

LA MEDIAZIONE NELLE CONTROVERSIE DI DIRITTO PRIVATO

a cura di *Paolo Passaglia*

con contributi di *C. Bontemps di Sturco, C. Guerrero Picó, S. Pasetto, M. T. Rörig* e con la
collaborazione di *D. Praino*

FRANCIA

1. Introduzione

- 1.1. Brevi riferimenti storici
- 1.2. L'attuazione della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale

2. Cenni sui modi alternativi di risoluzione delle controversie

- 2.1. I modi alternativi di risoluzione delle controversie previsti come facoltativi
 - 2.1.1. La mediazione e la conciliazione convenzionali
 - 2.1.2. Il tentativo preliminare di conciliazione o la conciliazione di fronte al conciliatore di giustizia (c.d. "conciliazione di giustizia")
 - 2.1.3. La "conciliazione giudiziaria"
 - 2.1.4. La "mediazione giudiziaria" davanti alle giurisdizioni ordinarie
 - 2.1.5. La mediazione bancaria
 - 2.1.6. Le mediazioni in materia di tutela dei consumatori
 - 2.1.7. Il mero obbligo di incontrare un conciliatore o un mediatore
- 2.2. I modi alternativi di risoluzione delle controversie previsti come obbligatori
 - 2.2.1. L'obbligatorietà ope legis
 - 2.2.1.1. La conciliazione svolta dal giudice a seguito di rifiuto di quella del conciliatore di giustizia
 - 2.2.1.2. La procedura preliminare di conciliazione davanti al Conseil de prud'hommes
 - 2.2.1.3. Il tentativo preliminare di conciliazione obbligatorio davanti al Tribunale paritetico degli affitti rurali
 - 2.2.1.4. La procedura preliminare di conciliazione in materia di rivalutazione del canone di locazione
 - 2.2.1.5. I ricorsi amministrativi preliminari obbligatori
 - 2.2.2. L'obbligatorietà derivante dal contratto: le c.d. clausole di conciliazione preliminare obbligatoria

3. I modi alternativi di risoluzione delle controversie e le competenze giuridiche dei soggetti coinvolti

- 3.1. Le funzioni dei mediatori e dei conciliatori
- 3.2. Le competenze richieste ai mediatori ed ai conciliatori

4. Gli oneri finanziari connessi al ricorso ai modi alternativi di risoluzione delle controversie

5. Gli effetti dell'instaurazione di una procedura di risoluzione alternativa della controversia

- 5.1. La sospensione del termine di decadenza: a) per la mediazione e conciliazione giudiziaria e convenzionale
- 5.2. *Segue*: b) per la mediazione bancaria
- 5.3. *Segue*: c) per la mediazione in materia di tutela dei consumatori
- 5.4. *Segue*: d) per le mediazioni in materie amministrative *non régaliennes*
- 5.5. *Segue*: e) per i tentativi preliminari di conciliazione svolti da conciliatori di giustizia
- 5.6. *Segue*: f) per le clausole contrattuali di conciliazione preliminare obbligatoria
- 5.7. *Segue*: g) per i ricorsi amministrativi obbligatori
- 5.8. La mancata previsione di una sospensione del termine di decadenza per la conciliazione in materia di rivalutazione del canone di locazione

6. Gli effetti della mancata composizione della lite

7. Gli effetti della composizione della lite

- 7.1. L'attribuzione della forza esecutiva alla conciliazione o mediazione
- 7.2. La procedura di omologazione

8. Considerazioni conclusive sul rapporto tra i modi alternativi di risoluzione delle controversie ed il diritto di accesso alla tutela giurisdizionale

GERMANIA

1. I modi alternativi di risoluzione delle controversie nell'ordinamento tedesco

- 1.1. Introduzione
- 1.2. La tassonomia dei modi alternativi di risoluzione delle controversie
 - 1.2.1. L'arbitrato
 - 1.2.2. La conciliazione
 - 1.2.3. La mediazione
 - 1.2.4. *Segue*: La nuova legge sulla mediazione
 - 1.2.5. L'incidente o istruzione probatoria indipendente (Selbständiges Beweisverfahren)
- 1.3. I modi alternativi di risoluzione delle controversie previsti come facoltativi e/o obbligatori
 - 1.3.1. Il tentativo obbligatorio di conciliazione all'interno del giudizio
 - 1.3.2. Il previo tentativo di conciliazione stragiudiziale come condizione per instaurare un processo
 - 1.3.3. Sulla costituzionalità della conciliazione obbligatoria di cui all'art. 15a EGZPO
- 2.1. I soggetti competenti a svolgere attività di mediazione o conciliazione stragiudiziale
 - 2.1.1. Controversie fra consumatori e imprese (in senso lato)
 - 2.1.2. Controversie tra imprese
 - 2.1.3. Controversie fra lavoratori e datori di lavoro
 - 2.1.4. Controversie familiari
 - 2.1.5. Controversie derivanti dall'applicazione della normativa sui trasferimenti di fondi o dall'utilizzo abusivo di carte di pagamento
 - 2.1.6. Controversie fra privati
 - 2.1.7. Altri casi specifici
 - 2.1.8. La mediazione effettuata dai notai
- 2.2. Le garanzie connesse alle procedure di ADR (in particolare, la riservatezza delle trattative)

