalla legge che governa la convenzione contrattuale. Certamente, con il consenso delle parti, è possibile modificare o rinunciare all'applicazione di una clausola di ADR obbligatoria.

Per esempio:

“Le parti devono espletare prontamente ed in buona fede un tentativo di risoluzione di qualsiasi controversia che sorga da, o sia connessa a, questo accordo contrattuale

attraverso una mediazione confidenziale regolata dalla Procedura di Mediazione del CPR¹ [vigente nel seguente anno] [in vigore alla data stabilita in questa convenzione], prima di iniziare qualsiasi procedimento arbitrale o giurisdizionale.”

Clausole multi-step

- 2.7 Le clausole *multi-step* prevedono che le parti tentino di comporre la propria controversia tramite l'espletamento di passaggi successivi, ad esempio richiedendo che le parti effettuino un tentativo di conciliazione tramite negoziazione diretta seguito, in caso di esito negativo, da un tentativo di mediazione prima di ricorrere al processo ordinario o all'arbitrato. Queste clausole sono largamente impiegate (e usate con successo) nei contratti commerciali in ogni tipo di settore, specialmente in contratti di lungo termine quando le parti vogliono assicurarsi di avere a disposizione ogni opportunità per risolvere le proprie controversie in modo informale prima di ricorrere a metodi di risoluzione più formali come l'arbitrato.

Per esempio:

“Negoziato tra Manager (o Amministratori delegati) (A) *Le parti devono prontamente effettuare un tentativo di risoluzione negoziale di qualsiasi controversia sorga dal contratto, o esista in relazione ad esso, in buona fede, attraverso la negoziazione diretta tra rappresentanti delle parti muniti di poteri idonei alla risoluzione transattiva della controversia e aventi responsabilità ed autorità superiore rispetto ai rappresentanti direttamente coinvolti nell'amministrazione del rapporto contrattuale. Ciascuna parte può informare per iscritto l'altra di qualsiasi controversia che non sia stata risolta nel consueto svolgimento delle attività. Entro [15] giorni dall'avvenuta notifica, il destinatario deve inviare una risposta per iscritto alla parte notificante. La notifica e la risposta devono includere (a) una dichiarazione della posizione della parte supportata da un breve riassunto delle argomentazioni, e (b) il nome e la carica/il ruolo della persona che rappresenterà la parte e di qualunque altra persona che accompagnerà il rappresentante. Entro [30] giorni dal perfezionamento della notifica dell'atto introduttivo, i rappresentanti delle parti saranno tenuti ad incontrarsi nel luogo ed all'orario stabilito di comune accordo, e in seguito tutte le volte che lo ritengano necessario, per cercare di risolvere la controversia in via transattiva. Le parti si impegnano a soddisfare le ragionevoli richieste di informazioni delle altre parti.”*

“Mediazione (B). *Se la controversia non è risolta tramite negoziazione come previsto nel presente accordo entro [45] giorni dal perfezionamento della notifica dell'atto introduttivo della negoziazione, [o se le parti non ottemperano all'obbligo di incontrarsi entro [20] giorni,] le parti tenteranno di risolvere la controversia facendo ricorso alla mediazione in base alla Procedura di Mediazione dell'International Institute for Conflict Prevention & Resolution (“CPR”)² [in vigore al momento della proposizione della domanda di negoziazione della controversia O che siano in vigore alla data del presente Accordo], [a condizione che, tuttavia, se una parte non ottemperi all'obbligo di partecipare alla negoziazione come previsto nel presente accordo, l'altra parte possa iniziare il procedimento di mediazione prima del trascorrere dei [45] giorni previsti.] Salvo quanto diversamente concordato, le parti selezionano un mediatore dal “Panels of Distinguished Neutrals” del CPR.”*

“Arbitrato (C). *Tutte le controversie derivanti dal presente [Accordo] [Contratto], incluse le controversie relative all'adempimento, violazione, risoluzione o efficacia dello stesso, che non siano state risolte tramite mediazione come prescritto nel presente accordo [entro [45] giorni dall'inizio del procedimento di mediazione] [entro [30] giorni dalla nomina di un mediatore,] saranno risolte in maniera definitiva mediante arbitrato secondo il regolamento per i procedimenti arbitrali amministrati relativi a controversie internazionali dell'International*

¹ Le disposizioni sulla riservatezza di questo procedimento si basano sulle leggi degli Stati Uniti. Si invitano le parti a modificare tali disposizioni conformemente alla legge applicabile scelta.

² Le disposizioni sulla riservatezza di questo procedimento si basano sulle leggi degli Stati Uniti. Si invitano le parti a modificare tali disposizioni conformemente alla legge applicabile scelta o sistema legale in vigore.

Institute for Conflict Prevention & Resolution (“CPR”) [in vigore al momento della risoluzione della controversia O in vigore alla data del presente Accordo] da [un arbitro unico] [tre arbitri, due dei quali nominati da ciascuna parte e il terzo designato dal CPR] [tre arbitri, due dei quali designati rispettivamente da ciascuna parte e il terzo nominato dagli arbitri designati dalle parti] [tre arbitri designati secondo la procedura di selezione assistita prevista nel regolamento del CPR (Rule 5.4)] [tre arbitri, nessuno dei quali selezionato dalle parti]; [premesso che, tuttavia, se una parte non ottempera all’obbligo di partecipare al procedimento conciliativo o di mediazione come previsto nel presente accordo, l’altra parte potrà iniziare il procedimento arbitrale prima che sia trascorso i termine prescritto.] Il giudizio sul lodo arbitrale dall’arbitro/dagli arbitri può essere sottoposto a qualsiasi tribunale avente giurisdizione. La sede dell’arbitrato sarà (città, nazione). La lingua dell’arbitrato sarà (lingua).”

Clausole per procedure non obbligatorie

2.8 Le clausole per procedure non obbligatorie richiedono alle parti solamente di considerare l’utilizzo dei metodi ADR prima di procedere con l’arbitrato o il processo ordinario – l’opzione dell’utilizzo dei metodi di ADR è prevista, ma laddove il loro utilizzo risulti inappropriato per le circostanze del caso di specie, le parti hanno la flessibilità di non avvalersene senza incorrere in conseguenze. Anche se le clausole per le procedure non obbligatorie sono talvolta additate come inefficaci poiché non impongono alle parti l’impiego di un particolare metodo di risoluzione delle controversie, possono essere molto efficaci per le parti che vogliono usufruire di una flessibilità massima– l’inserimento di clausole per procedure non obbligatorie permette a ciascuna parte di proporre (per esempio) una mediazione senza timore che questa proposta possa essere interpretata come una percezione di debolezza delle proprie argomentazioni, poiché l’utilizzo della mediazione è già previsto da entrambe le parti nel contratto come un possibile metodo di risoluzione delle controversie.

Il CPR non è particolarmente favorevole alle clausole che prevedono procedure non obbligatorie perché queste possono divenire oggetto di controversia circa la loro ottemperanza. In alcuni casi le parti contraenti potranno, ad ogni modo, scegliere di utilizzare questo tipo di clausole data la grande flessibilità da questa garantita.

CLAUSOLE DI ADR: CONSIDERAZIONI CHIAVE

Ambito	Quali controversie sono incluse nell’ambito di applicazione della clausola?
Tempistica	La clausola può stabilire un termine massimo entro il quale il procedimento ADR debba essere iniziato o concluso, inclusa una tempistica dettagliata per specifiche fasi processuali e azioni da intraprendere?
Inizio della procedura	In che modo avrà formalmente inizio il procedimento?
Selezione della terza parte neutrale, esperti etc.	che modo sarà scelta la terza parte neutrale? Ci si rivolgerà a una istituzione specializzata in procedure ADR?
Lingua, sede e legge applicabile	Dove avrà sede il procedimento e in che lingua verrà condotto? Può essere appropriato specificare in clausole più dettagliate la legge applicabile alla clausola stessa.
Partecipanti	Particolarmente rilevante per i procedimenti di mediazione o di negoziazione – le parti potrebbero voler imporre che i partecipanti di entrambe le parti abbiano sufficienti poteri ed autorità per la risoluzione transattiva della controversia.
Riservatezza/Confidenzialità	Le parti generalmente vogliono mantenere la riservatezza del procedimento e, nel caso di una procedura non vincolante, evitare che le informazioni scambiate nella procedura ADR possano pregiudicare lo svolgimento di ulteriori tentativi di risoluzione.

CLAUSOLE DI ADR: CONSIDERAZIONI CHIAVE

Costi	Chi sarà responsabile dei costi del procedimento, sia in termini di costi legati al compenso del terzo e/o dell'istituzione sia in termini, per esempio, di spese legali?
-------	---

Risorse ulteriori

- 2.9 Il CPR dispone di un ventaglio di clausole modello di ADR che includono clausole per la mediazione, per diversi tipi di arbitrato, clausole per mini-trial e per settori specifici di industria ai quali si può avere accesso al seguente indirizzo: <http://bit.ly/CPRModelClauses>. Queste clausole possono essere utilizzate come riferimento al momento della redazione delle clausole di ADR per i contratti commerciali, anche se sarà sempre necessario che le parti prestino dovuta attenzione nell'adattare i modelli offerti alle circostanze del caso e ad apportare le necessarie modifiche.
- 2.10 Alcune delle considerazioni chiave da tenere a mente al momento della stesura delle clausole di ADR, anche nel caso di utilizzo di modelli, sono elencate nella sezione del CPR dedicata alle problematiche legate alla redazione delle clausole (<http://bit.ly/CPRDraftingchecklist>).
- 2.11 Il CPR, inoltre, dispone di una guida ai metodi di risoluzione delle controversie più comuni e utilizzati nella prassi, "[Drafting Dispute Resolution Clauses](http://bit.ly/CPRDraftingBook)" (vedi <http://bit.ly/CPRDraftingBook>), rivolte ad avvocati internazionali e d'impresa. Questa guida, disponibile per l'acquisto, fornisce sia informazioni approfondite e accessibili su come formulare le clausole di pre-contenzioso, sia svariati esempi e modelli di clausole ADR.
- 2.12 L'International Mediation Institute (IMI) ha raccolto numerosi esempi di clausole per la mediazione che sono disponibili gratuitamente sui siti internet di vari fornitori di servizi per la risoluzione extragiudiziale delle controversie e consultabili al seguente indirizzo: bit.ly/IMISampleClauses, insieme a consigli pratici per la stesura di queste clausole.

3. MEDIAZIONE: ADEGUATEZZA E TEMPISTICA

- 3.1 La mediazione è, in molte giurisdizioni, una tra le forme più diffuse di risoluzione extragiudiziale delle controversie (ADR) caratterizzata da un procedimento facilmente applicabile in sistemi giuridici diversi nonché in caso di controversie transfrontaliere. Questo procedimento è di particolare efficacia laddove vi sia una relazione commerciale continuativa tra le parti anche se può essere di aiuto in ogni tipo di controversia, salvo il caso in cui una delle parti necessiti di ottenere rimedi che possono essere ordinati soltanto dall'autorità giudiziaria ordinaria (come ad esempio certi provvedimenti urgenti e cautelari).
- 3.2 La mediazione è ritenuta uno strumento utile nella maggioranza dei casi. In molti casi, specialmente in ambito commerciale, una risoluzione negoziale rappresenta l'esito più probabile o necessario, e i dubbi relativi alla procedura di mediazione riguardano più quale sia il momento più idoneo per intrattenere una discussione costruttiva ed ottenere una risoluzione della controversia, piuttosto che una valutazione sull'opportunità di mediare in sé. Anche quando la mediazione non porti alla formulazione di una comune intesa (magari perché è stata tentata troppo presto) può comunque aiutare le parti ad indentificare quali siano le ragioni della conflittualità e a delineare quali siano i rispettivi interessi sottostanti la controversia. Le parti possono dover intrattenere molteplici negoziazioni ed anche mediazioni, o sessioni di mediazione, al fine di trovare il giusto *iter* per il raggiungimento di una soluzione accettabile per tutti.
- 3.3 Le domande delineate di seguito sono intese come una *checklist* informale per le parti da utilizzare per stabilire se una determinata controversia sia matura per un tentativo di mediazione. Questa *checklist* non intende essere esaustiva e alle parti non è richiesto di rispondere a tutte le domande; di solito, infatti, è sufficiente anche solo rispondere ad una o più di queste per determinare se la controversia possa essere risolta tramite mediazione.

- 3.4 La decisione se intraprendere o meno una mediazione è anche strettamente legata alla decisione sul quando mediare nel corso della controversia. Le possibilità di risparmiare in termini di spese legali e costi legati all'interruzione del rapporto commerciale sono più elevate se la mediazione è instaurata prontamente. Quanto sopra deve essere bilanciato con delle valutazioni relative a quanto le parti siano realmente pronte a procedere con la mediazione, soprattutto con riguardo alla chiarezza dei termini della controversia e delle informazioni disponibili sulla base delle quali le parti possono valutare i rischi connessi all'inasprimento della controversia.
- 3.5 Questa sezione include risorse che possano assistere sia nell'identificazione del tipo di controversie maggiormente adatte per la mediazione sia nel capire quale possa essere il momento più opportuno per intraprendere la mediazione (che può essere estendersi ad un periodo prolungato nelle controversie più complesse e di grandi dimensioni).

CHECKLIST

- Il tuo istinto ti dice che trovare un accordo, anche se solo in uno stato più avanzato della controversia, è possibile?

Laddove le probabilità di un eventuale accordo siano alte, la mediazione spesso accelera e facilita il raggiungimento di una risoluzione transattiva, permettendo un risparmio in termini di tempo, denaro, e rafforzando il rapporto commerciale tra le parti.

- Quanto è importante preservare una relazione commerciale continuativa tra le parti?

Se questo è un fattore chiave per una o entrambe le parti, la mediazione può rappresentare uno strumento molto efficace.

- Quale livello di controllo le parti si aspettano di esercitare sul procedimento di risoluzione della controversia?

La mediazione è un procedimento flessibile che permette alle parti di esercitare un controllo sulla procedura nettamente superiore rispetto ai procedimenti arbitrari e a quelli per giurisdizione ordinaria.

- È verosimile che il caso venga deciso in maniera sommaria oppure una delle parti è propensa a richiedere provvedimenti cautelari o condanne a pagamenti o penali?

Alcuni rimedi possono essere ordinati solamente da un giudice e non sono disponibili in sede di mediazione, quindi, in questi casi, procedere soltanto con la mediazione potrebbe non essere appropriato.

- È verosimile che le parti richiedano una fase istruttoria formale?

