

La mediazione, mezzo alternativo nella risoluzione dei conflitti nell'ambito sciistico.

Federico Fernández de Buján  
Ordinario Diritto Romano. Madrid.

Sommario: 1.- *Praefatio*. 2.- Alcune considerazioni sulla nozione di colpa dalla sua formulazione genuina nel Diritto Romano. 3.-Alcune riflessioni sulla problematica derivante dalla colpa nelle diverse categorie di incidenti sciistici. 4.- Alcuni motivi per i quali una mediazione "specializzata" potrebbe costituire un mezzo efficace per la risoluzione dei nostri conflitti. 5.-Alcuni tratti del profilo di un mediatore esperto. 6.-Alcune proposte per realizzare l'introduzione di un sistema di mediazione in ambito sciistico. 7.- *Postfatio*.

## 1.- *Praefatio*.

Prima di tutto, o meglio, anzitutto desidero esprimere che mi sento privilegiato al partecipare, per la quinta volta, al nostro Forum. Sempre trovo la stessa gioia nello stare con Voi, persone che apprezzo e che stimo profondamente e mi sento arricchito per godere di un soggiorno che racchiude intensa attività intellettuale e cordiale convivenza umana.

La mia gratitudine va agli ammirati membri del Comitato scientifico, in modo particolare al nostro cordiale anfitrione Gianfranco Avella ed anche a Carlo Bruccoleri, e si estende agli accoglienti membri del Comitato organizzatore, specialmente ai fratelli Guido e Beppe Bonseri ed a Elia Dei Cas. A loro rivolgo i miei complimenti, ammantati di gratitudine.

Il nostro Forum è arrivato alla sua Settima edizione. E sette esprime pienezza per rappresentare un ciclo compiuto. E siamo, di nuovo, qui, a Bormio, come se questo Forum fosse la rampa che conduce al settimo cielo nella Ziggurat sumera di Ur di Caldea.

Tre caratteristiche fanno di questo Forum un incontro prodigioso: il giudizio profondo, l'ingegno fecondo e un'atmosfera di affetto commovente.

Nel nostro ultimo Forum Ignacio Arroyo, con la brillantezza a cui ci ha abituati, esponeva l'Arbitrato come mezzo di risoluzione dei conflitti nell'ambito dello sci. Dopo, nella Sessione di chiusura sottolineava l'opportunità di intraprendere le azioni per costituire una Corte di Arbitrato che agisse nel nostro ambito. Oggi, ci ha illustrato di più ed ha fornito fondamenti per far realtà quell'iniziativa.

Si ha sottolineato per un'altro relatore la questione di difficoltà di concretizzare il Diritto applicabile per la Corte d'Arbitrato data la pluralità di ordinamenti anche nella propria Italia. Ma vorrei ricordare che Il diritto non solo il Diritto legiferato o il Diritto che dicono i giudici e anche il Diritto elaborato per i giuristi con la sua dottrina. Io propongo l'opportunità di approfittare, nel Diritto applicabile per la Corte d'Arbitrato, della dottrina che, Forum dopo Forum, si è consolidata nei nostri incontri e che forma un "Corpus dottrinale" di grande valore, per la sua quantità e per la qualità dei contributi che molti dei suoi relatori hanno realizzato in questo contesto di esposizione e dibattito.

Nella stessa linea di cercare mezzi alternative o meglio mezzi complementari, considero che può essere interessante formulare alcune considerazioni sulla mediazione come modalità previa alla giurisdizione o all'arbitrato.

Lo scopo del mio intervento è, dunque, mettere in luce certe riflessioni teoriche e pratiche relative alla mediazione e riflettere sulla sua convenienza, come modo di risolvere conflitti che possono verificarsi nella casistica abituale nell'ambiente sciistico.

È noto che la questione fondamentale posta dai conflitti in cui si determina la responsabilità negli incidenti di sci è la valutazione della colpa, per imprudenza o negligenza, come causa scatenante del danno. Alla luce di questa premessa, cercherò di esporre sommariamente cinque questioni concatenate. Inizio, quindi.