2.3. La figura del mediatore

INGHILTERRA

1. Cenni sui vari modi alternativi di risoluzione delle controversie

1.1. Profili storici: la riforma del diritto processuale civile mediante le *Civil Procedure Rules*

1.2. Le *Civil Procedure Rules*

1.2.1. Il c.d. obiettivo generale ed i poteri di case management

1.2.2. I Pre-Action Protocols

1.2.3. La transazione (settlement)

1.3. La mediazione

1.3.1. Le caratteristiche fondamentali della mediazione

1.3.2. La non obbligatorietà della mediazione

1.3.2.1. Il caso Halsey

1.3.2.2. Il potere del giudice di ripartire le spese del giudizio

1.3.2.3. Le clausole contrattuali c.d. “multi-livello”

1.3.2.4. I progetti di mediazione c.d. court-annexed

1.4. La direttiva 2008/52/CE, relativa a determinati aspetti della mediazione

1.5. La mediazione e l’articolo 6 CEDU

2. I modi alternativi di risoluzione delle controversie e le competenze giuridiche dei soggetti coinvolti

2.1. I mediatori o conciliatori

2.1.1. La formazione del mediatore

2.1.2. La condotta del mediatore

2.2. La “privatizzazione” della procedura di mediazione

3. Gli oneri finanziari connessi al ricorso ai modi alternativi di risoluzione delle controversie

4. Gli effetti del mancato accordo

4.1. La clausola “*without prejudice except as to costs*”

4.2. La limitazione della riservatezza per altri motivi

5. Gli effetti del raggiungimento di un accordo

6. Considerazioni conclusive sul rapporto tra i modi alternativi di risoluzione delle controversie ed il diritto di accesso alla tutela giurisdizionale

SPAGNA

1. Cenni introduttivi sulla disciplina della mediazione civile e commerciale

1.1. Lo sviluppo della mediazione nel diritto delle Comunità autonome

1.2. La lenta emersione di una disciplina statale

1.2.1. L’evoluzione culminata nel progetto di legge del 2011

1.2.2. Il regio decreto-legge n. 5/2012 in materia di mediazione civile e commerciale

1.3. La legge n. 5/2012 sulla mediazione civile e commerciale

2. I principi-cardine della mediazione

2.1. Volontarietà e libera disposizione

2.1.1. La proposta iniziale di mediazione obbligatoria

2.1.2. Obbligatorietà della mediazione versus diritto alla tutela giurisdizionale effettiva

2.1.3. L'articolo 6 della legge n. 5/2012

2.2. Uguaglianza delle parti, imparzialità e neutralità del mediatore e confidenzialità

3. I modi alternativi di risoluzione delle controversie e le competenze giuridiche dei soggetti coinvolti

3.1. Le istituzioni di mediazione

3.2. I mediatori

3.2.1. La formazione del mediatore

3.2.2. La condotta del mediatore

4. Il procedimento di mediazione

5. Gli oneri finanziari connessi al ricorso alla mediazione

6. Gli effetti del mancato accordo

7. Gli effetti dell'accordo di mediazione

8. Considerazioni conclusive sul rapporto tra i modi alternativi di risoluzione delle controversie ed il diritto di accesso alla tutela giurisdizionale

STATI UNITI

1. Cenni introduttivi sulla mediazione nel sistema statunitense

2. La *judicial mediation*

3. La *mediation* stragiudiziale

4. I programmi di *court annexed mediation*

4.1. Cenni storici

4.2. L'*Alternative Dispute Resolution Act*

4.2.1. I programmi di mediazione obbligatoria

4.2.1.1. Le problematiche costituzionali: il due process of law

4.2.1.2. L'obbligo di partecipazione alla procedura

4.2.1.3. Le sanzioni per il mancato adempimento dell'obbligo

4.2.1.4. Le clausole contrattuali di mediazione

4.2.2. I costi dei sistemi di court annexed mediation

4.2.3. La collocazione temporale della court annexed mediation

4.2.4. Mediazione e termini di decadenza

4.3. La disciplina della riservatezza

5. La figura del mediatore

5.1. La selezione del mediatore

5.2. Formazione ed accreditamento del mediatore

5.3. Terzietà ed indipendenza del mediatore

5.3.1. Imparzialità dei mediatori di programmi court annexed

5.3.2. L'immunità del mediatore

6. Un caso-studio: il *Northern District of California*

FRANCIA

di Charlotte Bontemps di Sturco

1. Introduzione

1.1. Brevi riferimenti storici

Senza risalire al diritto romano, tracce di strumenti simili alla mediazione o alla conciliazione si trovano già, nel diritto francese, durante il Medioevo¹. Dalla fine del Settecento, e più precisamente dalla legge dei 16 e 24 agosto 1790, un tentativo preliminare obbligatorio di conciliazione (c.d. procedura preparatoria) è stato esplicitamente formalizzato².

Con il Codice di procedura civile del 1806, questo procedimento è stato mantenuto per tutte le cause suscettibili di essere oggetto di transazione, mentre è stato escluso nei casi di urgenza, per le richieste di garanzie ed in materia commerciale. La conciliazione è stata poi prevista, non solo nel momento dell'introduzione del ricorso, ma durante l'intera procedura, come potere ulteriore del giudice del *tribunal de grande instance*.