Le parti che partecipano alla mediazione possono convenire di scambiare informazioni nei modi e nelle forme da loro prescelte, tuttavia la mediazione generalmente non comporta una fase istruttoria formale. Laddove le parti ritengano necessaria una fase istruttoria completa e formale, possono effettuare un tentativo di mediazione preliminare o in parallelo al processo ordinario per restringere l'ambito delle questioni istruttorie che richiedono l'intervento del giudice o del tribunale arbitrale, permettendo quindi un risparmio di tempo e denaro.

- La controversia è solamente relativa alla determinazione del *quantum* oppure coinvolge anche specifiche questioni commerciali o tecniche?

Le parti possono considerare l'utilizzo di metodi ADR diversi, anche congiuntamente alla mediazione, per soddisfare circostanze specifiche.

- I costi stimati per il processo ordinario o arbitrale rappresentano un incentivo a tentare la mediazione?

Nella grande maggioranza dei casi la risposta a questa domanda è affermativa. Un tentativo di mediazione può offrire una risoluzione economica ed efficiente.

- C'è bisogno di una risoluzione rapida della controversia?

Anche se in ogni caso desiderabile, la risoluzione rapida della controversia è necessaria laddove le parti vogliono continuare o riprendere scambi commerciali o relazioni d'affari. Anche se la mediazione può essere convocata ed effettuata velocemente, se necessario anche in pochi giorni, di solito – nelle controversie commerciali - la mediazione verrà convocata con qualche settimana di preavviso per consentire alle parti di prepararsi a sufficienza.

- È richiesta la confidenzialità delle informazioni relative alla controversia?

La mediazione è solitamente un procedimento confidenziale. Le parti possono trarre vantaggio da norme di legge applicabili e convenzioni contrattuali per proteggere la confidenzialità di informazioni riservate, incluso anche il raggiungimento di un possibile accordo ed il suo contenuto.

- L'impatto sull'opinione pubblica costituisce elemento di rilievo per una delle parti?

Anche se la procedura di mediazione è confidenziale, è possibile (ed anche molto frequente) per le parti concordare che uno degli elementi della risoluzione sia una dichiarazione pubblica concordata secondo direttive prestabilite: per esempio delle scuse, o anche solo una dichiarazione volta ad informare parti terze (ad esempio investitori) che la controversia è stata conclusa.

- Qual è il livello di certezza che le parti hanno di prevalere davanti ad una corte o un tribunale arbitrale?

Quando gli aspetti prettamente giuridici non sono oggetto di controversia, è possibile che la mediazione aiuti le parti a raggiungere un accordo più velocemente rispetto all'attesa di una sentenza o di un lodo. Se, al contrario, le circostanze del caso o le questioni giuridiche sono in discussione, la mediazione potrà in ogni caso fornire un'occasione per le parti per testare le proprie posizioni ed interpretazioni delle norme rilevanti in un foro protetto da riservatezza e senza pregiudizio alle proprie posizioni ed interessi. Questo permette un calcolo dei rischi realistico che può favorire il raggiungimento di un accordo.

- Che percezione ha l'organo direttivo delle rispettive società rispetto alla possibilità di effettuare la mediazione?

Le società che hanno integrato nella loro "cultura" l'uso di forme per la risoluzione extragiudiziale delle controversie e che hanno avuto precedenti esperienze con procedure ADR, sono più propense a procedere con la mediazione e di solito partecipano con l'intento di raggiungere un accordo. La maggior parte dei partecipanti alla mediazione la considera un metodo efficace per la risoluzione delle controversie.

- Qual è lo stato del rapporto tra le parti?

Anche se situazioni conflittuali, di sfiducia e di tensione possono rendere il lavoro del mediatore più arduo, l'inasprimento di tali sentimenti non costituisce una barriera insormontabile per di una mediazione di successo. Spesso il pregio della mediazione sta nel permettere il riconoscimento della presenza di questi sentimenti personali, il che permette di assistere le parti nella risoluzione degli aspetti pratici della controversia. Né il procedimento ordinario né quello arbitrale, a causa del loro carattere decisionale basato sul contraddittorio, riconoscono il ruolo che questi interessi giocano nella risoluzione della controversia, spesso accentuando la conflittualità tra le parti invece di favorire un loro riavvicinamento.

- C'è una disparità tra le parti in termini di risorse finanziarie e nel livello di sviluppo delle loro attività commerciali?

Le mediazioni che coinvolgono grandi disparità di mezzi richiedono una gestione attenta da parte del mediatore per evitare rischi di sopraffazione. Tuttavia, la mediazione rimane un luogo di confronto sicuro per la risoluzione dei conflitti tra organizzazioni di dimensioni

e con risorse anche molto diverse. In certi casi, società di grandi dimensioni sono disposte ad accollarsi i costi della mediazione pur di permettere alla controparte di dimensioni più modeste di parteciparvi, laddove una negoziazione più convenzionale o altri metodi di risoluzione extragiudiziale siano stati intentati senza successo o siano considerati non idonei.

- Gli avvocati/consulenti delle rispettive parti hanno stili compatibili tra loro?

L'atteggiamento degli avvocati può influenzare la probabilità di ottenere una mediazione di successo. Tuttavia è responsabilità delle parti e dei rispettivi legali interni (laddove presenti) di determinare il tono della negoziazione e il loro approccio nella procedura. In alcune giurisdizioni, dove la mediazione non è largamente impiegata o non è molto conosciuta, anche gli avvocati esterni possono non avere sufficiente conoscenza o esperienza in materia, ostacolando il raggiungimento di un accordo, problema che può essere risolto tramite la diffusione di informazioni e con una adeguata formazione specialistica in tale ambito.

- Può essere utile alle parti avere l'opportunità di chiarire e verificare i rispettivi motivi delle condotte o circostanze da cui la controversia è sorta, nonché' gli interessi reciproci?

Un ruolo chiave del mediatore è certamente quello di aiutare le parti a chiarire quali siano i motivi reali della controversia e i rispettivi interessi, in modo da approfondire la ricerca e aumentare le possibilità di un eventuale accordo conciliativo.

- Può la mediazione dare alle parti un'opportunità per spiegare i propri punti di vista, ridurre la conflittualità o addirittura scusarsi?

La mediazione è un processo più cooperativo e meno conflittuale rispetto al processo arbitrale o ordinario – se viene data una possibilità alle parti di esprimere la propria frustrazione o spiegare la propria posizione, la mediazione potrebbe aiutare ad alleviare le tensioni. Molti conflitti sorgono o si inaspriscono a causa di fraintendimenti, che spesso possono essere chiariti più efficacemente attraverso la mediazione più che con un procedimento formale come quello ordinario o arbitrale.

Risorse ulteriori

- 3.6 La guida del CPR, “*ADR Suitability Guide*,” disponibile al seguente indirizzo <http://bit.ly/suitabilityguide>, tratta sia delle questioni indicate in precedenza nella *checklist* sia di altre problematiche, fornendo uno strumento analitico da utilizzare per l'analisi dell'idoneità delle varie controversie alla mediazione.

QUANDO PROCEDERE ALLA MEDIAZIONE NELL'ARCO DELLA CONTROVERSIA

- 3.7 Nonostante sia dibattuto quale sia il momento “ideale” per iniziare la mediazione di una controversia, nella maggior parte dei casi la mediazione è un procedimento che può essere intrapreso con successo in diverse fasi di evoluzione di una controversia. È tuttavia necessario che le parti comprendano le diverse dinamiche in gioco al momento in cui la mediazione viene avviata così da poter affrontare la procedura in modo costruttivo e adattare la propria strategia in preparazione della negoziazione.

- 3.8 Certamente quanto prima le parti decidano di intraprendere la mediazione, tanto è più alta la possibilità di un risparmio in termini di costi e tempi per la risoluzione, nonché in termini di salvaguardia delle relazioni commerciali tra le parti (o della limitazione dei danni a queste ultime). Tuttavia, intraprendendo un tentativo di mediazione nelle fasi iniziali della controversia, spesso le parti hanno a disposizione una quantità limitata di informazioni. Tendenzialmente, chi dispone dell'autorità di prendere le decisioni rilevanti preferisce essere ben informato su tutti gli aspetti della controversia prima di procedere in un tentativo di risoluzione transattiva. Questo crea una tensione tra l'opportunità di addivenire ad una risoluzione il prima possibile, e la necessità di raccogliere informazioni sufficienti per permettere di ottenere una decisione solida, fondata su attento scrutinio ed appropriata (in modo da assolvere pienamente alle responsabilità verso l'organo direttivo e gli azionisti).

- 3.9 Ci sono una serie di fattori esterni ed interni che influenzano la decisione di una società riguardo al momento in cui esperire la mediazione, quali, ad esempio, il luogo scelto per la mediazione, la legge che disciplina la controversia, le circostanze del caso ed i reciproci interessi collegati alla controversia ed alla sua risoluzione.
- 3.10 La guida per l'ADR "*When to Mediate in a Controversie*" (<http://bit.ly/HSFwhenmediate>), redatta dallo studio legale Herbert Smith Freehills LLP, discute alcuni dei fattori da considerare nella determinazione del momento più appropriato per tentare una mediazione in determinati tipi di controversie. Questa risorsa è stata elaborata da una prospettiva di *common Law*, prendendo come punto di riferimento la procedura civile inglese. Tuttavia, le domande trattate possono essere prontamente adattate al fine di riflettere i diversi tipi di procedure nelle corti di *civil law* o nel procedimento arbitrale. A prescindere dalla corte o tribunale scelto per la risoluzione delle controversie, la sfida che ciascuna parte deve affrontare consiste nel capire se l'addentrarsi nelle fasi successive possa condurre le parti a decidere con cognizione se risolvere la lite per via di negoziazione o mediazione, oppure se procedere verso una soluzione più formale della controversia di fronte alle corti nazionali ad un tribunale arbitrale.

4. MEDIAZIONE: PROCESSO E PROCEDURA

Riepilogo

- 4.1 La mediazione è una negoziazione facilitata, il cui scopo è quello di risolvere una controversia raggiungendo un accordo con condizioni accettabili per entrambe (tutte) le parti. Il mediatore, che è una terza parte neutrale, viene selezionato di comune accordo dalle parti. Il suo ruolo è quello di facilitare la comunicazione tra le parti e di investigare gli interessi di queste per identificare elementi di incontro o complementarità sufficienti a motivare le parti a trovare un accordo negoziale che soddisfi i loro interessi fondamentali.
- 4.2 La mediazione fornisce diversi vantaggi rispetto alla negoziazione diretta tra le parti. Nella negoziazione diretta, infatti, le parti sono spesso riluttanti nell'ammettere i propri punti deboli, fare concessioni e nel valutare oggettivamente le informazioni provenienti da parte avversaria. In mancanza di un terzo neutrale le parti hanno maggior preoccupazione di preservare il proprio potere negoziale ed un'immagine di forza delle proprie posizioni. Tuttavia, in ultima analisi, ciò causa spesso l'assunzione di posizioni rigide e controproducenti, da cui deriva una mancata opportunità di esplorare le opzioni di risoluzione esistenti.
- 4.3 Al contrario, la presenza di un mediatore che agisca come una figura diplomatica neutrale, e che è in grado di instaurare una certa fiducia con tutte le parti, può promuovere una discussione che tenga in considerazione aspetti ed elementi confidenziali che le parti non sarebbero disposte a condividere con la controparte, e da cui può emergere un'analisi oggettiva e concreta delle opzioni disponibili. Ciò permette alle parti di poter discutere privatamente, e in modo del tutto sicuro, con il mediatore dei rischi e delle soluzioni extragiudiziali della controversia, garantendo alle parti un'interazione reciproca più pragmatica e costruttiva. La mediazione offre una struttura procedurale flessibile che può essere modellata con l'aiuto di un mediatore esperto per agevolare il raggiungimento di un accordo, laddove nella negoziazione diretta gli aspetti e le esigenze procedurali possono diventare ulteriore causa di irrigidimento delle reciproche posizioni tra le parti e di inefficienza del procedimento.

Caratteristiche principali

- 4.4 La mediazione è un **procedimento volontario**. Anche se in alcune giurisdizioni la mediazione è fortemente raccomandata dalle corti e in qualche caso è anche prevista come obbligatoria, le parti non sono mai obbligate a raggiungere un accordo. Il ruolo del mediatore è quello di assistere le parti nel raggiungimento di un accordo, indipendentemente dal fatto che a volte la procedura possa esaurirsi senza che si sia giunti ad alcuna soluzione.

- 4.5 La mediazione è un procedimento di natura e forma **privata** ed è caratterizzato dalla **riservatezza** e dalla confidenzialità delle comunicazioni ad esso pertinenti. I regolamenti di mediazione dei maggiori istituti ADR al mondo, come anche di certe giurisdizioni statali, prevedono che nulla di ciò che viene discusso durante la mediazione possa essere utilizzato in altri procedimenti o rivelato a parti terze. Inoltre, qualsiasi informazione condivisa durante una seduta privata tra il mediatore e una delle parti deve poter rimanere strettamente confidenziale non solo nei riguardi di terzi ma anche della controparte, a discrezione della parte che può decidere di rivelare l'informazione al terzo neutrale. Queste condizioni sono generalmente delineate nell'accordo di mediazione o nelle regole e norme di procedura applicabili. Naturalmente ciò che le parti apprendono nel corso della mediazione non può essere rimosso, ma lo stesso accade in qualsiasi negoziazione e impone considerazioni circa le scelte strategiche relative alle informazioni che si intende rivelare. È da notare, tuttavia, che alcuni sistemi giuridici che possono governare l'accordo di mediazione, adottano un approccio diverso riguardo alla riservatezza della mediazione.
- 4.6 Inoltre, nelle giurisdizioni - specialmente in quelle di *common law* per le quali è un principio prevalente - che prevedono il privilegio c.d. "*without prejudice*", le parti non possono utilizzare nulla di quanto detto, fatto o creato per iscritto per il solo scopo della mediazione in nessuna fase o momento del successivo processo ordinario o arbitrale. Tuttavia anche in altre giurisdizioni, la legge prevede la confidenzialità delle informazioni condivise durante la mediazione. La Direttiva sulla Mediazione dell'Unione Europea (2008/53/EC), che tratta di controversie transfrontaliere (ovvero con parti domiciliate in Stati Membri diversi), obbliga gli Stati Membri a proteggere la confidenzialità del procedimento di mediazione e a proteggere i mediatori e le istituzioni che forniscono servizi di mediazione, che non possono essere chiamati a testimoniare nel corso di procedimenti giurisdizionali. Alcuni Stati Membri, tra cui l'Italia, hanno volontariamente adottato i requisiti della Direttiva Europea anche nel caso di controversie non transfrontaliere.
- 4.7 Il mediatore **non ha potere coercitivo** di ordinare alle parti una determinata condotta o di imporre l'esecuzione dell'accordo conciliativo e neppure di emettere un lodo o una sentenza. Il risultato della mediazione avrà carattere obbligatorio solo se le parti decideranno di finalizzare l'accordo al termine della mediazione. Questo contratto potrà essere reso esecutivo in virtù dei meccanismi di risoluzione delle controversie che sono in esso concordati ovvero in virtù di norme di legge che ne prevedano l'esecutività, qualora applicabili. Generalmente, l'esecuzione di uno specifico obbligo contrattuale è più semplice che procedere alla risoluzione della controversia originaria davanti ad una corte o ad un tribunale (perché spesso l'azione verte solamente su un debito – il *quantum* dell'accordo conciliativo). Nella pratica tuttavia è raro che le parti che raggiungono un accordo in mediazione si rifiutino di rispettarne i termini, e generalmente l'accordo viene adempiuto volontariamente senza necessità di intervento da parte di un giudice. La Direttiva Europea richiede agli Stati Membri di istituire mezzi di soluzione extragiudiziale delle controversie transfrontaliere da cui derivi un titolo suscettibile di esecuzione immediata presso l'autorità giudiziaria ordinaria degli Stati Membri.