## 2.- Alcune considerazioni sulla nozione di colpa dalla sua formulazione genuina nel Diritto Romano.

Un celebre frammento di Paolo, considerato la pietra angolare della responsabilità indica:

*"Resta da vedere come debba intendersi ciò che stabilirono gli antichi nel caso in cui intervenga la colpa: si mantiene l'obbligo".*

La *perpetuator obligatio* significa che il vincolo obbligatorio si conserva anche dopo la trasformazione in una condanna. È noto come la responsabilità extracontrattuale trovi origine in un plebiscito, risalente al 286 a.C. e conosciuto come *Lex Aquilia de damno*.

Più avanti il pretore, nell'esercizio della sua *iurisdictio*, estende la responsabilità della *Lex Aquilia* ai danni causati in modo colposo. Il concetto di responsabilità per colpa nasce, pertanto, dall'interpretazione del concetto di *iniuria* della *Lex Aquilia*.

Questi criteri nascono nell'ambito penale e si insinuano quindi in quello civile. La colpa presuppone una mancanza di attenzione alla dovuta diligenza. Si tratterebbe di casi in cui una condotta imprudente, *culpa in faciendo*, o un comportamento negligente, *culpa in omittendo*, provocano un danno.

Il contenuto tipico della colpa è già contemplato dai testi preclassici:

Paolo, giurista del III secolo dopo Cristo, offre una definizione di colpa che deriva da Quintus Mucius Scaevola, giureconsulto del II secolo avanti Cristo. Afferma:

*"Se il potatore, tagliando un ramo di un albero, causa la morte di un passante, è soggetto a quest'azione, se... non gridò per evitare l'incidente... è colpa ciò avrebbe potuto essere fatto da un uomo diligente ma non è stato fatto..."*.

La valutazione della colpa è complessa nell'ambito degli *iudicia fidei bona*, a causa dell'ampio margine di discrezionalità del giudice per valutare la condotta delle parti.

Dal Diritto giustiniano la colpa viene riconosciuta tramite un criterio oggettivo, *culpa in abstracto*, o soggettivo, *culpa in concreto*. In base al primo la colpa si riconosce e si pondera attraverso il confronto della condotta che viene giudicata, con la quale adotterebbe un paradigma astratto incarnato nel *bonus et diligens paterfamilias*.

Se ci situiamo in un ambito specifico, ad esempio nell'esercizio di un determinato mestiere, il criterio di *culpa in abstracto* sarà il parametro medio nell'ambito considerato. Così si riconosce in un brano di Venuleius che recita:

*"Chi si è impegnato a costruire un edificio... deve agire... come lo farebbe un "costruttore diligente".*

A fronte del criterio di *culpa in abstracto*, talvolta si utilizza quello di *culpa in concreto*, che mette a confronto la condotta effettiva con il comportamento abituale del soggetto stesso, ossia la diligenza

abituale che ognuno utilizza nei propri affari. La giurisprudenza romana ricorre al criterio di *culpa in concreto* solo nelle relazioni *intuituae personae*.

Valutata la colpa, questa deve essere graduata. Nell'epoca postclassica si fissano tre gradi, recepiti dalla compilazione giustiniana: *culpa lata*, *levis* e *levissima*, una distinzione ancora in vigore nell'attualità.

Un testo di Ulpiano definisce *culpa lata* come la mancanza di diligenza eccessiva, ossia, non vedere ciò che tutti possono vedere. *Culpa lata dolo aequiparatur*. *Culpa levis* implica una mancata corrispondenza con l'agire del *diligens paterfamilias*; la *culpa levissima* consiste nella mancanza di *exactissima diligentia* e si richiede solo se espressamente concordata.

Infine, la giurisprudenza romana configura un altro criterio di responsabilità, la custodia, *praestare custodiam*. La custodia non raggiunge la *vis maior*. La responsabilità per la custodia viene equiparata, da alcuni studiosi moderni, alla responsabilità oggettiva o alla responsabilità per risultato, ormai generalizzata nel traffico commerciale. In essa si soddisfa l'equazione: inadempienza uguale a responsabilità, e

si abbandona qualsiasi criterio di responsabilità soggettiva.

