

# La mediazione commerciale. Direttiva comunitaria per chi?

Andrea Buti

Nel maggio di quest'anno è stata approvata la direttiva 2008/52/CE relativa a "*determinati aspetti della mediazione civile e commerciale*"; il provvedimento è stato preceduto dalle conclusioni del Consiglio del 2000 e dal "*Libro Verde*" del 2002 relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie nelle medesime materie.

Tra i vantaggi della soluzione stragiudiziale di tali liti va, ad esempio, annoverato quello relativo al riconoscimento ed all'esecutività degli accordi risultanti dalla mediazione tra i diversi Stati, in base al Regolamento CE/44/2001 (sul riconoscimento delle sentenze straniere in materia civile e commerciale) o al Regolamento CE/2201/2003 (sul riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale). Ciò permette, infatti, di diminuire i rischi ed i costi connessi ai complessi procedimenti volti ad ottenere l'esecuzione di sentenze straniere in Italia o di sentenze italiane all'estero.

Ma, prima ancora degli aspetti tecnici, il *considerando 25* della direttiva suggerisce agli Stati membri di "*incoraggiare i professionisti del diritto a informare i loro clienti delle possibilità di mediazione*". Avere clienti informati, presuppone professionisti a loro volta, non solo informati, ma anche formati. Come potrebbe infatti essere

professionale l' "*informativa*" di un legale che non sappia con sufficiente competenza di cosa sta parlando? L'aspetto non è secondario, ma al contrario fondamentale.

Solo in Italia esistono decine e decine di leggi che si occupano (forse senza saperlo) di ADR (*Alternative Dispute Resolution* ossia Risoluzione Alternativa delle Controversie), normando in materie che non formano - di solito - oggetto di studi in ambito accademico ( si pensi alle controversie in materia di *franchising*, subfornitura, turismo, telecomunicazioni o rapporti bancari). Si tratterà probabilmente di questione che dovrebbe essere affrontata nell'ambito della formazione professionale e di quella post-universitaria.

In mancanza di conoscenze adeguate circa i *pro* e i *contro* delle due diverse soluzioni (stragiudiziale/ADR o giudiziale/processuale) non devono, infatti, sorprendere i risultati talvolta deludenti che i sistemi extragiudiziali ottengono in termini statistici.

Non deve nemmeno stupire che in Italia vi siano più di 4.000.000 di cause civili di cui oltre 3.500.000 di solo arretrato, e che, quindi, il nostro Paese sia saldamente (il punteggio riportato è triplo del secondo classificato) in testa alla classifica per numero di procedimenti civili pendenti in

Europa (Rapporto 2006 CEPEJ - Commissione Europea per l'efficienza della Giustizia Civile): quasi ogni piano di studi universitari si preoccupa solo di trasferire nozioni relative al processo. Con il dovuto rispetto per le rispettive materie, può benissimo accadere di studiare il processo degli antichi romani o la teoria generale del processo, la procedura penale ed il diritto processuale civile, senza mai ricevere alcuna nozione di comunicazione, negoziazione, conciliazione o mediazione.

Non può nemmeno meravigliare che queste ultime forme di composizione non contenziosa vengano confuse con l'arbitrato che è, in effetti, l'unica alternativa al processo conosciuta e studiata in maniera diffusa.

Eppure le controversie avvengono tra persone (ed anche quando si parla di quelle giuridiche, a capo ve ne è sempre una in carne ed ossa) che hanno i loro sentimenti, emozioni, esigenze, problemi da risolvere: non solo norme da interpretare ed applicare.

D'altronde il mercato globale, i rapporti umani sempre più fitti e la litigiosità che può essere veicolata facilmente da innumerevoli mezzi di comunicazione, sembrano suggerire, ove possibile, una soluzione negoziata dei problemi.

A meno di non voler effettivamente gradire il *trend* di crescita delle liti civili...

## Virus per le indagini Crittografia e VoIP

**Andrea Buti**

Con il termine VoIP (Voice over Internet Protocol) si intende quel servizio di comunicazione che consente di far transitare una comunicazione verbale tra due soggetti sulla rete internet invece che sulla linea telefonica. Si tratta in altre parole di veicolare la voce come se fosse una email o una pagina web.