Procedimento facilitativo o valutativo?

- 4.8 Il mediatore è indipendente e neutrale, solitamente non è investito del potere decisionale a meno che ciò non sia espressamente richiesto dalle parti (evento molto raro).
- 4.9 I mediatori, tuttavia, possono svolgere il proprio ruolo in modi diversi. Per esempio, il mediatore può agire solamente come facilitatore della negoziazione, limitandosi a gestire il procedimento e non esprimendo alcuna opinione sulle questioni di merito o sulle strategie adottate da ciascuna parte. Questa viene chiamata mediazione puramente facilitativa ed è uno dei modelli di mediazione più conosciuti e usati a livello internazionale. Un mediatore impegnato in questo tipo di approccio può, in ogni caso, esaminare il merito della controversia, spesso ponendo delle domande alle parti (quasi sempre in privato) che permettono di effettuare una valutazione realistica dei punti di forza e di debolezza delle reciproche posizioni.

- 4.10 Un mediatore può anche approcciare il suo ruolo rendendosi disponibile a offrire la propria opinione circa le rispettive posizioni delle parti oppure a fornire il suo punto di vista (non vincolante) sulla possibile o auspicabile soluzione d'accordo. Questi mediatori sono solitamente categorizzati come "valutativi."
- 4.11 In realtà esiste un'ampia gamma di stili con riguardo all'approccio che il mediatore può adottare, alle preferenze delle parti, e - in alcuni casi - alle aspettative basate sulle prassi maggioritarie una particolare giurisdizione. I mediatori più qualificati sono in grado di adeguare il proprio stile e il proprio approccio alle particolari necessità delle parti e della controversia, vale a dire adottando in maniera flessibile sia elementi di un approccio facilitativo sia elementi valutativi.

Regolamenti e Procedura

- 4.12 Le parti possono decidere di optare per una mediazione che si svolga interamente su base *ad hoc*, oppure sulla base di regole procedurali elaborate da una istituzione per l'ADR. Il CPR (così come altre istituzioni) dispone di un regolamento procedurale per la mediazione, accessibile all'indirizzo fornito di seguito.
- 4.13 Le parti possono scegliere di avvalersi di queste regole procedurali includendo un riferimento alle stesse nella stesura della clausola di ADR o nell'accordo di mediazione. In alternativa, le parti possono decidere di utilizzare regole procedurali riconosciute nell'ambito professionale (per esempio quelle elaborate da avvocati interni o esterni alle aziende), i cui termini di riferimento verranno stabiliti nell'accordo di mediazione (vedere sezione 6 *infra* per ulteriori informazioni sugli accordi di mediazione).
- 4.14 Sebbene la procedura sia flessibile e soggetta a cambiamenti a seconda del regolamento scelto o dei termini stabiliti dalle parti, è possibile delineare un modello esemplificativo della procedura, simile a quello presentato qui di seguito.

1° Passo	Nomina del mediatore
	La nomina può avvenire sia per selezione diretta e congiunta delle parti, sia avvalendosi dei servizi di una istituzione per l'ADR o per la mediazione, la quale può fornire una lista di candidati idonei o nominare direttamente il candidato più adatto in termini di qualifiche ed esperienza. Per ulteriori informazioni su come scegliere un mediatore, si prega di consultare <i>infra</i> la sezione n. 5.
2° Passo	Scelte logistiche: data, luogo d'incontro e modalità di rappresentanza
	Il passo successivo consiste nel concordare una data, un orario e un luogo ove condurre la mediazione. È necessario che i rappresentanti di entrambe le parti siano investiti di potere decisionale cosicché, laddove un'intesa venisse raggiunta, si possa procedere alla stesura immediata dell'accordo al termine della mediazione. Le parti devono inoltre, decidere se sia necessaria la presenza dei rispettivi avvocati. Nella maggioranza dei casi, i legali partecipano a questi incontri e tendono ad essere coinvolti nella fase di preparazione. Pur non essendo obbligatorio, le società che dispongono di legali <i>in house</i> con esperienza nel gestire il contenzioso della società, possono essere da questi efficacemente rappresentate, senza il bisogno di ricorrere a legali esterni.
3° Passo	Dichiarazioni e documenti usati nella mediazione
	Le parti, di solito, forniscono una serie di documenti essenziali in preparazione alla mediazione (concordati, quando possibile) che vengono inviati al mediatore, e possibilmente scambiati tra le parti, prima del dell'inizio del procedimento . Inoltre, le parti possono preparare una memoria scritta (" <i>mediation statement</i> ") in cui delineano le proprie posizioni, i propri argomenti, ed indicano ogni informazione utile al mediatore per comprendere non solo la natura della controversia, ma anche quali siano gli elementi fondamentali nella negoziazione di un possibile accordo. Le memorie preparate per la mediazione

	<p>saranno coperte dalla confidenzialità e riservatezza del procedimento di mediazione e non possono essere in alcun modo prodotte in altri procedimenti pendenti o futuri di alcun tipo. Le parti possono discostarsi dalla formalità richiesta da procedure decisionali e strutturare le loro memorie in forma e tono collaborativo piuttosto che conflittuale.</p>
4° Passo	Fase di preparazione
	<p>Le parti necessitano di prepararsi in modo approfondito e strategico per la mediazione al fine di garantire maggiori <i>probabilità</i> di successo della procedura. Ciò include una valutazione sul merito della controversia e sulle questioni istruttorie, elaborando un quadro valutativo dei rischi, chiarendo i fattori economici connessi al procedimento ordinario o arbitrale già cominciato o in procinto di essere iniziato dalle parti, unitamente all'elaborazione di un piano di negoziazione. È sempre di grande aiuto riflettere su quale sia l'esito auspicabile della mediazione, prima di procedere alla mediazione stessa. Vedi <i>infra</i> alla sezione n. 7 le discussioni di approfondimento a questo proposito.</p>
5° Passo	L'incontro di mediazione
	<p>Un tipico procedimento di mediazione che si svolge nell'arco di una giornata inizia generalmente con una sessione congiunta in cui le parti avranno la possibilità di presentare le loro rispettive posizioni con brevi dichiarazioni orali che si aggiungono alle dichiarazioni scritte già scambiate in precedenza.</p> <p>La mediazione tipicamente inizia con la spiegazione da parte del mediatore del contesto e della procedura ricordando ai presenti i principi fondamentali che devono essere rispettati (come la riservatezza e il principio di "<i>without prejudice privilege</i>", laddove applicabile) e tracciando un piano d'azione per la sessione di mediazione.</p> <p>In seguito alle presentazioni iniziali, le parti possono continuare il procedimento conciliativo in sessione congiunta al fine di porre reciproche domande di chiarimento e rispondere ad eventuali domande di chiarimento poste dal mediatore. Normalmente, conclusa questa fase, le parti avranno l'opportunità di intrattenere incontri separati con il mediatore in modo da affrontare una discussione strategica sulla negoziazione ed usare il mediatore per formulare e comunicare messaggi, proposte, domande e offerte in modo efficace e costruttivo alla/e altra/e parte/i.</p> <p>Il mediatore può richiedere alle parti (o ai rispettivi rappresentanti) di incontrarsi nuovamente in sessioni congiunte anche più volte nel corso del/dei giorno/i della mediazione, laddove lo ritenga utile al raggiungimento di un accordo.</p> <p>Le discussioni che avvengono in privata sede tra le parti e il mediatore spesso seguono tre stadi. In un primo momento c'è un periodo c.d. di esplorazione, durante il quale il mediatore domanda a ciascuna parte di delineare i propri interessi ed obiettivi, e nel quale il mediatore potrà intrattenere una discussione approfondita per verificare punti di forza e gli elementi di rischio nelle posizioni delle parti in lite. In un secondo momento, una fase c.d. di trattativa, in cui il mediatore incoraggia ed assiste le parti nel formulare offerte e contro-offerte che possono essere comunicate dal mediatore ovvero trasmesse direttamente da una parte all'altra. La fase successiva, qualora le parti siano state in grado di far convergere sufficientemente le loro posizioni, porta alla conclusione delle negoziazioni. In questa fase si verifica che i termini dell'accordo conciliativo siano chiari e specificatamente trasposti in un accordo scritto, il quale a seconda delle norme applicabili può avere valore di titolo esecutivo, ovvero di contratto vincolante tra le parti.</p> <p>A seconda del paese in cui la mediazione avrà luogo, ci sono delle differenze circa il modo in cui questo/i giorno/i viene/vengono strutturati. Il procedimento descritto sopra, infatti, è tipico dei paesi di <i>common law</i> come il Regno Unito. In alcuni paesi a tradizione di <i>civil law</i>, come la Francia e la Germania, può</p>

	<p>accadere che il mediatore incoraggi le parti a trascorrere la maggior parte del tempo nella sessione congiunta, piuttosto che nelle sessioni private (c.d. sessioni di <i>caucus</i>). Entrambi gli approcci possono essere efficaci, ma è preferibile che le parti comprendano quale sarà la tecnica che con maggior probabilità verrà usata, così da chiarire i rispettivi desideri e aspettative con riferimento alla mediazione.</p>
--	---

Risorse ulteriori

- 4.15 Il CPR ha elaborato una procedura di mediazione (<http://bit.ly/CPRMediationProcedure>) indirizzata ai mediatori che si trovano negli Stati Uniti ma che può essere adattata per le mediazioni che avvengono in Europa.
- 4.16 La guida per l'ADR elaborata dallo studio legale Herbert Smith Freehills LLP, "[un'introduzione alla mediazione – cos'è e come funziona](http://bit.ly/HSFMediationIntro)" (<http://bit.ly/HSFMediationIntro>), fornisce un'introduzione generale ai principi cardine della mediazione unitamente a informazioni riguardanti ciò che le parti possono aspettarsi nel giorno delle trattative. Questa guida dispone anche di una "tabella della mediazione," che ne elenca i principali stadi, durante e dopo il/i giorno/i della mediazione, approfondendo in maniera dettagliata la procedura.
- 4.17 Diverse altre istituzioni per l'ADR forniscono regolamenti procedurali che possono essere utilizzati allorché le parti abbiano precedentemente concordato in tal senso nella clausola contrattuale per la risoluzione delle controversie o, in alternativa, laddove così venga deciso durante la mediazione. Vedi per esempio:
- 4.17.1 Camera Arbitrale di Milano (CAM): <http://www.camera-arbitrale.it/en/Mediation/Rules.php?id=377>
- 4.17.2 Centre for Effective Controversie Resolution (CEDR) di Londra: http://www.cedr.com/about_us/modeldocs/
- 4.17.3 Centre de Médiation et d'Arbitrage di Parigi (CMAP): <http://www.cmap.fr/Rules-and-rates/Rules-in-English-164-en.html>
- 4.17.4 International Chamber of Commerce (ICC) [Mediation Rules](#)

5. MEDIAZIONE: TROVARE UN MEDIATORE

Identificare il mediatore

- 5.1 Il mediatore può essere nominato in due modi: direttamente dalle parti che congiuntamente scelgono il candidato e procedono a contattarlo, oppure con l'ausilio di un'istituzione per l'ADR o specializzata nella mediazione, solitamente come servizio a pagamento, che si occupa di suggerire o nominare il candidato adatto in base alle esigenze del caso, le qualifiche ed l'esperienza del mediatore.

Selezionare il mediatore

- 5.2 I requisiti necessari per condurre una mediazione variano significativamente a seconda della giurisdizione, spaziando da giurisdizioni (come ad esempio il Regno Unito) in cui non esistono requisiti formali o legali per la mediazione, a paesi (come ad esempio l'Olanda) in cui è richiesto che il mediatore abbia una preparazione specifica, continuativa e certificata o ancora altre giurisdizioni (come ad esempio la Svizzera) dove i mediatori devono prestare giuramento.
- 5.3 Sebbene sia sempre consigliabile la scelta di un mediatore che abbia conseguito una preparazione specifica e che sia accreditato presso una rispettabile istituzione per l'ADR, in quanto tale accreditamento può costituire una garanzia di qualità ed esperienza del mediatore secondo gli standard adottati dall'organismo, non sempre una tale qualifica

permette di indicare con certezza che stile o modello di procedura un mediatore sia solito adottare o quali siano le sue particolari caratteristiche professionali. Pertanto, è sempre consigliabile per le parti di raccogliere il maggior numero di informazioni possibili sui potenziali candidati e sulle loro esperienze pregresse. Le parti possono avere maggiori informazioni riguardo ad un mediatore ad esempio discutendo la selezione con l'organismo di ADR presso cui il candidato mediatore è iscritto, consultando l'opinione di avvocati e parti che abbiano lavorato con quel mediatore in precedenza, e ricercando le informazioni disponibili online riguardo a ciascun professionista. In molti casi, specialmente quando la controversia è particolarmente complessa o di grande valore, può risultare utile per le parti di contattare direttamente i candidati durante la selezione per porre domande specifiche riguardo alla loro attività, e come le loro qualifiche ed esperienza possano risultare rilevanti nella particolare circostanza.