### **3.-Alcune riflessioni sulla problematica derivante dalla colpa nelle diverse categorie di incidenti sciistici.**

Quattro sono le principali categorie degli incidenti sciistici: scontro tra sciatori; caduta degli sciatori da soli; urto contro oggetti; e incidenti negli accessi o nell'uso degli impianti di risalita.

Una brevissima allusione della problematica proposta nella valutazione della colpa sarebbe: negli urti con altri sciatori, i tribunali son rigorosi nell'esigere la dovuta diligenza nelle discese, che comporta prestare particolare attenzione agli sciatori che si trovano più in basso.

Nelle cadute di sciatori che non riguardano altre persone, le domande invocano generalmente la negligenza della stazione sciistica per aver aperto le piste in uno stato inadeguato, a causa della presenza di pietre, nebbia, ghiaccio o scarsa neve. I giudici richiedono che il fatto sia sufficientemente provato; in caso contrario, si presume che la caduta si debba alla mancanza di competenza dello sciatore o alla fatalità.

Negli incidenti per scontro contro oggetti presenti sulla pista, i tribunali richiedono alle stazioni di adottare



misure per evitare tali collisioni, sebbene la stazione sia esonerata da responsabilità qualora venga provato che l'incidente è dovuto alla mancanza di competenza o ad un comportamento pericoloso o negligente.

Negli incidente causati per l'uso di impianti di risalita, è necessario dimostrare che la causa ne sia lo stato precario, mentre si presume, salvo prova contraria, che la causa risieda nella fatalità o nella mancanza di competenza nel salire o scendere dagli stessi.

Nei casi illustrati, i giudici e gli arbitri talvolta trovano difficoltà nel valutare e graduare la colpa. Casi analoghi possono, a volte, avere esiti diversi in base al criterio del giudice.

Oltre alla causa indicata, un motivo che potrebbe spiegare la difficoltà nel valutare e graduare la colpa è il fatto che la risoluzione si fonda sull'insieme delle testimonianze e/o delle perizie che si deve misurare in un ambito, quello sciistico, che possiede regole specifiche, a volte di difficile valutazione.

**4.- Alcuni motivi per i quali una mediazione "specializzata" potrebbe costituire un mezzo efficace per la risoluzione dei nostri conflitti.**

Comincio con un riferimento generale alla mediazione. Lo faccio con la citazione di due testi che forse ne racchiudono l'essenza.

Il primo di Antístene,(Frammento 65D) :

*"Non si deve far smettere chi contraddice contraddicendolo, ma convincendolo".*

Il secondo di Sant' Agostino che descrisse così la sua quotidianità:

*"ho il compito di...confutare gli oppositori, frenare i litigiosi, pacificare i contendenti e così via".*

A mio avviso, Agostino sarebbe stato oggi un bravissimo mediatore. Meglio non sarebbe stato ma è stato un bravissimo mediatore. Perché crediamo che la mediazione sia di oggi?

Il mediatore, dunque, non ha il compito di contraddire ciascuna parte, bensì di convincere le due parti che la cosa migliore è raggiungere un accordo.

E perché ritengo che la mediazione specializzata potrebbe essere un mezzo efficace per risolvere i conflitti nelle controversie provocate dagli incidenti di

sci? Per questo allo stesso modo che è opportuno configurare una Corte arbitrale nella quale gli Arbitri siano esperti in Diritto della neve e a conoscenza del mondo dello sci, analogamente, anche se su un altro livello, considero che sarebbe consigliabile promuovere un sistema di mediazione specializzata, non come alternativa alla giurisdizione o all'arbitrato, ma come risorsa previa a entrambi.

Così, complesse questioni di valutazione delle condotte colpose potrebbero essere risolte non tanto per decisione di un terzo, giudice o arbitro, ma per accordo fra le parti, ispirato e propiziato dall'intervento di un mediatore specializzato.