Riforme successive hanno esteso questi poteri del giudice nelle varie fasi della procedura civile, mentre dagli anni settanta del Novecento, con il nuovo Codice di procedura civile, la conciliazione (articolo 21 del nuovo codice) è stata integrata a tutte le procedure davanti a qualunque giurisdizione civile e resa possibile in ogni momento della procedura.

Da più di un quarto di secolo, i modi alternativi di risoluzione delle controversie³ sono considerati, a livello nazionale ed a livello europeo, come strumenti suscettibili di costituire una

¹ Cfr. L. CADIET, *I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia, Fra tradizione e modernità*, in V. VARANO (a cura di), *L'altra giustizia. I modi alternativi di risoluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè editore, 2007, 69 e ss.

² Questa procedura era stata prevista per i casi di competenza dei allora tribunali di distretto, giurisdizioni di diritto comune di primo grado (corrispondenti, in un certo qual modo, agli attuali *tribunaux de grande instance*) ed era svolto dai giudici di pace, sia in primo grado che in appello; la presenza delle parti era obbligatoria. L'esperimento di tale tentativo era una condizione *sine qua non* per poter adire il tribunale di distretto. L'introduzione dell'istanza davanti al tribunale richiedeva, comunque, un'autonoma azione dalle parti. Nella pratica si è poi anche sviluppato un preliminare facoltativo svolto dai medesimi giudici di pace. Per maggiori dettagli, v. M. DOUCHY-LOUDOT – J. HURARD, *Médiation et conciliation*, in *Répertoire de procédure civile* (ultimo aggiornamento 2010), 3.

³ Per designarli, nel diritto francese sono in uso gli acronimi MARD (*modes alternatifs de règlement des différends*), MARC (*modes alternatifs de règlement des conflits*) o MARL (*modes alternatifs de règlement des litiges*).

risposta al sovraccarico dei tribunali. Il loro sviluppo è dunque stato propugnato sia in sede giurisprudenziale⁴ che da parte del legislatore e del potere regolamentare⁵.

Si pongono, peraltro, alcuni problemi terminologici, che è opportuno affrontare *in limine*, riprendendo le definizioni proposte da C. Jarroson ed utilizzate dal Consiglio di Stato nel suo *rapport* del 2010 sulla mediazione⁶.

La “conciliazione” riveste, in generale, un doppio significato. In primo luogo, rimanda al procedimento di risoluzione della lite fondato sulla ricerca di un accordo da parte delle parti; essa è condotta dalle parti, in autonomia, o con l’assistenza di un terzo, chiamato “conciliatore” (secondo l’articolo 127 del cod.proc.civ., “le parti possono conciliare da sole o su iniziativa del giudice, durante tutto il giudizio”). In secondo luogo, “conciliazione” è anche il nome dato all’accordo che deriva dal procedimento indicato.

Ci si riferisce alla “conciliazione giudiziaria” quando è operata dal giudice nell’ambito o alla luce dell’articolo 21 cod.proc.civ., secondo cui “rientra nei compiti del giudice far conciliare le parti”. È quindi svolta direttamente dal giudice (articoli 127-129 cod.proc.civ.⁷) o per delega ad un “conciliatore di giustizia” (articoli da 129-1 a 131 cod.proc.civ.).

La “conciliazione di giustizia” corrisponde, invece, ad una conciliazione specifica (disciplinata dal decreto del 20 marzo 1978, modificato da ultimo dal decreto n. 2010-1165 del 1° ottobre 2010 e codificato dagli articoli 830-835 e 847, comma 2, cod.proc.civ.), organizzata presso i *tribunaux d’instance* ed i giudici di prossimità.

La “conciliazione convenzionale” (detta anche “conciliazione amichevole” o “conciliazione stragiudiziale”) evoca la conciliazione organizzata su volontà delle parti e rientra nel diritto dei contratti. Con il decreto n. 2012-66 del 20 gennaio 2012 è stata codificata agli articoli 1530 e 1531 cod.proc.civ.

⁴ Cfr. CONSEIL D’ETAT, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, in *La Documentation française*, 1993, Paris ; M. MAGENDIE (Primo Presidente della Corte d’appello di Parigi), *Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie*, in http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_rapport_magendie_20080625.pdf, cd. *Rapport Magendie* ; CONSEIL D’ETAT, *Développer la médiation dans le cadre de l’Union européenne, Etude adoptée par l’assemblée générale du Conseil d’Etat le 29 juillet 2010*, Parigi, La documentation française, 2010, 5.

⁵ Tra gli interventi più significativi possono menzionarsi: il decreto n. 78-381 del 20 marzo 1978, che ha disciplinato i “conciliatori di giustizia”; la legge n. 95-125 dell’8 febbraio 1995, relativa all’organizzazione delle giurisdizioni e alla procedura civile, penale e amministrativa, comprendente un capitolo su “La conciliazione e la mediazione giudiziaria”; e, da ultima, l’ordinanza n. 2011-1540 del 16 novembre 2011, recante attuazione della direttiva 2008/52/CE.

⁶ CONSEIL D’ETAT, *Développer la médiation dans le cadre de l’Union européenne*, cit. La terminologia di cui nel testo è rintracciabile nell’allegato 4, 81 ss.