- 5.4 Ciascun mediatore ha un proprio stile, pertanto, è importante che le parti scelgano qualcuno che possa lavorare bene con loro e che riesca a comunicare in modo efficace con i rappresentanti delle parti e con i loro consulenti. Qualora la controversia sia di grandi dimensioni, di particolare complessità o vi siano più di due parti coinvolte, si può anche considerare l'idea di avvalersi di un team di co-mediatori che agisca di concerto per strutturare una procedura efficace per il caso specifico.
- 5.5 La maggioranza dei mediatori che si occupano di controversie commerciali sono avvocati che hanno acquisito una preparazione specifica. Tuttavia, le parti possono considerare, in alternativa, un mediatore che non sia un avvocato bensì un esperto nel settore in cui la lite sia sorta. A prescindere dal bagaglio culturale e formativo del mediatore, ci sono dei requisiti chiave che non possono mancare, quali la neutralità, la pazienza, l'abilità di ascoltare e di capire, e una forte determinazione e carica energetica.
- 5.6 Un problema frequente attiene alla scelta dell'ambito di specializzazione del mediatore. Più la controversia appare specifica, infatti, più l'elenco dei potenziali candidati sarà ridotto. La prassi vuole che il mediatore abbia una certa conoscenza della materia oggetto della controversia – per esempio in ambito assicurativo, di risorse energetiche, di responsabilità da prodotto, ecc. - cosicché il mediatore possa comprendere a fondo le questioni tecniche e specifiche oggetto di controversia, anche se raramente viene richiesto che questi abbia una profonda esperienza nel settore. È inoltre di egual importanza, se non maggiore, che il mediatore sia un vero esperto della procedura e abbia comprovata esperienza nello strutturare e organizzare il procedimento di mediazione in modo efficiente ed efficace in base alle circostanze del caso.

Risorse ulteriori

- 5.7 Nel caso in cui le parti decidano di nominare direttamente il mediatore, il CPR fornisce una lista dettagliata di mediatori (la lista di mediatori del CPR o CPR's *Panel of Distinguished Neutrals*) che può essere consultata dai membri del CPR per identificare le persone le cui caratteristiche soddisfino le richieste avanzate dalle parti in termini di esperienza, credenziali, lingua e collocazione geografica. Le biografie di questi mediatori, selezionati per la loro esperienza nelle controversie commerciali e, in particolare, per la loro esperienza con l'ADR, sono disponibili *online*. Anche le parti che non siano membri del CPR possono accedere a tali biografie contattando il CPR. Il CPR può inoltre assistere le parti nel processo di selezione. Per ulteriori informazioni sui servizi di Risoluzione delle Controversie forniti dal CPR si prega di consultare <http://bit.ly/CPRDRS>.
- 5.8 In alternativa, il CPR può assistere le parti nella selezione di un arbitro o di un mediatore quando ciò sia previsto nel contratto o laddove le parti lo richiedano dopo il sorgere della controversia. Il CPR collaborerà con le parti nella selezione di un professionista che sia qualificato, disponibile, e che risulti esente da conflitti di interesse con le parti. Vedi i servizi per la selezione di un mediatore forniti dal CPR a <http://bit.ly/CPRSelection>.

Il CPR fornisce anche uno strumento che assista nella *due diligence* o *Due Diligence Evaluation Tool* ("DET"), – un documento contenente un insieme di domande formulate per

facilitare una valutazione dei candidati arbitri e mediatori, disponibile a questo link: <http://bit.ly/CPRDET>.

- 5.9 La guida redatta dallo studio legale Herbert Smith Freehills LLP- "[Selecting your mediator and drafting the mediation agreement](http://bit.ly/HSFMediatorSelection)" (<http://bit.ly/HSFMediatorSelection>)- fornisce fattori e criteri da tenere in considerazione nella selezione del mediatore più adatto.

6. MEDIAZIONE: L'ACCORDO DI MEDIAZIONE

- 6.1 L'accordo di mediazione è in genere sottoscritto dalle parti nello stesso giorno in cui ha luogo la mediazione, oppure con poco anticipo. Questo accordo delinea la cornice procedurale che governerà l'andamento della mediazione e che, tra le altre cose, include i doveri principali delle parti, tra cui l'obbligo di riservatezza. Questi documenti prendono in considerazione una lista di aspetti *standard*, anche se, naturalmente, il contenuto del procedimento dovrà essere adattato qualora necessario in base alla legge applicabile. Come già discusso in precedenza, l'accordo può specificare nel dettaglio la procedura che le parti intendono adottare ovvero, come da consuetudine prevalente, può contenere un richiamo alle regole procedurali di un particolare organismo di ADR.
- 6.2 È buona prassi che le parti sottoscrivano l'accordo di mediazione il prima possibile, dopo aver concordato la scelta del mediatore, cosicché anche la fase precedente all'incontro possa rientrare nei termini stabiliti nell'accordo. A volte, tuttavia, l'accordo verrà sottoscritto soltanto all'inizio della sessione di mediazione, il che è fondamentale per il regolare svolgimento della procedura.
- 6.3 Si indicano in seguito alcuni dei termini chiave generalmente utilizzati in un accordo di mediazione.

La controversia	È importante che le parti siano chiare nel determinare le questioni oggetto di controversia e che debbono essere risolte (se possibile) attraverso la mediazione. Queste sono particolarmente evidenti nel quadro di un processo ordinario o arbitrale dove le materie da trattare coincidono con l'ambito della domanda giudiziale. Laddove un procedimento non sia stato instaurato, o le parti desiderino risolvere questioni che siano connesse a quelle oggetto di controversia giudiziale, sarà richiesta una stesura particolarmente cauta dell'accordo, in modo da permettere alle parti di iniziare la mediazione avendo un'idea chiara di ciò che verrà discusso (cosa che, ovviamente, ha delle ripercussioni sull'ambito di preparazione delle parti alla mediazione).
Luogo, data e ora	Le parti devono definire il luogo e l'ora di incontro e possono accordarsi sulla durata e sul numero delle sessioni di mediazione. È importante selezionare un luogo in cui le parti siano sufficientemente a loro agio, e che sia adeguatamente attrezzato per le esigenze dei partecipanti (ad esempio, prossimità, neutralità, capienza per numero di partecipanti, disponibilità di ambienti separati per discussioni private, servizi di segreteria ecc.).
Riservatezza e sistema delle preclusioni	Tutto ciò che viene discusso nell'ambito della mediazione deve rimanere confidenziale e soggetto alle preclusioni dettate dal principio c.d. di "without prejudice privilege" (posto che tale principio sia riconosciuto). In aggiunta, le parti devono considerare se sia possibile o appropriato mantenere la segretezza sull'esistenza dell'incontro di mediazione e del suo esito.

Potere transattivo	Tra i termini dell'accordo, solitamente, figurano disposizioni circa il potere decisionale e di rappresentanza delle persone che prendono parte alla negoziazione. L'accordo, normalmente, include una disposizione secondo la quale la conciliazione non acquista efficacia o definitività fino a che le parti non abbiano formalizzato un accordo conciliativo scritto.
Il mediatore	È prassi comune prevedere che il mediatore sia sollevato da responsabilità verso le parti per ciò che riguarda la mediazione. È inoltre molto importante considerare l'inclusione di una previsione espressa in base alla quale parti escludono che il mediatore possa testimoniare o fornire informazioni nell'ambito di qualsiasi altro procedimento tra le parti o in ogni modo in relazione alla controversia discussa nel corso della mediazione.
Costi	Le parti devono raggiungere un accordo su chi debba anticipare i costi della mediazione (inclusi gli onorari del mediatore e i costi della procedura come l'affitto dei locali per la mediazione o simili), oltre a come i costi debbano essere ripartiti in via definitiva tra le stesse. La prassi più diffusa prevede una divisione equa dei costi di mediazione fra le parti, tuttavia non è del tutto eccezionale che una parte accetti di accollarsi una parte maggiore, o la totalità dei costi della procedura.
Legge applicabile e giurisdizione	L'accordo di mediazione deve anche indicare la legge applicabile e una clausola di scelta del foro per la risoluzione di qualsiasi controversia che sorga in relazione alla mediazione (evento del tutto raro). È di aiuto scegliere una legge e un tribunale che abbia una solida giurisprudenza in favore degli elementi chiave del procedimento di mediazione (come il principio di riservatezza e le previsioni sul sistema delle preclusioni – se applicabili –, la capacità di rendere l'accordo risultante dalla mediazione titolo esecutivo, ecc.).

Risorse ulteriori

- 6.4 Il CPR ha elaborato un modello di accordo per le parti e il mediatore, disponibile alla fine della Procedura di Mediazione del CPR al seguente indirizzo <http://bit.ly/CPRMediationProcedure.aspx>.
- 6.5 La guida per l'ADR elaborata dallo studio legale Herbert Smith Freehills LLP – "[Selecting your mediator and drafting the mediation agreement](http://bit.ly/HSFMediatorSelection)" (<http://bit.ly/HSFMediatorSelection>)- affronta ulteriori questioni da considerare al momento della stesura dell'accordo di mediazione.

7. MEDIAZIONE: LA FASE PREPARATORIA

- 7.1 Prima del giorno designato per la mediazione, le parti necessitano di un'adeguata preparazione al fine di aumentare le *possibilità* di raggiungere il migliore accordo conciliativo possibile. Questa fase include: istruire le persone che dovranno prendere delle decisioni, sviluppare una strategia per la mediazione e raccogliere le informazioni necessarie, ivi inclusa una precisa valutazione delle rispettive posizioni e interessi, nonché una stima dei costi già sostenuti e di quelli previsti in caso di mancato raggiungimento dell'accordo. Le parti hanno come obiettivo comune l'eliminazione, attraverso una riflessione attenta e una pianificazione condotta con l'aiuto dei propri legali, di tutti gli ostacoli ragionevolmente prevedibili al raggiungimento di un accordo.
- 7.2 A seguire una *checklist* di questioni e di interrogativi che una società (di solito il legale interno alla società) dovrebbe porsi prima di procedere alla mediazione.

CHECKLIST

Procedura

- Una persona dotata di potere decisionale sarà presente al tavolo della trattative e se sì, chi sarà questa persona?
- Se no, come saranno prese le decisioni e come si potrà ottenere il potere decisionale necessario per risolvere la controversia (per esempio per via telefonica con le persone che sono munite di questo potere)?
- Vi è parità in termini di ruolo e di responsabilità tra i rappresentanti delle rispettive organizzazioni?
- Vi sono terze parti interessate all'esito della mediazione (compagnie assicurative, altri enti che assicurano il supporto finanziario a una o più parti, ecc.) e se sì, sono queste parti sufficientemente coinvolte/informate in modo da permettere uno svolgimento efficiente della mediazione?
- Il luogo scelto per la mediazione è adatto alle necessità delle parti in termini di come è attrezzato, e della disponibilità di servizi accessori necessari per l'intera durata della mediazione? (un luogo neutrale è spesso desiderabile ma non è essenziale se una delle parti o i loro legali possono ospitare la mediazione e tutti i partecipanti sono d'accordo).
- Come devono essere ripartiti i costi che includono (i) le spese legali delle rispettive parti sia per la fase di preparazione che per quella di mediazione, (ii) il compenso del mediatore e (iii) le spese di affitto del luogo prescelto.
- Nel caso in cui la mediazione non abbia successo, i costi della procedura di mediazione saranno computati come parte dei costi del successivo procedimento giudiziale o arbitrale da ripartirsi secondo le regole applicabili a tale procedura, oppure vengono esclusi e ripartiti separatamente?

Le negoziazioni

- Ci sono altre questioni che le parti vorrebbero discutere oltre al merito della controversia?
- Ci sono questioni che non devono essere discusse?
- Sulla base di quali informazioni e documenti le parti dovranno discutere la possibilità di un accordo? Per esempio, ci sono delle questioni tecniche che richiedono una discussione particolare durante la mediazione, e possibilmente al di fuori di altri procedimenti? Si possono in qualche modo semplificare le informazioni usando presentazioni arricchite da immagini, grafici, diagrammi o altri strumenti comunicativi?
- I rappresentanti delle società sono stati sufficientemente informati della necessità di comprendere in anticipo in cosa consista il procedimento di mediazione ed il proprio ruolo (idealmente attivo) nella negoziazione?

Conciliazione

- Come si arriverà a determinare il quantum della controversia? Anche se l'attenzione delle parti prima della mediazione è di solito incentrata sulle questioni di responsabilità, l'accordo richiede informazioni sul quantum prima ancora che vi sia stata una determinazione sugli aspetti di responsabilità in un procedimento ordinario o arbitrale. Le parti devono chiedersi se un metodo di analisi dei rischi come lo SWOT (Strengths, Weaknesses, Opportunities, Threats – ossia quali siano la forza, la debolezza, le opportunità e li rischi) possa assisterle nelle loro valutazioni.
- Ci sono altre questioni, oltre a quelle monetarie, che le parti desiderano affrontare durante la mediazione (come delle scuse, dichiarazioni pubbliche, accordi di riservatezza o future collaborazioni o relazioni tra le parti)?

Conciliazione

- Quali sono le migliori (BATNA) e le peggiori (WATNA) alternative al raggiungimento di un accordo ?
- Qual è il valore degli accordi commerciali tra le parti? Ci sono delle opportunità per accordi commerciali in futuro?
- Quali sarebbero i costi e le altre conseguenze se le parti non saranno in grado di raggiungere un accordo tramite la mediazione?
- Nel caso in cui un accordo non venga raggiunto, ci potrebbero essere delle ripercussioni economiche o reputazionali?
- Qual è il range delle offerte/domande iniziali e come si rapportano all'analisi delle questioni contese che sono oggetto di mediazione?
- Quali sono i benefici di formulare la prima offerta o domanda negoziale in mediazione?
- Quali sono le previsioni di possibili contro-offerte?
- Qual è il range più probabile in termini economici che può essere raggiunto al fine di ottenere un accordo?
- Quali sono le rispettive posizioni delle parti a livello di potere contrattuale o commerciale nel contesto commerciale rilevante?

Risorse ulteriori

- 7.3 La procedura di mediazione del CPR contiene nel suo “Commentario” informazioni utili che le parti possono utilizzare in preparazione alla mediazione. Vedere a tal proposito <http://www.cpradr.org/RulesCaseServices/CPRRules/MediationProcedure.aspx> oppure visitare la sezione del Commentario della procedura di mediazione del CPR al seguente indirizzo:
<http://www.cpradr.org/RulesCaseServices/CPRRules/EuropeanMediationProcedure.aspx>.
- 7.4 La guida per l'ADR dello studio legale Herbert Smith Freehills – “prepararsi alla mediazione”– analizza molte delle questioni citate in precedenza e in aggiunta affronta ulteriori problematiche che non possono essere trascurate dalle parti in preparazione alla mediazione come, ad esempio, l'approccio e lo stile che il mediatore adotterà, la valutazione dei rischi, la definizione di una strategia per la negoziazione e la preparazione delle memorie e delle dichiarazioni di apertura.