Oltre al risparmio di costi (si può parlare senza avere una linea telefonica e, dunque, senza sopportare i costi anche fissi che essa comporta) il servizio in questione si connota per una particolarità: la voce potrebbe, infatti, essere crittografata al fine di garantire un elevato livello di segretezza nella comunicazione. Ciò però, nel contempo pone problemi per le attività investigative. Una comunicazione criptata, ad esempio, con adeguate tecniche di crittografia asimmetrica (simile a quelle utilizzate nella firma digitale) porrebbe seri problemi ad eventuali intercettazioni: per decifrare una chiave simile, infatti, sono necessari computer con grandi capacità di calcolo (non di certo un comune pc da ufficio, ma supercomputer) e tempi anche di mesi, con conseguenti elevati oneri economici.

Molto più conveniente sarebbe, allora, intercettare la comunicazione prima che venga crittografata, ma per fare ciò occorrerebbe avere il controllo del computer dell'indagato; si tratterebbe in sostanza (come rilevano S. Mariotti e S. Tacconi, *Diritto dell'internet* 6/2008) di installarvi un *virus* del tipo *trojan horse*. Un apposito programma che, all'insaputa del proprietario del pc da intercettare, sia in grado di trasferire la comunicazione "in chiaro" (prima di essere criptata) direttamente agli ufficiali di polizia giudiziaria incaricati dell'intercettazione.

L'ipotesi non è prevista da nessuna norma, ma non è neanche vietata.

La questione non è stata ancora affrontata dalla nostra giurisprudenza; la Corte Costituzionale tedesca (*ibidem*), invece, ha ritenuto lecito l'utilizzo di simili modalità investigative intrusive, per reati particolarmente gravi come quelli in tema di terrorismo, incolumità della vita umana o sicurezza nazionale.

## Privacy Foto nel cortile

**Emanuela Nalli**

La VI Sezione Penale della Corte di Cassazione (Sent. n. 405677/2008), dichiarando inammissibile il ricorso e confermando la sentenza di secondo grado di condanna dell'imputato a 9 mesi di reclusione per lesioni, ingiuria, furto ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone, ha stabilito che non commette alcuna violazione della privacy il marito geloso che fotografa di nascosto la moglie in compagnia del suo presunto amante nel cortile di casa di quest'ultimo.

La persona offesa, sospettando della relazione extraconiugale, aveva atteso i due 'amanti' nella strada pubblica prospiciente l'abitazione di lui e li aveva fotografati all'uscita mentre ancora si trovavano nel cortile di casa. L'imputato, di conseguenza, aveva picchiato ed ingiuriato il marito 'tradito' al fine di recuperare la macchina fotografica con cui aveva scattato le foto, appropriandosi, per di più, delle chiavi della sua auto.

Si era quindi rivolto alla Suprema Corte, lamentando di essere stato provocato e di essersi legittimamente difeso, e dunque di aver diritto alle esimenti. I giudici di legittimità hanno tuttavia dichiarato che in tale ipotesi non si è in presenza di una violazione della privacy e ciò in quanto, il cortile, anche se appartiene a un luogo di privata dimora, non rientra nella tutela delle norme sulla privacy a condizione che sia liberamente visibile dagli estranei.

La ripresa fotografica da parte di terzi lede, infatti, la riservatezza della vita privata ed integra il reato di interferenza illecita di cui all'art. 615-bis c.p., solo se vengono ripresi comportamenti sottratti alla normale osservazione dall'esterno, essendo la tutela del domicilio limitata a ciò che si compie nei luoghi di privata dimora in condizioni tali da renderlo tendenzialmente non visibile a terzi. Pertanto, se l'azione, pur svolgendosi in luoghi di privata dimora, può essere liberamente osservata dagli estranei senza ricorrere a particolari accorgimenti, il titolare del domicilio non può vantare alcuna pretesa alla riservatezza.