In questo senso, il compito del mediatore deve essere ricoperto da persone con esperienza nelle circostanze fattuali in cui tali incidenti hanno luogo.

Un esperto in ambito sciistico, in grado di ascoltare il racconto delle parti in causa e di comprendere cosa sia realmente accaduto. Grazie alla sua conoscenza dell'ambiente si trova nelle migliori condizioni per mettere a confronto la condotta causa della controversia con questo modello ideale rappresentato dall'agire medio di uno "sciatore diligente".

La sua esperienza delle circostanze fattuali gli permette di concatenare le richieste delle parti, dialogare con loro, fornire un autorevole punto di vista a ciascuna delle parti o ad entrambe in modo

congiunto, in modo da ottenere un avvicinamento delle posizioni che le parti stesse considerino fattibile e, infine, incoraggiare la ricerca di un accordo dopo aver ricondotto posizioni a volte antagoniste.

Così proposta, come fase previa alla giurisdizione ordinaria o all'arbitrato, con riduzione delle spese e del tempo - oltre che con la garanzia che nessuna delle parti vince ma neppure soccombe in modo assoluto -, la mediazione specializzata può risultare molto efficace.

## **5.-Alcuni tratti del profilo di un mediatore esperto.**

Una delle note distintive della mediazione rispetto al processo giudiziario o arbitrale è che l'azione si rivolge al futuro, tradotto nell'accordo reciproco, mentre questi ultimi mirano ad analizzare il passato per chiarire le responsabilità. Sulla base di questa premessa cito cinque tratti del mediatore specializzato.

**5.1.- Integro.** È la caratteristica cardinale. Le parti devono avere fiducia nel mediatore come persona retta ed incorruttibile. Dall'integrità derivano i principi

che fondano la sua imparzialità, neutralità ed equanimità.

5.2.- Esperto. Solo un esperto nell'ambiente in cui avvengono gli incidenti di sci è in grado di realizzare, con efficacia, i due compiti necessari per la mediazione: coadiuvare nel delicato percorso verso un accordo comune e, in caso di fallimento, formulare e fondare una proposta di conciliazione. Grazie alla sua conoscenza dell'ambiente può comprendere le posizioni delle parti e farle avvicinare in un rapporto fluido.

5.3.- Accessibile. La mediazione deve provocare, per sua stessa natura, un rapporto con le parti in causa più personale rispetto a quella del giudice nel procedimento giudiziario o dell'arbitro nell'arbitrato.

Il mediatore deve svolgere il proprio compito con la consapevolezza di rappresentare un elemento di collegamento fra le due parti, in quanto non deve mirare a convincerle, bensì rivolgersi ad una di essa, in presenza della controparte, al fine di raggiungere un accordo.

5.4.- Pianificatore. Il mediatore dirige le sessioni e facilita l'esposizione delle posizioni. Pianifica un piano

sistematico, di mezzi e obiettivi. La pianificazione è essenziale nella mediazione, in quanto questa non ha un *iter* predeterminato.

5.5.- Conciliatore. Solo un mediatore specializzato potrà argomentare, in una seduta privata con una parte, che le pretese di quest'ultima sono poco ragionevoli. Solo lui ha, nella fase finale, il talento e la capacità necessari per guidare le parti alla redazione di un verbale che contenga l'accordo di autocomposizione. Sarà necessario formalizzare un verbale di mediazione in un documento sottoscritto dalle parti e dal mediatore.

## **6.-Alcune proposte per realizzare l'introduzione di un sistema di mediazione in ambito sciistico.**

Considerando la convenienza di realizzare una qualche azione per costruire un sistema di mediazione nel nostro ambito sciistico, intendo che sarebbe opportuna la creazione di un Collegio di mediatori, che trovasse origine e fondamento nel nostro Forum. Si tratterebbe di un elenco selezionato di persone che, unite al mondo della neve, mettessero la loro preziosa esperienza vitale a disposizione di chi si trovasse in posizione di conflitto in conseguenza di eventuali azioni imprudenti o omissioni negligenti. che

potessero essere riconosciute o negate come causa del danno che è stato occasionato.