8. MEDIAZIONE: DOMANDE PIÙ FREQUENTI

8.1 Suggestire il ricorso alla mediazione può essere considerato come un segno di debolezza?

È comune, tra le aziende che non hanno esperienza con il ricorso ai metodi ADR ritenere che la controparte possa percepire la proposta di ricorrere alla mediazione come un segno di debolezza dal momento che lo scopo di questo procedimento è il raggiungimento di un accordo. Tuttavia, le società che conoscono gli strumenti ADR, sono dell'avviso che proporre una mediazione sia un modo efficace per esplorare le opportunità di risoluzione delle controversie piuttosto che un segnale di debolezza, in quanto spesso permette di raggiungere un accordo a costi inferiori, più velocemente e aumentando le possibilità di mantenere le relazioni commerciali (quando tale aspetto sia rilevante).

Un fattore rilevante è costituito dalla presenza di una policy interna esplicita o implicita sull'utilizzo dei metodi di ADR e in particolare sull'utilizzo della mediazione, laddove sia appropriata. Un numero crescente di aziende in tutto il mondo sottoscrive dichiarazioni di impegno ad usare metodi ADR per la risoluzione di controversie commerciali come, ad esempio, il “Corporate Policy Statement on Alternatives to Litigation©” elaborato dai membri del CPR nel CPR's 21st Century Pledge, ovvero altre dichiarazioni o accordi simili di altre organizzazioni che operano in ambito di ADR. Per maggiori informazioni su queste

dichiarazioni e sui membri che le hanno sottoscritte, si prega di consultare il seguente link: <http://bit.ly/CPRPledges>.

Le parti possono eliminare questo problema includendo una clausola di ADR nel contratto, in quanto l'accordo sull'utilizzo di metodi di ADR, inclusa la mediazione, come condizione di procedibilità o anche solo come alternativa al processo ordinario renderà l'inizio della procedura un atto dovuto, o quantomeno previsto dalle parti.

Condividere le esperienze positive è anche un modo per dissipare le preoccupazioni. A tal proposito, la Sezione 9 e l'Appendice 2 di questa guida contengono descrizioni dettagliate di casi pratici reali di mediazioni commerciali svolte con successo.

8.2 La mediazione contribuisce ad aumentare i costi?

È inevitabile che la nomina di un mediatore unitamente alla fase di preparazione della mediazione comportino dei costi. Tuttavia, il costo di una mediazione è solitamente molto inferiore ai costi sia di un procedimento giurisdizionale ordinario sia di un arbitrato. Se la mediazione si conclude con un accordo conciliativo, il risparmio in termini di costi è notevole. Tuttavia, anche nel caso in cui la controversia non si risolva in sede di mediazione, è probabile che il successivo procedimento ordinario o arbitrale possa procedere in modo più efficiente, sia in quanto le parti avranno maggior chiarezza riguardo le rispettive posizioni ed argomentazioni, sia poiché le parti di un accordo risolutivo della lite, si accordano su scambio di informazioni e questioni procedurali in modo da snellire il successivo procedimento sul merito.

8.3 Quanto è probabile che la mediazione si concluda con un accordo conciliativo vincolante?

Molto probabile. Secondo il Comitato Consultivo Europeo (European Advisory Board o EAB) quando la mediazione riguarda controversie commerciali, circa il 50% di queste viene risolto nel corso la giornata dedicata alla mediazione o se questa si svolge in più giorni, al termine di questi. Una percentuale rilevante dei casi in cui l'accordo non viene raggiunto tramite mediazione, si risolve con un accordo negoziale nelle settimane o nei mesi successivi, grazie al lavoro svolto durante la mediazione, teso sia a incoraggiare le parti a concentrarsi sulle problematiche in maniera critica e realistica sia a riconciliare il rapporto e la comunicazione tra le stesse.

8.4 La riservatezza può essere mantenuta con riferimento alle problematiche discusse?

Sì, in quanto il procedimento, come riconosciuto dalla Direttiva dall'Unione Europea sulla mediazione, adottata da tutti gli Stati Membri, è del tutto confidenziale. Il potere che i tribunali dei vari Stati hanno di eludere la riservatezza della mediazione dipende dalle leggi applicabili al procedimento sia di mediazione sia dell'azione presso il giudice ordinario.

8.5 La mediazione è un'opzione valida laddove la controparte sia riluttante a procedervi?

La mediazione è un procedimento volontario nel senso che le parti, anche se incoraggiate o obbligate a partecipare per legge o su ordine del giudice, non sono mai forzate a raggiungere un accordo. La riluttanza di una parte a partecipare è spesso dovuta a una carente comprensione del funzionamento della procedura e dei possibili risultati da essa ottenibili. Tuttavia, la riluttanza iniziale di una parte può essere superata da un mediatore esperto capace di far acquisire alle parti sufficiente fiducia nel procedimento. A questo proposito, vedi - nell'Appendice 2- I casi pratici sulla mediazione, che si sono positivamente conclusi, elaborati dal Comitato Consultivo Europeo (EAB) e che trattano di diversi tipi di controversie commerciali riguardanti differenti settori d'industria, che possono servire da esempio concreto dell'uso della mediazione in casi reali.

8.6 È possibile mediare una controversia in cui la controparte ha commesso una frode?

Sì, le controversie che hanno ad oggetto una frode commessa da una parte nei confronti dell'altra possono essere mediate con efficacia, seppure la risoluzione transattiva potrà avvenire solo qualora le parti instaurino un livello minimo di fiducia reciproca necessario per raggiungere un accordo. Il procedimento di mediazione non prevede la possibilità di richiedere provvedimenti ad interim e cautelari, come ad esempio il congelamento di fondi o di altri asset, ma rimane possibile svolgere una mediazione in parallelo o in un momento successivo alla disposizione di misure urgenti da parte del giudice ordinario.

8.7 È possibile mediare una controversia di grande e complessa entità?

Assolutamente sì! La mediazione è stata utilizzata per risolvere molte delle controversie più complesse e di più elevato valore in numerose giurisdizioni. La preparazione e la conduzione di una mediazione per uno di questi casi richiede accorgimenti specifici proporzionati alla portata e alla complessità della particolare controversia. Spesso controversie molto complesse che coinvolgono una pluralità di parti e molteplici questioni giuridiche e tecniche sono affrontate da un team di co-mediatori, non solo per suddividere la mole di lavoro ma anche per permettere il coordinamento efficace di discussioni e negoziazioni parallele su più fronti.

8.8 Come funziona il processo di mediazione quando più parti sono coinvolte?

Il procedimento funziona sostanzialmente nello stesso modo anche se il mediatore deve assicurarsi che tutte le parti abbiano l'opportunità di partecipare adeguatamente sia nelle sessioni congiunte che in quelle private. Più le dinamiche tra le parti e i loro interessi nella mediazione sono complessi, più il mediatore o co-mediatori devono concentrare i loro sforzi sulla struttura del procedimento e sulla comunicazione efficace con e tra tutti i partecipanti.

8.9 È possibile una mediazione quando ci sono differenze di lingua, di cultura o di religione?

Il processo di mediazione è flessibile e può assistere parti che abbiano background molto diversi. Le caratteristiche del mediatore, quali il suo bagaglio culturale, le lingue che parla e la sua formazione sono di fondamentale importanza per una efficiente comunicazione tra le parti e il mediatore e tra le parti stesse. Le parti possono, inoltre, considerare l'idea di nominare un co-mediatore quando l'uso di mediatori con caratteristiche complementari potrebbe contribuire ad incrementare il successo della mediazione (qualora il valore della controversia sia tale da giustificare l'incremento di costi).

8.10 È necessario che il consulente legale esterno alla società assista alla mediazione?

Anche se non è necessario, è consuetudine che le parti di una controversia commerciale siano accompagnate nella mediazione da un consulente legale esterno. Le società che dispongono di un ufficio legale interno si possono far rappresentare nella mediazione da uno o più dei propri legali d'azienda, con o senza l'ulteriore assistenza di un legale esterno.

8.11 Dove si possono trovare dei commenti sui mediatori elaborati dalle parti?

Il CPR può assistere nella raccolta di feedback sui mediatori inclusi nelle proprie liste. Molte società si avvalgono dell'aiuto di un consulente legale esterno per reperire informazioni sulle caratteristiche e performance dei mediatori.

9. MEDIAZIONE: CASI PRATICI

9.1 L'esperienza dei membri del Comitato Consultivo Europeo (EAB) del CPR può essere utile alle organizzazioni che valutano se avvalersi della mediazione a comprendere come altri utenti abbiano usato questa procedura ADR nella risoluzione delle loro controversie in circostanze, sistemi giuridici e settori d'industria simili. Tuttavia, la riservatezza della mediazione rende difficile la diffusione pubblica di informazioni di questa natura.

- 9.2 Il Comitato Consultivo Europeo (EAB) ha raccolto un certo numero di casi pratici che riflettono l'esperienza positiva dei suoi membri e delle organizzazioni di cui fanno parte. Ciascun caso comprende una spiegazione della controversia, propriamente redatta per proteggere le informazioni confidenziali riguardanti le parti, e di come la mediazione abbia favorito il raggiungimento di un accordo conciliativo.
- 9.3 Questi casi pratici sono raccolti nell'Appendice n. 2 di questa guida e comprendono una lista di controversie nei seguenti settori:
- 9.3.1 Settore energetico – controversia di tipo contrattuale;
 - 9.3.2 Settore energetico – controversia in materia di diritto del lavoro;
 - 9.3.3 Settore commerciale;
 - 9.3.4 Settore delle tecnologie d'informazione;
 - 9.3.5 Settore dell'assicurazione e riassicurazione;
 - 9.3.6 Settore della proprietà intellettuale – controversia sulle licenze;
 - 9.3.7 Settore della proprietà intellettuale – controversia in materia di vendite;
 - 9.3.8 Settore dei prodotti finanziari (rendite vitalizie);
 - 9.3.9 Settore farmaceutico;
 - 9.3.10 Settore della responsabilità da prodotto;
 - 9.3.11 Settore immobiliare;
 - 9.3.12 Settore degli appalti;

10. **ARBITRATO**

- 10.1 L'arbitrato è uno strumento privato di risoluzione delle controversie, su base contrattuale, in cui le parti si accordano per sottoporre ogni controversia tra di loro alla decisione di uno o più arbitri con il potere di emanare un lodo vincolante e definitivo (anche se le parti possono optare per una decisione non vincolante). L'arbitro, o il collegio arbitrale, è una parte terza neutrale, indipendente e imparziale a cui le parti conferiscono il potere di aggiudicare il merito della loro controversia. L'intero procedimento, governato dalla convenzione arbitrale sottoscritta dalle parti, si svolge in base alle regole contenute nel regolamento procedurale di un'istituzione scelta dalle parti (se così è disposto nella convenzione arbitrale). Il lodo è raramente oggetto di appello, salvo che questa possibilità non sia esplicitamente contemplata nella convenzione arbitrale (molte giurisdizioni ammettono l'appello del lodo arbitrale solo in casi molto limitati). Il regolamento arbitrale del CPR prevede una procedura di appello opzionale che può essere incorporata nella clausola arbitrale (vedi <http://bit.ly/CPRAppellateArbitration>). Le corti dello stato in cui l'arbitrato ha sede hanno generalmente il potere di annullare il lodo sulla base di motivi specifici, per lo più in relazione al rispetto del principio del contraddittorio e del diritto alla difesa.
- 10.2 L'arbitrato si contraddistingue per la sua natura contrattuale. In virtù del principio di autonomia delle parti, queste possono adottare la procedura che preferiscono per la risoluzione della controversia con una libertà nel molto maggiore rispetto al procedimento giudiziale ordinario. L'arbitrato offre alle parti la flessibilità di scelta nella selezione dell'arbitro o del tribunale arbitrale, permettendo di specificare le qualifiche e il tipo di esperienza che l'arbitro o arbitri debbano avere.
- 10.3 L'arbitrato è generalmente considerato un metodo di ADR che garantisce la riservatezza dei documenti prodotti durante il procedimento e del procedimento stesso. Tuttavia le norme di legge applicabili, i regolamenti degli organismi che amministrano procedure arbitrali e la prassi possono prevedere diversamente.
- 10.4 I lodi arbitrali vincolanti e definitivi sono comunemente riconosciuti negli stati diversi da quelli in cui sono emessi in virtù della Convenzione sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi

stranieri e delle convenzioni di arbitrato del 1958 (Convenzione di New York), la quale richiede ai tribunali degli stati aderenti di riconoscere l'efficacia e rendere esecutivo il lodo emesso in uno stato straniero, fatte salve alcune eccezioni, generalmente analoghe a quelle che possono dar luogo all'annullamento del lodo da parte del tribunale dello stato in cui l'arbitrato ha avuto sede.

- 10.5 Per una comparazione tra il procedimento arbitrale e gli altri metodi di ADR, si prega di consultare *supra* la tabella nella Sezione 1 di questa guida.

Modelli di clausole arbitrali, la selezione dei regolamenti procedurali e la nomina degli arbitri

Qualsiasi arbitrato si basa su una convenzione arbitrale che può anche essere separata dal contratto e sottoscritta dopo il sorgere della controversia. Più spesso, però, tale convenzione è inserita già nel contratto sottoscritto dalle parti, prima del sorgere della controversia. Il CPR fornisce un compendio di modelli di clausole adatte per i diversi tipi di procedimento arbitrale consultabile a questo indirizzo: <http://bit.ly/CPRArbitrationClauses>.

- 10.6 Anche se il procedimento arbitrale può essere condotto *ad hoc*, nel caso in cui le parti abbiano raggiunto un accordo sulle regole di procedura applicabili, esistono vari organismi internazionali che si occupano di amministrare i procedimenti arbitrali e che dispongono di regolamenti propri. Il CPR ha elaborato un regolamento procedurale adatto a situazioni differenti.
- 10.7 Il regolamento per il procedimento arbitrale amministrato del CPR può essere consultato a questo indirizzo <http://bit.ly/AdministeredArbitration>.
- 10.8 Per informazioni riguardo al regolamento per l'arbitrato amministrato in caso di controversie internazionali, si prega di consultare il sito del CPR al seguente indirizzo: <http://bit.ly/IntAdministeredArbitration>.
- 10.9 Per informazioni sul regolamento arbitrale non amministrato consultare il seguente indirizzo: <http://bit.ly/nonadministeredarbitration>.