## Contratto via email Modelli legali e p.a.

**Antonio Sangiovanni**

Durante l'*iter* di una gara pubblica per la ristrutturazione di alcuni vagoni ferroviari, interviene una mail inviata dalla stazione appaltante all'azienda vincitrice; tale messaggio contiene una richiesta precisa e circostanziata di inizio dei lavori appaltati siccome contenente il numero ed il tipo di carrozze su cui effettuare i lavori. Tale comunicazione, non preceduta da un formale provvedimento di aggiudicazione, vale – in termini di diritto privato - come conclusione tacita del contratto.

Successivamente, l'ente appaltante dispone la revoca della gara, adducendo motivazioni relative alla convenienza economica dei lavori oggetto dell'appalto (la ristrutturazione avrebbe avuto un costo inferiore se fosse stata realizzata da personale interno, invece che affidata, appunto, in appalto a ditte esterne, come era invece avvenuto) e l'appaltatore impugna la revoca davanti al giudice amministrativo. Sostanzialmente la controversia verte sul valore formale del messaggio di posta elettronica nell'ambito degli atti procedurali.

Il T.A.R. Puglia (562/2008) accoglie il ricorso, qualificando il messaggio email come atto pienamente idoneo ad esprimere la volontà di conclusione del contratto e ne deduce che, successivamente alla sua trasmissione, l'aggiudicazione definitiva possa considerarsi tacitamente avvenuta.

La mail semplice è quindi intesa come atto chiaramente valido e inserito a pieno titolo nella sequenza degli atti della gara, e non quale comunicazione informale. La precisione e la natura dei dati comunicati (numero di serie e caratteristiche delle carrozze) infatti dimostravano che solo la stazione appaltante poteva aver inviato quella mail, anche senza utilizzo di PEC e firma digitale come previsto dal Codice dell'Amministrazione Digitale. Il modello legale che scaturisce da dette disposizioni, prevede, infatti, che la pubblica amministrazione utilizzi la **P**osta **E**lettronica **C**ertificata e la firma digitale per avere certezza legale circa la paternità ed integrità dell'atto.

## Uomini o animali Chi decide meglio?

**Andrea Buti**

Gli animali, che noi riteniamo essere inferiori e privi di capacità cognitive, risolvono le proprie controversie (ad esempio il predominio su un certo territorio) misurandosi in lotte che di norma non si concludono con una battaglia all'ultimo sangue, ma con l'abbandono del soggetto più debole, ossia quello più vecchio, meno forte, che ha dovuto sostenere più scontri, che non si ciba da tempo o che è malato. Tale valutazione di debolezza è il frutto di una serie di considerazioni svolte effettuando una sorta di comparazione tra le proprie condizioni e quelle dell'avversario. La posta in gioco è alta: sbagliando valutazioni si rischia la vita.

Il sistema funziona giacché l'equilibrio è preservato.

L'uomo invece tende a sottovalutare questi aspetti elaborando strategie e facendo ipotesi sul futuro, mentendo qualche volta (e prima di tutto proprio a se stesso), sia circa le proprie debolezze che sui mezzi e sulle capacità dell'avversario. Inoltre talvolta subentra la "questione di principio" che prescinde evidentemente dalle forze in gioco. La posta in gioco sembrerebbe non essere così alta come nel caso che precede, ma gli effetti di un conflitto non risolto efficacemente possono essere assai rilevanti: stress psicologico, spese da affrontare, decisioni rimandate (quelle che dipendono dalla risoluzione del conflitto) relazioni compromesse ed anche reazioni emotive più o meno violente. E' davvero difficile dire se, in tale situazione, il sistema funzioni in modo equilibrato.

Il tutto potrebbe apparire assai poco "razionale", specie in quei casi in cui si vuol davvero risolvere un conflitto.

Insomma l'essere umano, raramente utilizza una delle poche soluzioni che funzionano davvero per risolvere i conflitti: il **disarmo unilaterale**.

Quel sistema utilizzato dagli animali...che dovrebbero essere irrazionali.

Segnaliamo che studi svolti presso l'Università di Buffalo (New York) mostrano che i delfini sanno scegliere tra diverse alternative (sì, no, non so); ciò implica abilità analoghe a quelle sintomo di capacità cognitive nell'uomo.