⁷ Si vedano anche gli articoli 847, comma 1, e 1071, comma 1, cod.proc.civ. e gli articoli 252 e 373-2-10, comma 1, cod.civ.

La “mediazione”, intesa in senso generico, è considerata come una variante della “conciliazione” e consiste anch’essa in un modo di risoluzione delle controversie fondato sulla ricerca di un accordo delle parti, con l’intervento di un terzo, il mediatore.

La “mediazione giudiziaria” corrisponde ad una mediazione avviata su proposta di un giudice, in occasione di una lite pendente davanti a lui (articoli da 131-1 a 131-15 cod.proc.civ.). È affidata ad un mediatore, che può essere una persona fisica o un’associazione.

La “mediazione convenzionale” è, invece, quella che si svolge sul fondamento del solo accordo delle parti, che esso sia nato prima o dopo la lite. Dal decreto n. 2012-66 del 20 gennaio 2012 è stata anch’essa codificata agli articoli 1530 e 1531 cod.proc.civ.

Esiste anche una “mediazione familiare”, che consiste in una “mediazione giudiziaria” specificamente diretta a risolvere i conflitti familiari, in particolari quelli in materia di divorzio o di esercizio della potestà genitoriale (articoli 255 e 373-2-10, commi 2 e 3, cod. civ.; articolo 1071, comma 2, cod.proc.civ.).

Un’altra nozione, quella di “transazione”, indica il contratto con il quale le parti pongono fine ad un conflitto attraverso concessioni reciproche (articoli 2044 ss. cod.proc.civ.). La transazione è il risultato frequente (ma non inevitabile) di una procedura di conciliazione o mediazione.

L’“arbitrato” è invece concepito come il modo con il quale un terzo (o collegio di terzi) risolve un conflitto che oppone due o più parti, esercitando una funzione giurisdizionale che gli è stata affidata. L’arbitrato può essere rituale o irrituale.

Si usa anche l’espressione “amichevole composizione” per riferirsi alla facoltà che le parti riconoscono al giudice (articolo 12, ultimo comma, cod.proc.civ.) di pronunciarsi richiamandosi all’equità, più che al rispetto rigoroso del diritto. Solo il titolare di un potere giurisdizionale può essere investito della funzione di pronunciare la “amichevole composizione”.

Secondo C. Jarrosson, le nozioni di “mediazione” e di “conciliazione” non hanno motivo di essere distinte da un punto di vista giuridico, eccetto per il fatto che una conciliazione può avere luogo senza l’intervento di un terzo. Le distinzioni eventuali hanno rilievo solo in quanto esplicite disposizioni legislative riconducano ad esse un qualche effetto.

La direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, ha ulteriormente arricchito questo già complesso panorama.

1.2. L’attuazione della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale

L’attuazione della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, ha dato luogo

ad un rapporto del Consiglio di Stato, *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, Étude adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'Etat le 29 juillet 2010*⁸, ed è stata concretizzata (peraltro oltre il termine previsto) con l'ordinanza n. 2011-1540 del 16 novembre 2011, che ha modificato la legge n. 95-124 dell'8 febbraio 1995 e la legge n. 68-1250 del 31 dicembre 1968.

Il Governo francese ha ritenuto che sarebbe stato inopportuno fare coesistere nell'ordinamento francese due regimi giuridici di mediazione distinti a seconda della natura, transfrontaliera o meno, delle controversie. Si è così esclusa l'idea della sovrapposizione di un regime perfezionato di mediazione civile e commerciale, disciplinato nel quadro conseguente all'attuazione della direttiva comunitaria, con una molteplicità di mediazioni sprovviste di un preciso inquadramento giuridico, in quanto ciò avrebbe avuto come conseguenza una svalutazione di queste ultime⁹. Conseguentemente, si è optato nel senso di non limitare l'attuazione della direttiva alle liti transfrontaliere, ma di estendere la relativa disciplina a tutte le mediazioni¹⁰.

L'ordinanza ha dunque perseguito l'obiettivo di fissare un quadro generale della mediazione, che comprende la "mediazione" ai sensi del diritto francese, ma anche l'insieme dei procedimenti che rientrano nell'ambito materiale della direttiva, *ergo* anche qualunque forma di conciliazione che non sia svolta dal giudice competente per risolvere il caso.

L'ordinanza non ha però modificato la normativa applicabile ai diversi tipi di mediazione e conciliazione: il nuovo articolo 21-1 della legge n. 95-124 dell'8 febbraio 1995 dispone che "la mediazione è disciplinata da norme generali che sono oggetto della presente sezione, senza pregiudizio delle norme integrative proprie di alcuni tipi di mediazione o di alcuni mediatori". Questo quadro non incide, ad esempio, sulla mediazione familiare, lascia intatti i meccanismi propri di alcuni settori, come ad esempio quello del consumo, e permette allo stesso tempo di articolare la disciplina tra disposizioni generali e disposizioni speciali, come, ad esempio, quelle relative ai conciliatori di giustizia di cui al decreto n. 78-381 del 20 marzo 1978¹¹.