La conciliazione durante l'arbitrato

- 10.10 L'arbitrato e la mediazione sono spesso usati in modo complementare all'interno del procedimento per la risoluzione delle controversie (tipicamente, la fase di mediazione precede quella arbitrale). Tuttavia, arbitrato e mediazione possono anche procedere in parallelo. La misura in cui un tribunale arbitrale solleverà la questione della conciliazione tra le parti (sia con la mediazione che con altri metodi) varia a seconda delle caratteristiche del tribunale, del regolamento procedurale e delle leggi e delle prassi applicabili al caso di specie.

Risorse ulteriori

- 10.11 C'è una grande quantità di materiale disponibile per assistere le parti nel valutare l'utilizzo dell'arbitrato.
- 10.12 Il comitato arbitrale del CPR ha elaborato una serie di protocolli e linee-guida per accrescere l'efficienza nell'arbitrato come ad esempio:
- 10.12.1 Il protocollo del CPR sull'acquisizione delle prove documentali e testimoniali nell'arbitrato commerciale (vedi <http://bit.ly/CPRDisclosureProtocol>);
 - 10.12.2 Il protocollo del CPR sulla quantificazione dei danni in arbitrato (vedi <http://bit.ly/CPRDamagesProtocol>);
 - 10.12.3 Le linee-guida del CPR sulla disposizione sommaria delle questioni nell'arbitrato (vedi <http://bit.ly/CPRDispositionGuidelines>);
 - 10.12.4 Le linee-guida del CPR per gli arbitri che presiedono procedimenti arbitrali complessi (vedi <http://bit.ly/CPRArbitrationGuidelines>).

- 10.13 Lo studio legale Herbert Smith Freehills ha predisposto una guida sull' "ADR, l'utilizzo della mediazione insieme all'arbitrato" (<http://bit.ly/HSFMedArb>), che fornisce delle linee guida sugli aspetti pratici dell'utilizzo della mediazione nel contesto di un procedimento arbitrale.

APPENDICE 1

RISORSE SPECIFICHE PER SETTORE DI INDUSTRIA

OIL & GAS

I modelli contrattuali predisposti dall'organizzazione del settore Oil & Gas *Leading Oil and Gas Industry Competitiveness* (LOGIC), incluse le condizioni generali di contratto per le costruzioni *offshore* del settore Oil & Gas in U.K., incorpora una previsione *multi-step* per la risoluzione delle controversie che include:

- a) Il deferimento iniziale della controversia ai rappresentanti della società al fine di ricercare un accordo risolutivo;
- b) Qualora tale accordo non venisse raggiunto, il rinvio della controversia a due soggetti individuati nel contratto al fine di tentare una risoluzione negoziale;
- c) In mancanza di un accordo tra questi soggetti, il deferimento della questione ai manager di più alto livello di ciascuna organizzazione; e
- d) Se anche le cariche più elevate non dovessero trovare una soluzione negoziale, le parti tenteranno di risolvere la controversia facendo ricorso ai metodi di risoluzione alternativa tra queste concordati.

CONSTRUCTION

Il Comitato Consultivo CPR per il settore delle costruzioni e degli appalti ha elaborato tre rapporti: Partenariato: *best practice* per il management; Allocazione realistica dei rischi: il primo passo nella prevenzione delle controversie; e I Collegi di Revisione delle Controversie (DRBs – Controversie Review Boards): *best practice* per il management.

Le controversie nell'ambito dell'edilizia sono soggette, generalmente, a forme *multi-step* di ADR, come risulta dall'ampiamente adottato manuale FIDIC *Red Book* (*il contratto per l'edilizia*, 1^a edizione (1999), *le condizioni contrattuali per l'edilizia, per i lavori di costruzione ed ingegneristici progettati dal datore di lavoro*, pubblicata dalla Federazione Internazionale dei Consulenti Tecnici Ingegneri ("FIDIC"), il quale prevede che le controversie vengano in prima istanza riferite a:

- a) un Consiglio di Risoluzione delle Controversie ("Controversie Resolution Board")³ strutturato per fornire decisioni *ad interim* (raccomandazioni);
- b) Un Consiglio di Aggiudicazione delle Controversie ("Controversie Adjudication Board") che fornisce decisioni vincolanti.

SETTORE DELLE MATERIE PRIME E MARITTIMO

Vi sono anche regolamenti per la risoluzione delle controversie studiate per settori specifici dell'economia:

Nel campo delle materie prime, un insieme di regole per la risoluzione delle controversie che viene largamente usato è il Regolamento Arbitrale Nazionale per i Cereali e il Foraggio (2009).

Nel settore marittimo e del salvataggio, esistono vari insiemi di regole, tra cui:

- a) I Termini dell'Associazione Arbitrale Marittima Londinese (*the London Maritime Arbitration Association Terms*) (2012);
- b) Il Regolamento dell'Associazione tedesca per l'arbitrato Marittimo (*the German Maritime Arbitration Association Rules*) (2013); e

³ Vedi il Manuale DRB (1996) ad opera della Società Americana degli Ingegneri Civili; Le regole dell' ICC di risoluzione delle controversie in diverse lingue (2004); I documenti modello dell'AAA (2000).

- c) Il Regolamento della Società dell'Arbitrato Marittimo (*the Society of Maritime Arbitration Rules*) (2013).

PROPRIETÀ INTELLETTUALE

La *Task Force* del CPR per la proprietà intellettuale ha pubblicato un protocollo nel 2012: “Rapporto della Task Force del CPR per la mediazione nella proprietà intellettuale: protocollo per una prassi efficace.” Questo protocollo offre raccomandazioni per la mediazione delle controversie in materia di brevetti. Consultare <http://bit.ly/CPRPatent>.

In aggiunta, il CPR ha elaborato un protocollo arbitrale e di “*fast track mediation*” che si adatta particolarmente alle controversie concernenti la proprietà intellettuale. Per maggiori informazioni, consultare: <http://bit.ly/CPRFastTrack>.

CONTROVERSIE IN MATERIA DI FRANCHISING

Una procedura per la risoluzione delle controversie in materia di *franchising* è stata elaborata dal CPR in collaborazione con l'Associazione Internazionale per il Franchising, l'Associazione Asiatica-Americana degli Albergatori, e l'Associazione Americana di Affiliati Commerciali e Rivenditori. Questa procedura, che prevede una fase di negoziazione seguita da una fase di mediazione, è stata usata dalle principali case madri (*franchisors*), dagli affiliati (*franchisees*) e dalle associazioni di affiliati. Per ulteriori informazioni, si prega di consultare <http://bit.ly/CPRFranchise>.

ASSICURAZIONE E RIASSICURAZIONE

Il CPR ha redatto dei principi per la mediazione delle controversie tra assicuratore e assicurato, tesi a incoraggiare le parti a mediare controversie relative alla copertura assicurativa o al contratto di assicurazione. Per ulteriori informazioni, si prega di consultare <http://bit.ly/CPRInsurance>.

Il protocollo CPR per il settore della riassicurazione internazionale, stilato dai rappresentanti di alcune tra le principali società e studi legali nel settore assicurativo londinese e americano, rappresenta una delle *best practice* volte ad incoraggiare la risoluzione rapida ed efficiente delle controversie tra assicuratori e riassicuratori. Per ulteriori informazioni, si prega di visitare il sito <http://bit.ly/CPRReinsuranceProtocol>.

APPENDICE 2

MEDIAZIONE: CASI PRATICI

Come già precedentemente discusso nella sessione nona di questa guida, il Comitato Consultivo Europeo del CPR (EAB) ha raccolto un numero di casi pratici che riflettono l'esperienza dei propri membri e delle loro organizzazioni con riguardo a mediazioni concluse con successo. Ogni caso pratico include una spiegazione delle circostanze della controversia tra le parti, il cui nome è rimasto anonimo, e la descrizione di come la mediazione abbia aiutato a trovare una soluzione.

Controversia commerciale

Una Società si trovò ad affrontare alcuni problemi quando uno dei suoi rivenditori iniziò ad avvantaggiarsi indebitamente di uno dei programmi per rivenditori. Il programma autorizzava i partners a rivendere i prodotti della Società e il partner in questione richiedeva alcuni sconti sulla base del volume delle rivendite. Tuttavia, vi erano prove del fatto che il partner non stesse raggiungendo i volumi di vendita contrattualmente richiesti. Pertanto, la Società citò in giudizio il partner promuovendo una domanda per danni del valore di diversi milioni di dollari. Il contenzioso si rivelò complesso e le parti e i rispettivi difensori si scambiarono aspre contestazioni. Inoltre, il partner inizialmente rifiutò di sottoporsi ad un audit, costringendo la Società a richiedere un ordine del Tribunale che costringesse il partner a sottoporvisi.

Prima che le parti si accordassero di esperire un tentativo di mediazione, ebbe luogo una discussione nel corso di una tavola rotonda in presenza dei difensori. A seguito della tavola rotonda, le parti erano sul punto di scambiarsi le rispettive prove testimoniali, quando decisero di esperire un tentativo di mediazione prima di proseguire oltre. La mediazione ebbe successo, sebbene la transazione ebbe luogo solamente dieci anni dopo la fine della stessa. La soluzione negoziale prevedeva un pagamento alla Società da parte del partner di poco meno di due terzi dell'ammontare dei danni chiesti in origine da quest'ultima.

La mediazione in sé, così come la scelta di esperirla, fu certamente un successo, in quanto permise ai legali di fare un passo indietro e alle parti di concentrarsi sugli aspetti di business in gioco. Ciò fu essenziale per il raggiungimento di una soluzione negoziata, dal momento che un giudizio si sarebbe soffermato esclusivamente sugli aspetti giuridici della disputa, andando a svantaggio delle parti.

Energia – Controversia di tipo contrattuale

La controversia riguarda un contratto di fornitura a lungo termine tra un produttore europeo di turbine per generatori eolici ed un produttore di energia eolica del nord Europa. Il produttore di energia eolica procedette al pagamento di un acconto nel giorno in cui il contratto diventava effettivo, mentre l'altra parte iniziò la produzione delle turbine poco tempo dopo. Dopo la consegna delle forniture iniziali, il produttore di energia eolica comunicò la propria intenzione di risolvere il contratto a lungo termine a causa della crisi economica. Mentre il produttore di turbine riteneva di avere il diritto di trattenere l'intero importo versato come acconto, il produttore di energia eolica affermava di aver diritto al rimborso di una percentuale della caparra corrispondente alla differenza tra il valore delle forniture iniziali effettivamente prodotte e il totale pagato in anticipo. Il produttore di energia eolica decise, infine, di intentare la mediazione domandando il rimborso dell'ammontare della caparra.

Il processo di mediazione si svolse in quattro mesi, inclusa la fase di preparazione precedente gli incontri di mediazione svoltisi a Parigi per una durata totale di un giorno e mezzo. Le parti sono state in grado di raggiungere un accordo che ha permesso al produttore di componenti di trattenere l'ottanta per cento della caparra, mentre il venti per cento è stato rimborsato al produttore di energia. I costi che le parti hanno sopportato sono stati estremamente contenuti in proporzione al tipo e valore della lite, poiché la controversia è stata risolta velocemente. Le parti hanno diviso tutte le spese relative alla mediazione, sia le spese amministrative di procedura sia quelle relative al compenso del mediatore, e ciascuna parte ha coperto i propri costi di viaggio per partecipare alla mediazione. Il produttore di energia si è avvalso di un consulente esterno interamente retribuito dalla parte stessa.

La mediazione si è rivelata indubbiamente un successo. Il fatto che il mediatore parlasse fluentemente le lingue di entrambe le parti ha permesso di evitare fraintendimenti anche su aspetti personali. Inoltre, la migliore alternativa delle parti alla negoziazione (c.d. BATNA), o la migliore opzione per ciascuna parte nel caso in cui la mediazione fosse fallita, sarebbe stata un costoso e prolungato procedimento arbitrale. Le parti erano consapevoli del fatto che una soluzione della controversia attraverso la mediazione era la scelta ideale, poiché permetteva di risparmiare tempo (la controversia si era velocemente inasprita e sarebbe potuta durare per anni, invece di risolversi in pochi mesi) e denaro – verosimilmente centinaia di migliaia di euro. Il processo di mediazione ha anche permesso di mantenere la controversia confidenziale, fattore che stava particolarmente a cuore alle parti poiché attirare l'attenzione della stampa poteva essere dannoso per i loro interessi economici, specialmente all'interno di una comunità commerciale ristretta. Dopo la risoluzione della controversia, le parti hanno concordato che la mediazione ha aiutato loro a (i) evitare problemi a livello personale – cosa che avrebbe potuto impedire il raggiungimento di una soluzione logica e ragionevole; (ii) lasciare aperta la possibilità di collaborare insieme in un futuro laddove le circostanze del mercato lo permettessero.

Settore dell'Energia – Controversia in materia di lavoro

Una controversia era sorta a livello nazionale tra i dirigenti di una centrale elettrica ed il comitato di rappresentanza dei lavoratori (comitato eletto dai lavoratori incaricato di rappresentarli nelle negoziazioni dei termini del rapporto con il datore di lavoro). La lite tra le due parti durò diverso tempo, sfociando in una mediazione non amministrata interna all'azienda, dopo che entrambe le parti concordarono che questa era la soluzione migliore per giungere a un accordo. Diversi fattori hanno contribuito al sorgere della controversia, tra i quali una mancanza di comunicazione tra i dirigenti e i rappresentanti sindacali, che ha contribuito a deteriorare la fiducia tra le parti e a limitare le opportunità di scambio di informazioni tra le stesse. La contestazione riguardava, tra le altre, anche una questione relativa all'inquadramento salariale di certe classi di lavoratori. Il processo di mediazione, durato complessivamente tre mesi, è stato condotto da una squadra di mediatori interni (*in house*) e si è protratto per sei giorni di incontri prima del raggiungimento di un accordo.