## Peculato Internet e DVD

**Antonio Sangiovanni**

La Suprema Corte (Cass. pen. sez. VI, n. 20326/2008) ha annullato l'applicazione all'indagato della misura interdittiva della sospensione dall'esercizio del pubblico servizio ex art. 289 C.P.P., per la ritenuta insussistenza di esigenze cautelari e, soprattutto di gravi indizi di colpevolezza. Accogliendo la tesi della difesa, il Tribunale del riesame aveva precisato che il peculato tutela il patrimonio della P.A. che, nel caso in specie, non veniva intaccato poiché, i computer erano perennemente connessi alla rete elettrica e il collegamento di una o più periferiche (un masterizzatore DVD) non comportava un ulteriore consumo di energia. Il caso veniva portato all'attenzione della Massimo Consesso su ricorso presentato dal Sostituto Procuratore che, impugnando l'ordinanza, osservava come, in ogni caso era stato leso il buon andamento e l'imparzialità della P.A., quindi concludeva per la sussistenza del reato.

La Corte ha, quindi, il ricorso, rinviando gli atti al Tribunale per un nuovo esame, perché si accertasse il danno patrimoniale.

L'orientamento attualmente prevalente, in dottrina come in giurisprudenza, propende per la natura pluri offensiva del peculato, ipotesi in cui l'oggetto giuridico del reato sarebbe sia l'interesse funzionale pubblicitario sia quello patrimoniale.

È stato osservato infatti che questi comportamenti ledono, con la condotta appropriativa: 1) il buon andamento, perché si impedisce all'Ente di utilizzare il bene medesimo per le pubbliche finalità cui è destinato, 2) l'imparzialità, poiché si sfrutterebbe la propria posizione per ottenere un vantaggio indebito e, infine, 3) il patrimonio della P.A., ponendosi in essere un atto dispositivo incompatibile con il titolo del possesso.

In conclusione può perfezionare la fattispecie di peculato navigare in internet dal computer dell'ufficio indipendentemente da un incremento dei costi a carico dell'ente pubblico, poiché oggetto giuridico del reato, oltre al patrimonio è il buon andamento della Pubblica Amministrazione.

## D. lgs. 109/2008 Data retention

**Andrea Buti**

Con decreto legislativo 109/2008 è stata attuata la direttiva 2006/24/CE riguardante la conservazione dei dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione. Al fine di consentire lo svolgimento di alcune indagini penali, infatti, gli operatori telefonici ed i fornitori di servizi di connessione internet (ISP) sono tenuti a conservare i dati relativi alle comunicazioni telefoniche o internet effettuate dai propri clienti.

In mancanza di tale conservazione, infatti, diventa estremamente difficile o impossibile individuare i responsabili: non si tratta di intercettazioni, ma solo dell'acquisizione dei dati relativi al traffico come tabulati o file di LOG (registrazione dei dati come username, ora, data, durata della connessione etc..).

Le disposizioni in materia sono da tempo compresse tra le esigenze investigative e quelle di riservatezza. Trattare e conservare a lungo tali dati può infatti creare problemi di privacy per le persone alle quali i dati stessi si riferiscono.

Le nuove norme prevedono, ora, la conservazione per 24 mesi dei dati relativi alle telefonate e per 12 mesi dei dati relativi al traffico internet.

L'omessa o l'incompleta conservazione dei dati è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 10.000 ad euro 50.000. Nel caso di assegnazione di indirizzo IP (Internet Protocol, ossia un gruppo di quattro triplette di numeri tipo 123.123.123.123 assegnato dal fornitore di servizi al pc del proprio cliente) che non consenta l'identificazione univoca dell'utente o abbonato, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 euro a 50.000 euro. Quest'ultima sanzione rischia di rendere illecita la prassi che sfrutta le tecniche di NAT (Network Address Translation), che consentono di collegare o condividere tra più computer un unico indirizzo IP. Poiché gli indirizzi IP sono in numero limitato, alcuni fornitori utilizzano, infatti un unico indirizzo IP per più clienti (invece che per uno solo) che, a questo punto potrebbero non essere identificati.