La nozione legislativa della mediazione, proposta dal Consiglio di Stato e ripresa nell'ordinanza n. 2011-1540, definisce la mediazione *lato sensu* come "un procedimento strutturato, quale che ne sia la denominazione, con il quale una o più parti provano a raggiungere un accordo in vista della risoluzione amichevole della loro lite, con l'aiuto di un terzo, il mediatore, scelto da loro o designato, con il loro accordo, dal giudice davanti al quale è pendente la lite".

⁸ Cit. alla nota 4.

⁹ CONSEIL D'ETAT, *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, cit., 6-7.

¹⁰ Cfr. PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE, *Rapport relatif à l'ordonnance n. 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52 CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, in *Journal officiel de la République française*, 17 novembre 2011, n. 0266, 1.

¹¹ PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE, *Rapport relatif à l'ordonnance n. 2011-1540 du 16 novembre 2011*, cit. 2.

La mediazione, ai sensi della direttiva ed ora anche della legge che l'ha attuata, è diversa dalla "conciliazione" in quanto¹²: (1) deriva dalla volontà delle sole parti di ricorrervi e di nominare con l'accordo di entrambe un terzo mediatore (mentre per la conciliazione la presenza di un terzo non è obbligatoria); (2) il terzo non ha alcun potere, limitandosi a cercare di ravvicinare i punti di vista delle parti e ad instaurare un dialogo tra di loro, senza dover trovare la soluzione alla lite, ruolo delle parti; e (3) il terzo è remunerato.

Una tale definizione include: la "mediazione convenzionale" che si svolge sul fondamento dell'accordo delle parti, intervenuto prima o dopo la nascita della lite; la "conciliazione amichevole" o "stragiudiziale", nella misura in cui interviene fuori dalla procedura giudiziaria e si svolge alla presenza di un terzo, il "conciliatore" (in questo senso può rientrare nella nozione di mediazione *lato sensu*); la mediazione suggerita (ma non imposta) – ai sensi dell'articolo 3 a) della direttiva e della legge dell'8 febbraio 1995, c.d. "mediazione giudiziaria" –, a prescindere dalla partecipazione del giudice alla stessa (articoli 131-1 e 131-2 cod.civ.).

Sono invece esclusi dell'ambito della direttiva: le mediazioni collettive, nelle quali il mediatore deve rendere conto dei risultati della sua attività all'autorità amministrativa o politica (ciò che avviene sovente nelle mediazioni relative a conflitti collettivi in ambito professionale); la "conciliazione giudiziaria", condotta dal giudice (in applicazione dell'articolo 21 cod.proc.civ.) o instaurata su iniziativa delle parti (in applicazione degli articoli 127-131 cod.proc.civ.) senza l'intervento di un terzo (entrambe rientrano nelle c.d. "procedure giudiziarie di conciliazione", per riprendere la terminologia della direttiva); i tentativi preliminari di conciliazione (articoli 830-835 e 847, comma 2, cod.proc.civ.) davanti ai *tribunaux d'instance* ed ai *juges de proximité* (esclusi dall'articolo 3 della direttiva); la transazione (articoli 2044 ss. cod.civ.), in cui non è necessario l'intervento di un terzo, mentre sono indispensabili le concessioni reciproche; e l'arbitrato, che dà luogo ad una sentenza che s'impone alle parti e che ha un carattere quasi giurisdizionale.

È da precisare che la nozione di "materia civile e commerciale" ai sensi della direttiva comunitaria è diversa da quella tradizionale del diritto francese. A livello europeo, la nozione, che deriva dalla Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 e del regolamento Bruxelles I, copre tutte le controversie tra soggetti privati qualora siano in gioco interessi privati; sono dunque incluse tutte le materie private eccetto quelle che rientrano nella materia penale. Se l'articolo 1° del regolamento Bruxelles I esclude dal suo ambito di applicazione tutta una serie di controversie¹³, la direttiva comunitaria 2008/52 ha invece un ambito materiale più ampio, ed include ad esempio alcune materie relative al diritto delle persone e della famiglia. La "materia amministrativa" comprende intere parti del diritto amministrativo francese, restando estranea solo alle "*matières administratives régaliennes*", cioè a quelle in cui il soggetto pubblico fa uso di "*prérogatives de puissance publique*". Le "*matières administratives non régaliennes*" possono, invece, essere

¹² CONSEIL D'ETAT, *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, cit., 23.

¹³ Vale a dire: "a) stato e capacità delle persone fisiche, regimi matrimoniali, testamenti e successioni; b) fallimenti [...]; c) previdenza sociale; d) arbitrato [...]".

suscettibili di mediazione ai sensi della direttiva. Le disposizioni attuative della direttiva, su questo punto, sono state limitate alle sole liti transfrontaliere.

D'altra parte, la "materia civile e commerciale" è stata interpretata dalla Corte di Giustizia in modo estensivo, e sia i giudici ordinari e amministrativi che il legislatore hanno dovuto prendere atto di questa concezione¹⁴.

Ne discende che gli ambiti nei quali la mediazione può essere applicata nelle materie amministrative *non régaliennes* sono considerevoli: appalti pubblici, servizi pubblici, responsabilità nell'ambito di lavori pubblici, responsabilità ospedaliera, etc.