L'accordo risolutivo, lungo e dettagliato, conteneva una sezione che prevedeva l'obbligo per entrambe le parti di informare la controparte sui progetti futuri, nonché l'onere, per la centrale, di creare un piano delle presentazioni da tenersi di fronte a tutto lo staff della centrale. In aggiunta a queste riunioni del personale al completo, l'accordo includeva anche una dichiarazione di intenti volta ad organizzare incontri con alcune persone con specifiche competenze e su determinate materie. Infine, le parti hanno convenuto di assegnare le qualifiche professionali a seconda dei gradi di anzianità superando la questione dell' inquadramento retributivo. La mediazione ha contribuito a risanare lo spirito di appartenenza all'azienda dei membri del sindacato e il loro dialogo con il direttivo aziendale, nonché la consapevolezza dell'acquisto e della rilevanza dei rispettivi ruoli. Le incomprensioni originarie sono state superate e le parti sono state in grado di trovare soluzioni costruttive basate su una ritrovata fiducia reciproca. Certamente, un altro motivo di successo della mediazione è riscontrabile nel riconoscimento e nell'affermazione di entrambe le parti del comune interesse a preservare e proseguire la regolare attività della centrale. Molti partecipanti hanno individuato, al termine della controversia, un miglioramento del rapporto tra i soggetti originariamente coinvolti nel conflitto.

Ci sono stati molti vantaggi nell'usare la mediazione come metodo di risoluzione di questa lite. Per prima cosa, la mediazione ha garantito la confidenzialità della procedura nonché la continuazione del funzionamento della centrale durante il tempo necessario a risolvere il conflitto. In secondo luogo, entrambe le parti hanno ottenuto un risparmio considerevole delle spese legali in quanto la controversia è stata risolta prontamente in soli sei incontri tra le parti, mentre un processo ordinario sarebbe potuto durare per anni. Non solo le parti hanno risparmiato risorse finanziarie nell'ordine dei milioni di euro, ma hanno anche evitato uno sciopero ed ulteriori conseguenze negative per gli interessi di tutte le parti. Inoltre, il mantenimento della confidenzialità della controversia è stato cruciale, in quanto il concretizzarsi di uno sciopero, minacciato dal sindacato prima dell'inizio della mediazione avrebbe attirato l'attenzione dei media, rendendo il conflitto di dominio pubblico. Ciò avrebbe avuto risvolti negativi sulla società, macchiando l'immagine della compagnia sia a livello

pubblico sia interno. La mediazione ha evitato lo sciopero e permesso che la controversia rimanesse confidenziale, preservando la reputazione della centrale e gli interessi di tutti.

Controversie in materia finanziaria

I commercianti non avevano mai contestato, per decenni, le commissioni che pagano alle banche per accettare pagamenti tramite carte di credito. Le commissioni interbancarie sono addebitate dalle società di carte di credito, tramite le reti di pagamento, al venditore finale e generalmente consistono in una percentuale di ciascuna transazione. Sono percepite dalla banca che le emette al momento della transazione per coprire parzialmente frodi, perdite di credito, e costi dell'operazione. Nel 2005, la comunità dei commercianti contestò la legalità delle commissioni in una *class action* con diversi attori principali (multiple lead plaintiff) con l'obiettivo di vedere dichiarata l'invalidità delle commissioni interbancarie e di ricevere miliardi di dollari in qualità di risarcimento. La controversia ebbe poi un *iter* complicato, in quanto alcuni tra i più grandi commercianti abbandonarono la *class action* (esercitando il c.d. diritto di "opt out") e decisero di intraprendere azioni legali separate. Alla fine, non fu intentato un procedimento solo contro le compagnie di carte di credito, ma contro quasi tutte le più grandi banche emittenti carte di credito. Le negoziazioni coinvolsero gruppi numerosi in rappresentanza delle diverse parti e centri d'interesse in causa, inclusi gli esponenti delle diverse istituzioni convenute, gli individui e le organizzazioni facenti parte del gruppo e le parti attrici non facenti parte del gruppo.

Le società di carte di credito hanno proposto di intentare una mediazione sin dall'inizio della causa avendo già avuto esperienza di procedimenti contenziosi protrattisi a lungo tempo. Le altre parti aderirono all'iniziativa proposta e accettarono di nominare due mediatori fortemente rispettati nel settore. L'oggetto della controversia comprendeva: (a) un accordo economico con riferimento all'ammontare del presunto risarcimento; (b) le commissioni interbancarie; (c) l'incapacità dei commercianti di applicare un sovrapprezzo e la conseguente incapacità di scaricare il costo della commissione, in tutto o in parte, sui consumatori. Un processo avrebbe potuto solamente affrontare alcune di queste questioni, per esempio, focalizzandosi sulla legalità di queste prassi. Pertanto, la procedura di mediazione condotta con l'assistenza di mediatori pronti a proporre scelte innovative, è risultata essenziale. Le parti hanno partecipato, talvolta singolarmente talvolta in gruppo, a numerose sessioni di mediazione nel corso di mesi. I mediatori hanno dedicato una parte sostanziale del loro impegno ad attività di coordinamento delle molteplici parti coinvolte. Durante il processo, i mediatori hanno incoraggiato un procedimento di confronto costruttivo sulle idee e il coinvolgimento di tutte le parti per trovare una soluzione per ogni problematica sollevata. I mediatori hanno chiesto di continuo alle parti di immedesimarsi nei panni della controparte. Ciò non implica che la mediazione sia stata priva di momenti di forte tensione, agitazione, e in molti casi ostilità. L'accordo finale prevedeva: (1) una transazione economica chiara e semplice – sebbene non di facile ottenimento (a causa della sua natura a "somma zero"); (2) una pattuizione dettagliata sulla problematica del sovrapprezzo con particolare riguardo a quando possa essere applicato, i valori massimi su quale possa fondarsi, e altri elementi; e 3- la riduzione delle commissioni interbancarie per un periodo di tempo limitato in modo da permettere al mercato di assorbire i cambiamenti con riferimento anche ai tassi. Inoltre, un evento peculiare durante la mediazione fu la partecipazione di un giudice, il quale fu di grande aiuto nel permettere alle parti di risolvere spinose questioni e nel finalizzare i termini dell'accordo.

Questo accordo è stato impugnato da alcune delle parti e l'appello è tuttora pendente. Ciononostante, il risultato della mediazione, ottenuto in brevissimo tempo, è stato un successo clamoroso, non solo per le sue soluzioni alternative e per il coinvolgimento delle parti nel risultato, ma anche perché ha permesso di preservare i rapporti commerciali tra le parti o, almeno, non ne ha comportato il danneggiamento. Soluzioni creative sono state trovate perché le parti sono state coinvolte in un procedimento che ha enfatizzato le questioni di maggior interesse e non è rimasto focalizzato su una mera asserzione delle rispettive posizioni. Nessun rimedio processuale tipico avrebbe potuto rispecchiare le sfumature dell'accordo raggiunto in quanto questo risultato è basato più sulle concrete esigenze commerciali delle parti che sul piano dei meri rimedi giuridici. La mediazione, sebbene durata anni, può essere considerata di pronta risoluzione, se si pensa che quando le parti hanno finalmente raggiunto un accordo, la corte non si era ancora pronunciata sui provvedimenti cautelari. Di conseguenza, un processo completo seguito da una fase di appello

avrebbe richiesto molto più tempo. Anche i rapporti tra alcune delle parti sono migliorati in quanto trovare una soluzione che fosse favorevole per tutte le parti ha contribuito ad alleviare le tensioni createsi. Infine, per ciò che riguarda il controllo delle parti sul risultato, questo aspetto è stato fondamentale. Infatti, il costo del processo per le parti convenute avrebbe comportato non solo una potenzialmente enorme perdita finanziaria ma anche il cambiamento nella prassi del mercato in una direzione non rispondente ai bisogni del consumatore. Per le parti attrici, un processo avrebbe significato la possibile totale perdita di qualsiasi risarcimento in caso di soccombenza sulla questione della illiceità delle commissioni, nonché l'impossibilità di influire sul cambiamento della prassi di mercato.

Controversia in ambito di proprietà intellettuale – Contratto di vendita

Un fornitore nel settore informatico ha citato in giudizio una società informatica con una richiesta risarcitoria di oltre un milione di dollari, lamentando inadempimenti contrattuali, scritti e orali, nonché violazioni dei diritti di proprietà intellettuale. La controversia è stata gestita in modo inefficiente fin dall'inizio e le reciproche accuse e controversie processuali hanno contribuito a rallentare ulteriormente il procedimento. Il valore della lite è stato inizialmente dichiarato per circa un milione di dollari, e le parti si sono infine accordate per un valore lievemente superiore al mezzo milione di dollari.

La durata dell'intera procedura di mediazione, dal momento iniziale al momento in cui l'accordo transattivo è stato perfezionato, è stata di diciotto mesi. La mediazione ha permesso ad entrambe le parti di risparmiare tempo e denaro in quanto la prosecuzione del processo ordinario di cognizione avrebbe allungato le tempistiche per il raggiungimento di una soluzione e comportato una crescita esponenziale dei costi. La preparazione per questa mediazione è stata estesa e dettagliata, e la raccolta della documentazione probatoria particolarmente importante in quanto ha permesso al mediatore di coinvolgere sin dall'inizio tutti i soggetti interessati, oltre le parti principali della controversia. Questo ha permesso di risolvere in anticipo le complicazioni burocratiche e/o politiche in capo alle parti interessate non ma non direttamente coinvolte nella lite e di focalizzarsi sulle questioni essenziali che dovevano essere risolte.

Controversia in ambito di proprietà intellettuale – Controversia in materia di licenze

Una lunga controversia sorta da un rapporto contrattuale di licenza tra il concedente e un concessionario, che riguardava l'ambito applicativo e lo scopo di una licenza per il commercio internazionale business-to-business è stata portata in mediazione. La controversia riguardava una serie di questioni tra cui, in primis un problema relativo ai servizi rientranti nell'ambito della licenza ed, in secondo luogo, un problema di relazione e rapporto professionale dovuto al fatto che una delle due parti sottovalutava l'altra, dimostrando una scarsa stima nei suoi confronti.

Il procedimento di mediazione amministrata si è svolto in due sessioni di incontri con le parti alla presenza di un. Tenuto conto del lavoro di preparazione degli incontri di mediazione, l'intera procedura ha avuto una durata complessiva di soli sei mesi. I costi sono stati limitati al corrispettivo versato al mediatore e al tempo impiegato dalle parti durante la mediazione stessa. Questa procedura ha avuto un esito favorevole perché il mediatore scelto aveva considerevole esperienza sia nel procedimento di mediazione sia nello specifico ambito coinvolto. Alla fine della procedura, risultava chiaro che la mediazione aveva promosso un clima di cooperazione tra le parti favorendo la fiducia reciproca e permettendo la prosecuzione del rapporto commerciale.

La confidenzialità della controversia e la rapidità della risoluzione sono stati tra i vantaggi principali della mediazione in questo caso. Il carattere di controversia commerciale internazionale ha reso di cruciale importanza per le parti evitare la pubblicazione di informazioni relative alla lite sui mezzi di stampa, per scongiurare i dannosi effetti della possibile pubblicità negativa. Prima dell'inizio della mediazione, il conflitto tra le parti si era già protratto per anni, eppure, grazie all'utilizzo di tale strumento, le parti hanno potuto risolvere le loro divergenze in solamente due incontri. Infine, data la natura internazionale della controversia, il fallimento della mediazione avrebbe costretto le parti ad

avvalersi di un procedimento di contenzioso internazionale che sarebbe stato lungo e costoso e che non avrebbe comunque potuto produrre gli stessi risultati ottenuti in mediazione.

Assicurazione e riassicurazione

Un appaltatore Europeo *offshore* era assicurato con una polizza per rischi da progetti di costruzione (CAR) stipulata da una *joint venture* di compagnie petrolifere internazionali con riferimento ad un progetto di costruzione *offshore* al largo dell'Indonesia. La polizza assicurativa era stata sottoscritta da tre assicuratori indonesiani, come richiesto dalla legge locale, che hanno previsto il mantenimento del 5% del rischio a fronte di una riassicurazione pari al 95% presso il mercato riassicurativo londinese. Durante lo sviluppo della costruzione, ci fu una perdita dell'oleodotto in alto mare. Il costo approssimativo per la riparazione del danno fu di circa 100 milioni di dollari. Di conseguenza, una domanda di risarcimento fu presentata agli assicuratori indonesiani e da questi rifiutata in base alle istruzioni del riassicuratore londinese che aveva il controllo completo sulla richiesta d'indennizzo. Le questioni controverse includevano l'interpretazione del contratto assicurativo e l'esclusione della copertura in caso di danni provocati da corrosione. Il caso ha coinvolto testimonianze peritali molto complesse da parte di ingegneri esperti nello specifico ambito che si sono pronunciati sulla possibile causa della perdita.

L'appaltatore europeo era rinomato presso i riassicuratori londinesi e acconsentì a mediare a Londra per tentare di risolvere il caso prima di iniziare un'azione contro gli assicuratori indonesiani presso il tribunale commerciale di Londra. Gli assicuratori, in caso di soccombenza, avrebbero dovuto – a loro volta – instaurare una causa contro i riassicuratori londinesi. La mediazione avvenne senza la presenza degli assicuratori indonesiani che diedero, tuttavia, mandato di rappresentanza sia ad alcuni legali domiciliati a Londra sia ai loro riassicuratori. La mediazione, di per sé, è stata un luogo di confronto privilegiato, poiché confidenziale e in nessun modo pregiudizievole del contraddittorio processuale e delle testimonianze peritali a disposizione di ciascuna parte, con lo scopo di sondare il terreno per un possibile accordo e delineare i punti principali della controversia tra le parti. Il processo di mediazione ha anche permesso alle parti di testare le argomentazioni reciproche sull'interpretazione della polizza avvalendosi dell'assistenza di un mediatore con grande esperienza nell'ambito delle controversie assicurative per il settore Oil & Gas.

Alla fine, i riassicuratori londinesi e l'appaltatore europeo hanno negoziato un accordo, anche se non venne stipulato un contratto diretto tra di loro. Questo risultato innovativo ha permesso all'appaltatore europeo di ottenere un indennizzo velocemente e di evitare possibili problemi in termini di esecuzione di una sentenza di una corte inglese in Indonesia. Tutte le parti sono rimaste soddisfatte del risultato raggiunto e hanno mantenuto le importanti relazioni commerciali da cui la controversia era sorta.