## Il Centro Formazione e informazione

Il Centro è accreditato come ente di formazione presso la Regione Marche (con decreto n. 20/FSE-06 del 22.1.2007) e presso Fondo Professioni. Quest'ultimo è un Fondo Paritetico Interprofessionale Nazionale per la formazione continua negli studi professionali e nelle aziende collegate, riconosciuto dal Ministero del Lavoro con decreto 408/03 del 29 dicembre 2003. Fondoprofessionisti promuove e finanzia piani/progetti formativi aziendali, territoriali, settoriali ed individuali, finalizzati al consolidamento e allo sviluppo delle competenze delle/dei lavoratrici/lavoratori, per rispondere in maniera adeguata alle esigenze formative degli studi forensi (fonte [www.fondoprofessionisti.it](http://www.fondoprofessionisti.it)). Lo studio committente contribuisce con il costo del lavoro, senza sopportare - normalmente - altre spese.

La struttura è nata dall'idea e dal bisogno di poter offrire ai professionisti, all'impresa, ma anche alla pubblica amministrazione, strumenti per innovare e migliorare, direttamente o indirettamente, la gestione delle conoscenze in settori contigui che spaziano da quello legale a quello tecnico, supportando le risorse umane ed ottimizzando quelle economiche. Le peculiarità dell'*information society* suggeriscono competenze specifiche in aree ristrette, al fine di individuare prontamente l'informazione rilevante, trasferire capacità, elaborare e costruire Soluzioni efficienti per nuove abilità. In un mondo in continua e rapida evoluzione - come insegna Darwin - la specie che sopravvive non è quella più forte, ma quella che si adegua più rapidamente ai cambiamenti. Il capitale intellettuale è, oggi, uno dei principali fattori di sviluppo nell'economia moderna. Per questo il Centro progetta, coordina ed organizza Percorsi Formativi, contraddistinti da un approccio pragmatico, garantito da una didattica non solo teorica, ma anche e soprattutto pratica, calata nelle stesse realtà in cui le capacità acquisite potranno essere prontamente impiegate.

Il Centro opera in regime di convenzione con l'Università degli Studi di Camerino: gli articoli e le segnalazioni sono anche il frutto della collaborazione con laureati presso la stessa Università coinvolti nel progetto FiXO ("Formazione e Innovazione per l'Occupazione"). Si tratta di un programma nazionale promosso e sostenuto dalla Direzione Generale per le Politiche per l'Orientamento e la Formazione del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale e realizzato in collaborazione con ItaliaLavoro.

Ulteriori materiali, articoli, filmati e cruciverba didattici sono disponibili all'indirizzo [www.tglex.com](http://www.tglex.com)

Per collaborazioni, informazioni o pubblicità su questa rivista è possibile inviare un messaggio email all'indirizzo [info@serviziprofessionali.org](mailto:info@serviziprofessionali.org)

## Diritto elettronico

- dematerializzazione
- documento informatico
- email e posta elettronica certificata
- e-government
- firme elettroniche
- privacy

## Gestione conflitti

- adr
- comunicazione
- conciliazione
- mediazione
- negoziazione

### Eventi

ADR Center s.p.a.

*"Corso di Specializzazione per Conciliatori"*  
Milano, 18-19-20-26-27 Febbraio 2009  
Roma, 18-19-20-26-27 Marzo 2009  
info su [www.adrcenter.it](http://www.adrcenter.it)

*"Non si può non comunicare"*

Comunicazione e gestione dei conflitti  
Gennaio/febbraio 2009 ROMA  
info su <http://www.diversamente.it/formazione.html#comunicare>

Rivista bimestrale di informazione curata e di proprietà del Centro Servizi Professionali s.r.l. iscritta al n. 1 del Registro delle pubblicazioni periodiche del Tribunale di Camerino con provvedimento del 11.10.2006  
Direttore Responsabile Desy d'Addario  
PIVA 01533820435  
[www.serviziprofessionali.org](http://www.serviziprofessionali.org)  
Tel. 0737630402 - Fax 0737630395  
Via Pallotta, 15 - 62032 Camerino (MC)