Oltre alla discrasia tra diritto europeo e tradizione nazionale, interviene un utilizzo atecnico del concetto di mediazione da parte del legislatore francese, che si riferisce a questo termine per designare procedimenti tra loro molto diversi. In alcuni casi si tratta di ricorsi preliminari obbligatori, dove la "mediazione" è, appunto, obbligatoria prima di qualsiasi fase processuale; in altri la finalità non è quella di risoluzione delle controversie tra le parti, ma solo di individuare forme di reclamo offerte a consumatori (si pensi alla Commissione di risoluzione delle controversie di consumo, alla Commissione di mediazione della vendita diretta) o ad utenti (Mediatore delle Poste, Mediatore dell'educazione nazionale e dell'insegnamento superiore; etc.). Talvolta, addirittura, il richiamo alla mediazione indica, semplicemente, l'emissione di pareri da parte di amministrazioni o organismi (ad es., il mediatore del gruppo di imprese di assicurazione). Non mancano casi in cui di mediazione può parlarsi in teoria, ma non alla luce della direttiva europea, vuoi perché la volontà delle parti non si esprime nella scelta di ricorrere ad una mediazione (mediatore nazionale dell'energia) vuoi perché le parti non hanno alcun potere di scelta del mediatore (come nella funzione di conciliazione attribuita al comitato nazionale olimpico sportivo), vuoi, ancora, perché, come nell'ambito delle "mediazioni istituzionali", svolte da soggetti pubblici, i "mediatori" dispongono di poteri di ingiunzione.

In definitiva, sui quarantacinque procedimenti elencati nel *rapport* del Consiglio di Stato tra quelli designati come "mediazione", solo 3 rispettano pienamente tutti i criteri definiti dalla direttiva europea.

2. Cenni sui modi alternativi di risoluzione delle controversie

Considerando il gran numero di procedure di mediazione o conciliazione, facoltative o obbligatorie, presenti nel diritto francese, ci si limiterà, in questa sede, a fornire alcuni cenni tesi a rimarcare i principi comuni e per dar conto di alcune caratteristiche specifiche delle procedure più importanti.

¹⁴ CONSEIL D'ETAT, *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, cit., 23.

2.1. I modi alternativi di risoluzione delle controversie previsti come facoltativi

2.1.1. La mediazione e la conciliazione convenzionali

La mediazione e la conciliazione convenzionali, rientrando nel diritto dei contratti, non avevano una apposita disciplina fino al 2011. L'ordinanza n. 2011-1540 del 16 novembre 2011, recante attuazione della direttiva 2008/52/CE, ha inteso fissare alcuni principi in materia (soprattutto in ordine alla qualificazione del mediatore). È stato in seguito adottato il decreto n. 2012-66 del 20 gennaio 2012, che disciplina "la mediazione e la conciliazione convenzionali", senza distinguere tra le due nozioni: entrambe sono definite come "un procedimento strutturato nel quale due o più parti tendono a raggiungere un accordo, al di fuori di ogni procedura giudiziaria, onde addivenire ad una risoluzione amichevole della loro controversia, con l'aiuto di un terzo da loro scelto che svolge la sua funzione con imparzialità, competenza e diligenza".

Le forme nelle quali si articolano la mediazione e la conciliazione convenzionali sono le più varie, essendo rimesse alla libertà contrattuale delle parti.

2.1.2. Il tentativo preliminare di conciliazione o la conciliazione di fronte al conciliatore di giustizia (c.d. "conciliazione di giustizia")

La "conciliazione di giustizia" è stata codificata dagli articoli 830-835 cod.proc.civ. Il decreto n. 2012-66 del 20 gennaio 2012 ha aggiunto disposizioni ulteriori in proposito, agli articoli 1536-1541 cod.proc.civ.

Può essere svolta su iniziativa di una delle parti (articolo 830), o su accordo delle parti, con delega ad un conciliatore di giustizia (articoli 831-833); in difetto di accordo, è esercitata direttamente dal giudice (articoli 834 e 835: cfr *infra*).

In virtù dell'articolo 830, è possibile per una parte (o per entrambe congiuntamente) ricorrere in modo spontaneo ai conciliatori di giustizia per agevolare la composizione amichevole delle controversie relative a diritti di cui gli interessati abbiano libera disposizione. I conciliatori di giustizia sono aditi senza particolari formalità (articolo 1536) ed intervengono soprattutto in materia di rapporti di vicinato, di locazione o di tutela dei consumatori.

I conciliatori di giustizia sono designati dai Presidenti delle Corti d'appello tra persone che hanno un'esperienza giuridica (non esiste, peraltro, una preparazione specificamente diretta a questa funzione); esercitano il loro ufficio – in modo continuo per un anno rinnovabile una volta – presso i *tribunaux d'instance* ed i giudici di prossimità.

Il conciliatore di giustizia può chiedere, con l'accordo delle parti, di essere coadiuvato di un altro conciliatore di giustizia, al fine di raggiungere un accordo (articolo 1539).

Il ruolo del conciliatore di giustizia dovrebbe permettere alle parti di raggiungere una soluzione alla loro controversia. Se l'accordo è raggiunto, lo si formalizza in un verbale, che lo rende obbligatorio, nei casi in cui una delle parti rinuncia ad un diritto.

2.1.3. La “conciliazione giudiziaria”

La conciliazione rientra tra i compiti tradizionali del giudice, come risulta dagli articoli 21 e 127-131 cod.proc.civ.