Controversia riguardante prodotti finanziari (fondi pensionistici)

Una controversia scaturì da un errore nell'atto costitutivo di un fondo fiduciario pensionistico tra un'azienda tecnologica e certi beneficiari del fondo. Il problema riguardava l'esistenza di una obbligazione in capo alla società di aumentare i limiti di certi contributi volontari dei membri del fondo istituito a fini pensionistici (*Additional Voluntary Contributions*). La società tentò, senza successo, di modificare l'atto costitutivo senza ricorrere all'intervento giudiziale. Contestualmente la società intentò un'azione legale per negligenza professionale contro lo studio legale che si era occupato di redigere l'atto costitutivo del fondo. Di conseguenza, le parti coinvolte nella lite erano almeno quattro: l'azienda, i suoi fiduciari, un rappresentante dei beneficiari, e lo studio legale accusato di aver commesso l'errore. Le parti decisero di intraprendere il procedimento di mediazione solo due settimane prima della fase conclusiva del processo.

La pluralità di parti e le diverse posizioni delle stesse resero il raggiungimento di un accordo molto difficile. Altrettanto difficile è stato trovare un accordo tra tutte le parti per partecipare alla mediazione. Prima di iniziare la mediazione, il legale del beneficiario pose condizioni ardue da soddisfare, come ad esempio un impegno delle altre parti ad offrire sin dall'inizio almeno il 50% di quanto richiesto, e ponendo un limite di quattro ore alla sua disponibilità a partecipare alla procedura. Nonostante questi problemi iniziali, la mediazione fu un successo grazie alla flessibilità del procedimento. È stato, infatti,

essenziale per le parti poter selezionare un mediatore adatto alle circostanze del caso, in grado di capire come affrontare le richieste del legale del beneficiario e di stabilire con questo un dialogo focalizzato sulla possibilità di risoluzione. Questa possibilità permise alle parti di comprendere sin dall'inizio che un accordo sarebbe stato possibile. La mediazione, inoltre, facilitò un utile confronto fra le parti, cosa che non sarebbe potuta accadere in tribunale.

Controversia nel settore farmaceutico

Un contratto di acquisizione di un pacchetto azionario del valore di 59 milioni di Euro era stato sottoscritto fra due società farmaceutiche. Fra le parti sorsero dei problemi relativi ad aspetti contabili. Inoltre, la parte acquirente mosse delle pesanti accuse attinenti alla veridicità delle rappresentazioni contrattuali riguardanti le condizioni della società venditrice, che se dimostrate, avrebbero avuto conseguenze di importanti sulla valutazione economica dell'affare. L'azionamento della clausola arbitrale presente nel contratto fu temporaneamente sospeso per dare spazio ad un procedimento di mediazione. La mediazione fu condotta da un mediatore svizzero nominato congiuntamente dalle parti, il quale, prima di iniziare il procedimento consultò a lungo i legali di entrambe le parti per definire la procedura migliore per il caso di specie. Le parti depositarono i propri documenti presso l'ufficio del mediatore unitamente ad un elenco delle loro posizioni e richieste, dei loro rispettivi interessi, e delle loro aspettative. Infine, ciascuna parte acconsentì ad avere tre rappresentanti muniti del potere di negoziare e approvare un eventuale accordo risolutivo vincolante.

La mediazione, iniziata alle nove del mattino, vide confrontarsi la parte venditrice, rappresentata da tre legali e la parte acquirente, che invece aveva portato al seguito un gruppo di ben 17 persone tra legali ed altri rappresentanti. Nonostante ciò la mediazione proseguì con tutti i 20 partecipanti e il mediatore. Le sessioni congiunte erano condotte in lingua inglese, ma le varie sessioni private con ciascuna parte vennero condotte nelle rispettive lingue delle due parti grazie alle abilità linguistiche del mediatore. Dopo appena due ore, il rapporto di fiducia tra le parti era già stato ristabilito. Le discussioni relative alle questioni prettamente monetarie erano state momentaneamente accantonate al fine di concentrarsi sugli aspetti relazionali, dissipare reciproche percezioni di disonestà e tradimento facendo leva sui valori condivisi e sui principi di un codice etico comune. Inoltre, la mediazione trattò le possibili alternative al di fuori di un accordo negoziale (BATNA, WATNA etc.), e in particolare quali fossero le migliori alternative per ciascuna parte nel caso in cui la mediazione fosse fallita. Nello specifico, sebbene l'arbitrato rappresentasse l'alternativa necessaria, i costi stimati per l'espletamento di questo procedimento erano molto maggiori e vi era una considerevole incertezza del risultato per entrambe le parti. Secondo la parte venditrice, infatti, i costi sarebbero stati di circa Euro 400.000, mentre la parte acquirente fece presente che i costi del procedimento arbitrale si sarebbero aggirati su 1.6 milioni di sterline. Una verifica delle stime discusse seguì rapidamente ed aprì la strada al raggiungimento di una soluzione negoziale, per la quale le parti sentivano una crescente motivazione anche in vista della delicata questione dei costi legali in caso di mancato accordo. Il problema ultimo che ostacolava l'accordo concerneva la differenza sostanziale tra percezioni reciproche circa le aspettative di ogni parte con riguardo una possibile risoluzione. Questo aspetto venne risolto rapidamente poiché le parti erano state messe nella condizione di recepire apertamente le rispettive richieste. Le parti raggiunsero un accordo entro le 7.30 di sera il giorno stesso dell'incontro di mediazione.

Le parti, in seguito, riformularono il contratto di compravendita dei titoli azionari, fissando un nuovo prezzo di vendita tramite una formula scelta congiuntamente. Il mediatore fu messo al corrente del nuovo accordo via e-mail.

Il costo totale della mediazione, circa 18,000 USD (16,000 Euro o 11,500 GBP), rappresentò un grande risparmio rispetto ai costi stimati per l'arbitrato. Ci fu un notevole risparmio anche in termini di tempo. La controversia fu, infatti, risolta in un giorno e i rapporti commerciali tra le parti ripresero. La scelta della mediazione, inoltre, permise il mantenimento della confidenzialità della controversia – elemento fondamentale dato che una delle parti era una società a partecipazione statale e un procedimento arbitrale avrebbe potuto avere un impatto fortemente negativo.

Responsabilità da prodotto

La società controllata di una società europea fornitrice di grandi quantità di gas e situata in Gran Bretagna venne coinvolta in una controversia con una società tedesca fornitrice di rubinetti e di regolatori di pressione per le bombole a gas. Alla base del conflitto c'erano le allegazioni della società inglese circa il fatto che i rubinetti della compagnia tedesca fossero difettosi e, come tali, avessero portato al malfunzionamento delle bombole a gas, causando gravi rischi di lesioni personali e danni alla proprietà. La parte attrice era la fornitrice di bombole a gas per ristoranti e bar per la distribuzione di birra e altre bevande; l'eventuale accertamento della responsabilità di questa, avrebbe comportato una possibile causa per il risarcimento del danno da lesioni personali e danni alla proprietà di terzi, richiedendo un ritiro a livello nazionale di tutte le bombole a gas nei bar e ristoranti e l'istituzione di un programma urgente di sostituzione delle valvole difettose con altri prodotti con caratteristiche diverse.

La società inglese convenne quella tedesca davanti ad una corte inglese. Dopo il deposito delle rispettive prime memorie, e prima dell'inizio della fase istruttoria, le parti fissarono un incontro per l'espletamento delle mediazione. Questo incontro permise alle parti di accertare la causa più probabile del malfunzionamento delle valvole oltre a consentire alla parte attrice di dimostrare la base per il calcolo del *quantum* risarcitorio.

Durante l'espletamento della mediazione, il mediatore stabilì, in un incontro privato con la società tedesca, che questa stava incontrando problemi di liquidità e che quindi avrebbe difficilmente potuto procedere al pagamento di una somma che fosse accettabile dalla parte attrice o in ogni caso adempiere al pagamento di un possibile risarcimento, qualora la parte attrice fosse risultata vincente.

Grazie al lavoro del mediatore, le parti raggiunsero un compromesso secondo il quale la società tedesca avrebbe proceduto ad una serie di pagamenti nell'arco di cinque anni, compatibile con le disponibilità economiche della parte convenuta. Secondo l'accordo, ci fu un pagamento in contanti pari al 50% della somma, a cui seguirono pagamenti annuali in *tranches* più piccole. Per garantire il suo debito, la società tedesca dovette procurarsi fidejussioni bancarie con una banca dalla reputazione solida in modo da permettere alla parte attrice di avvalersi delle lettere di credito nel caso in cui la società tedesca non avesse ottemperato ai pagamenti. Inoltre, come parte dell'accordo, la società tedesca ha offerto di vendere i propri prodotti con uno sconto prestabilito per un periodo di tre anni, in modo da incentivare la continuazione della collaborazione tra le due società. Entrambe le parti, quindi, raggiunsero un accordo soddisfacente che permise loro di evitare un lungo contenzioso che avrebbe portato ad una sentenza che la parte tedesca non avrebbe potuto eseguire, dato il pericolo di fallimento.

Controversia immobiliare

Una controversia sorse tra due società immobiliari quando, dopo aver trovato l'immobile per un cliente comune, la compagnia più piccola ritenne che quella più grande le dovesse 120,000 CHF a titolo di commissione di brokeraggio. La società più grande negò l'esistenza di questo obbligo e iniziò un procedimento davanti alle corti. Fu il giudice a raccomandare alle parti di procedere alla mediazione.

Prima dell'inizio della mediazione, il mediatore organizzò il procedimento insieme alle parti e chiese loro di informarlo su quali fossero i loro interessi di maggior rilievo per delineare i risultati più desiderabili. Il mediatore poi ebbe un incontro telefonico con entrambe le parti immediatamente prima dell'inizio della mediazione. Il giorno dell'incontro, le parti furono in grado di trovare un accordo in sole tre ore, grazie alla proposta della società più piccola di donare la somma oggetto di controversia in beneficenza in nome di entrambe le società.

Avendo restaurato il rapporto fiduciario, le parti si accordarono anche sulle regole per i futuri rapporti commerciali all'interno del mercato ristretto, cosa che non sarebbe verosimilmente potuta accadere se la controversia fosse stata risolta davanti ad una corte o ad un tribunale arbitrale poiché l'attenzione sarebbe stata rivolta solamente alla risoluzione delle questioni giuridiche piuttosto che al

miglioramento delle relazioni commerciali tra le parti. Questo fu, ovviamente, di primaria importanza per le parti perché permise loro di mantenere il controllo sulla controversia e di preservare la loro relazione in vista di futuri contratti.

Infine, la prontezza della risoluzione fu di beneficio per entrambe le parti in quanto permise loro di non focalizzare le proprie risorse in termini di tempo, denaro ed energia su un processo conflittuale, investendo queste risorse all'interno della propria società.

Controversia in materia di contratti di fornitura

Un fornitore di servizi e il suo cliente, impegnati in un conflitto di lunga data, decisero di provare a risolvere la propria controversia tramite una mediazione. Questa controversia, di carattere internazionale, era attribuibile alla mancanza di fiducia e ai rapporti tesi tra le parti dovuti al fatto che il fornitore nutriva del risentimento verso il suo cliente a causa delle condizioni di guerra e di agitazione sociale in cui i servizi erano resi. Le parti, inoltre, avevano visioni differenti sulle reciproche obbligazioni pecuniarie.

Il mediatore che condusse il procedimento, scelto di comune accordo dalle parti, era il legale d'impresa di una delle parti. L'accordo fu raggiunto dopo solamente un pomeriggio di contrattazioni, per un totale di sette giorni di lavoro, inclusa la fase preparativa. L'accordo sottoscritto dalle parti al termine della sessione di negoziazione, consistente in un breve patto contrattuale di una pagina, prevedeva l'obbligazione di informare la controparte regolarmente riguardo tutti i servizi futuri. In linea di principio non ci furono costi esterni, se non quelli legati all'affitto della sala per le conferenze dove si svolse la mediazione e il tempo che le parti impiegarono per partecipare all'incontro. La mediazione e l'accordo transattivo possono considerarsi un successo perché il cliente riuscì a comprendere le difficoltà in cui il fornitore era incorso per adempiere alle proprie obbligazioni a causa delle circostanze di guerra. La mediazione permise anche il superamento delle incomprensioni relative ai pagamenti, restaurando un sentimento di collaborazione tra il fornitore e il cliente, al punto che il personale che prese parte alla mediazione commentò il risultato enfatizzando quanto fosse strano il fatto che le parti fossero considerate "nemiche".

Tra i vantaggi principali della mediazione ci fu il fatto che la controversia venne risolta molto velocemente e permise alle parti un notevole risparmio economico. Prima che iniziasse la mediazione il fornitore aveva promosso un procedimento giudiziale, ma entrambe le parti concordavano sull'importanza di contenere i tempi della controversia. Così le parti iniziarono il processo di mediazione che permise loro, non solo il risparmio di migliaia di Euro in spese legali, ma anche di ottenere un pagamento immediato per il fornitore per metà dell'importo originariamente richiesto, al posto di intraprendere un processo che, per la sua probabile durata, avrebbe causato la bancarotta del fornitore.

APPENDICE 3

I MEMBRI DEL COMITATO CONSULTIVO EUROPEO (EAB) AGGIORNATI AD AGOSTO 2016

Presidente	Jean-Claude Najar, Lazareff Le Bars
Vice presidente	Maurice Kuitems, Fluor Corporation
Consiglio Esecutivo	Stefano Catelani, DuPont James Cowan, Shell International Kai-Uwe Karl, GE Oil & Gas Jürgen Kloweit Isabelle Robinet-Muguet, Orange Isabelle Roux-Chenu, Capgemini Felix Weinacht Teresa Giovannini, Lalive Clifford J. Hendel, Araoz & Rueda Abogados Alexander J. Oddy, Herbert Smith Freehills Pierre Raoul-Duval, Gide Loyrette Nouel Noah Hanft, CPR Olivier P. André, CPR
Membr	Joanne Cross, BP Peter Drucker, Akzo Nobel Pietro Galizzi, ENI Thibault Grègoire, MasterCard Marina Kralj Milisa, Koncar Ralf Lindbäck, Wärtsilä Corporation Anna Panka, Barcardi & Company, Ltd. Javier Ramirez, Hewlett-Packard Company Richard Vary, Nokia Professor Marko Baretić, Faculty of Law/University of Zagreb Bernardo Cremades, B. Cremades y Asociados Ferdinando Emanuele, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP Bart Gerretsen, NautaDutilh Birgit Sambeth Glasner, Altenburger Tim Hardy, CMS Cameron McKenna Kaj Hober, Kaj Hober Advokatbyrå Aktiebolag Javier F. Samaniego, Bird & Bird Daniel Schimmel, Foley Hoag Dr. Anke Sessler, Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom Professor Tsisana Shamlikashvili Krzysztof Wierzbowski, Eversheds