La Camera di Commercio di Milano dispone di un "Servizio di conciliazione", operativo dal 1996 ed iscritto al Registro Organismi di Mediazione. Il sito web della Camera di Commercio recita:

"I mediatori della CAM sono il fulcro dell'intera attività del Servizio di conciliazione. Grazie alla sua professionalità, alla competenza e all'esperienza il Servizio può offrire alle parti uno strumento di elevata qualità".

Per accedere alla professione di mediatore, senza essere avvocati, si deve possedere almeno un diploma di laurea universitaria triennale di qualsiasi disciplina, o in alternativa, essere iscritti a un collegio o ordine professionale ed essere in possesso di una specifica formazione acquisita presso gli enti di formazione (DM 180/2010).

La Camera di Milano ha un Regolamento di Mediazione in vigore dal 6 dicembre 2012. Per quanto riguarda i criteri per la nomina dei mediatori, l'articolo cinque afferma:

*"Il Responsabile, valutati il curriculum professionale del mediatore e l'oggetto della mediazione, individua in prima istanza una rosa di mediatori...Ove si tratti di controversia che presenta profili di alta difficoltà, si procede ad una designazione in favore dei mediatori di pari grado di competenza sulla base del criterio di esperienza".*

L'articolo quattro in fine segnala:

*"Le parti possono individuare congiuntamente il mediatore tra i nominativi inseriti negli elenchi".*

Credo che entrambi i sistemi di designazione favorirebbero la nomina di un mediatore all'interno di un Collegio di mediatori esperti in incidenti sciistici: primo, per l'alto livello di specializzazione, e secondo, perché se negli ambienti del mondo dello sci si diffondesse l'esistenza di tale Collegio, sarebbe normale che le persone coinvolte in un conflitto, siano esse giuridiche o fisiche, scegliessero di comune accordo un mediatore dal relativo elenco.

Si potrebbe, dunque, studiare la possibilità di entrare in contatto istituzionale con la Camera di Milano e la sua Corte Arbitrale, con il fine di rendere possibile che i nostri candidati a mediatori venissero inseriti nell'elenco tenuto presso la Camera. Bisogna sapere



che quest'ultima, per consentire l'inserimento, richiede il superamento di una procedura di selezione che viene bandita periodicamente, in base alle esigenze del Servizio di conciliazione. Le future selezioni saranno pubblicate sul sito web. In ogni caso è possibile registrarsi compilando un modulo disponibile online.

Intendo, inoltre, che sarebbe consigliabile studiare la possibilità di offrire, attraverso la Camera di Commercio di Milano, l'organizzazione e la convocazione di un corso di Mediatore nell'ambito sportivo in generale e relativo allo sci in particolare. L'utilizzo dei suoi contenuti sarebbe il complemento perfetto per unire una preziosa esperienza pratica con una formazione che permetta lo sviluppo, con competenza e rigore, dei compiti di mediazione. Il corso dovrebbe contenere conoscenze teoriche e sviluppare esercizi pratici.

## ***7.- Postfatio.***

Concludo. L'articolo 5 del Regolamento di Mediazione della Camera di Milano recita:

*"Il Responsabile dell'Organismo di mediazione provvede a raggruppare per categorie i mediatori iscritti nell'elenco, tenendo conto delle diverse aree di specifica competenza*

*professionale nonché, all'interno di ciascuna di esse, del grado di competenza in materia di mediazione di ciascun mediatore".*

Alla luce di quanto disposto dall'articolo citato, il nostro Forum potrebbe forse perfino chiedere alla Corte Arbitrale della Camera di Milano di creare una categoria specifica di Mediatori di controversie nell'ambito dello sport e dello scii in particolare. Formulo queste riflessioni confidando che l'autorevole parere dell'illustre Auditorio sarà porto sicuro nella sua valutazione di fattibilità.

Mi fermo qui, ringraziando per l'amabile attenzione.