La conciliazione può essere tentata davanti a qualunque giurisdizione ordinaria, in ogni stadio della procedura (dal deposito del ricorso fino alla sentenza, in primo grado, in appello ed anche nella fase cautelare), nel momento e nel luogo che il giudice ritiene più favorevole (articolo 128).

Può essere svolta dal giudice stesso (articoli 127-129) o essere delegata ad un conciliatore di giustizia (articoli da 129-1 a 129-5), su accordo delle parti¹⁵.

Inoltre, le parti possono sempre chiedere al giudice di accertare la loro conciliazione (articolo 129).

Quando è delegata ad un conciliatore di giustizia, quest'ultimo ha a disposizione due mesi, rinnovabili una volta. Il conciliatore informa sempre il giudice dello svolgimento della conciliazione e delle eventuali difficoltà che incontra. Di conseguenza, il giudice può revocarla, su richiesta delle parti, del conciliatore o d'ufficio, quando il procedimento di conciliazione non pare che possa giungere ad esiti positivi (articolo 129-4).

La conciliazione può essere verbalizzata dal giudice in presenza delle parti oppure in un documento sottoscritto dalle parti e dal conciliatore di giustizia.

Il Codice di giustizia amministrativa, seguendo il modello del Codice di procedura civile, dispone che “i tribunali amministrativi possono esercitare una missione di conciliazione” (articolo L 211-4). Questa previsione è stata interpretata, in un primo tempo, in modo restrittivo, cioè nel senso che non si applicava alle Corti amministrative di appello (CE, Ass. 23 giugno 1989, *Veritier*, rec. 424); il Consiglio di Stato ne ha poi allargato la portata, rendendo possibile – anche nel giudizio di appello – la nomina di un esperto chiamato a tentare la conciliazione tra le parti (CE, 11 febbraio 2005, *Organisme de gestion du cours du sacré-Cœur et autres*, rec. 65).

Il nuovo articolo L 771-3-1 del Codice di giustizia amministrativa, come da ultimo modificato dall'ordinanza n. 2011-1540 del 16 novembre 2011, permette al giudice, in caso di lite

¹⁵ In caso di disaccordo, il giudice può peraltro ingiungere alle parti di incontrare il conciliatore di giustizia, cfr. *infra*.

transfrontaliera in materia amministrativa *non régalienn*e, di ricorrere alla mediazione dopo avere acquisito l'accordo delle parti¹⁶.

2.1.4. La “mediazione giudiziaria” davanti alle giurisdizioni ordinarie

La “mediazione giudiziaria”, introdotta con la legge n. 95-125, ha codificato (articoli da 131-1 a 131-15 cod.proc.civ.¹⁷) l'orientamento giurisprudenziale¹⁸ secondo cui la mediazione, introdotta su proposta del giudice, è una modalità di esercizio del potere di conciliazione al giudice riconosciuto dall'articolo 21 cod.proc.civ. Del resto, è sovente sufficiente per il giudice proporre alle parti una mediazione per far sì che queste accettino di avviarla¹⁹.

In effetti, come per la “conciliazione giudiziaria”, la “mediazione giudiziaria” può nascere su iniziativa delle parti o del giudice. Può essere tentata davanti a qualunque giurisdizione ordinaria, in ogni stadio della procedura.

La “mediazione giudiziaria”, come disciplinata dal codice, è subordinata al consenso di entrambe le parti (articolo 131-1 cod.proc.civ.). Il giudice raccoglie il loro consenso, sospende il giudizio, nomina un mediatore (una persona fisica o giuridica) e determina il costo del compenso di quest'ultimo.

La mediazione può vertere su una parte o sull'intera controversia. Il suo ambito materiale è molto ampio, comprende tutte le materie nelle quali le parti hanno diritti disponibili.

La durata della mediazione è di tre mesi, rinnovabile per una volta su richiesta del mediatore (articolo 131-3). Il mediatore tiene costantemente informato il giudice dello svolgimento della mediazione e delle difficoltà che incontra (la mediazione giudiziaria si svolge sotto il controllo del giudice). Il giudice può, qualora ritenga inutile proseguire nel procedimento di mediazione, interromperlo²⁰.

¹⁶ Alcuni dubbi nascono, però, dalla lettera del medesimo articolo, in quanto al giudice che abbia ottenuto l'accordo è semplicemente “permesso” di procedere alla conciliazione. A differenza di quanto avviene nel rito civile, non è previsto un obbligo del giudice in tal senso.

¹⁷ L'ordinanza n. 2011-1540 del 16 novembre 2011, recante attuazione della direttiva 2008/52/CE, ha modificato la “mediazione giudiziaria”, prevedendo che il giudice possa nominare, con l'accordo delle parti, un “mediatore giudiziario” per procedere ad una mediazione, in ogni fase della procedura, anche nella fase cautelare. Le modalità di formalizzazione saranno determinate con un decreto previo parere del Consiglio di Stato; il decreto non è stato ancora emanato.

¹⁸ Cass. civ. II, 16 giugno 1993.

¹⁹ M. DOUCHY-OUODOT e J. HURARD, *Médiation et conciliation*, cit., 7.

²⁰ A. PERA e G. MARIA RICCIO (a cura di), *Mediazione e conciliazione, diritto interno, comparato e internazionale*, Padova, CEDAM, 2011, 140.

2.1.5. La mediazione bancaria

Accanto alle procedure di mediazione (o di conciliazione) generali, esistono numerose mediazioni settoriali, come ad esempio quella in materia bancaria, che rispondono ad esigenze specifiche e recano quindi talune peculiarità.

In materia bancaria, il Codice monetario e finanziario disciplina una procedura di mediazione che è affidata a mediatori bancari (articolo L 315-1), designati da ogni ente di credito al fine di risolvere le eventuali controversie tra un cliente e la banca, relativamente ai servizi forniti ed all'esecuzione dei contratti. L'esistenza della mediazione deve figurare nella Contratto di conto corrente e di deposito e sugli estratti conto bancari. Prima di adire il mediatore, è necessario effettuare un reclamo all'ente nonché al servizio che cura i rapporti con la clientela. Se nessuna soluzione alla controversia è stata raggiunta, si può ricorrere al mediatore bancario, che è adito tramite lettera inviata all'indirizzo della banca coinvolta menzionato sul sito *internet* della Banca di Francia. Il mediatore bancario deve pronunciarsi entro il termine di due mesi dal momento in cui è stato adito.

Dopo aver istruito il caso, emette un parere che dovrebbe permettere alle parti di risolvere la loro controversia. Questo parere non è, tuttavia, vincolante per le parti, che possono dunque optare per le vie legali.

2.1.6. Le mediazioni in materia di tutela dei consumatori

Con la legge n. 2010-737 del 1° luglio 2010 è stata istituita la Commissione della mediazione del consumo (CMC), incaricata ad emettere pareri per migliorare e favorire la mediazione stragiudiziale in materia di consumo (articolo L 534-7 del Codice del consumo) al fine di attuare, parzialmente, la direttiva 2008/52/CE. Il 27 settembre 2011 è stata adottata una Carta della mediazione del consumo, inserita come allegato all'articolo L 534-7 del Codice del consumo, alla cui adesione sono sollecitati i mediatori che intervengono in materia.

L'articolo 1 della Carta della mediazione del consumo precisa che la mediazione deve essere libera per le parti, che possono in ogni momento interromperla. I contenuti della mediazione devono rimanere confidenziali.

In materia di consumo, sono numerosi i mediatori: associazioni di consumatori, associazioni professionali, enti pubblici (direzione provinciale – o generale – della concorrenza, del consumo e della repressione delle frodi, etc.). I consumatori possono quindi scegliere tra uno di questi soggetti, con la relativa procedura di mediazione. In ogni caso, è prevista la gratuità della mediazione.

Il ricorso al mediatore deve essere preceduto dal reclamo del consumatore rivolto al servizio per la clientela. Si procede al ricorso in caso di risposta negativa di questo o in assenza di risposta per due mesi (articolo 4.2 della Carta della mediazione del consumo).

Il mediatore dispone, a sua volta, di due mesi per pronunciarsi; il termine può essere rinnovato una volta, su richiesta del mediatore, nel caso in cui la lite sia particolarmente complessa (articolo 4.4 della Carta della mediazione del consumo). Il parere reso non è comunque giuridicamente vincolante.

2.1.7. Il mero obbligo di incontrare un conciliatore o un mediatore

Dal 2002, e più precisamente dalla legge n. 2002-1138 del 9 settembre 2002, il giudice dispone di poteri più incisivi in materia di conciliazione, che gli permettono, non solo di proporre l'avvio di questi procedimenti (v. *supra*) ma anche di imporre alle parti, tramite ingiunzione²¹, di incontrare un conciliatore o un mediatore. L'articolo 829, comma 3, cod.proc.civ. dispone, in effetti, che, in assenza di accordo delle parti per procedere ad un tentativo di conciliazione, il giudice, con decisione non suscettibile di ricorso, può ingiungere loro di incontrare un conciliatore che le informa sull'oggetto e lo svolgimento della conciliazione.

In questo caso, le parti sono obbligate all'incontro, ma non sono tenute a proseguire la conciliazione.

Nella stessa logica, l'articolo 22-1, comma 2, della legge n. 95-125 dell'8 febbraio 1995, come modificato da ultimo dall'ordinanza n. 2011-1540 del 16 novembre 2011, dispone che quando il giudice può ingiungere loro di incontrare un mediatore, le parti sono obbligate ad incontrarlo, ma non a proseguire sulla strada della mediazione.

Non sono state invece adottate le proposte che permettevano di sanzionare la parte che rifiutava in modo irragionevole un'offerta di transazione o la partecipazione a una procedura di mediazione o di conciliazione²².

2.2. I modi alternativi di risoluzione delle controversie previsti come obbligatori

2.2.1. L'obbligatorietà ope legis

2.2.1.1. La conciliazione svolta dal giudice a seguito di rifiuto di quella del conciliatore di giustizia

Davanti al *tribunal d'instance* o alla giurisdizione di prossimità, nel caso in cui una o tutte le parti si oppongono a che il tentativo preliminare di conciliazione sia svolto da un conciliatore di

²¹ J. JOLY-HUARD, *Le nouveau pouvoir d'injonction du juge en matière de conciliation judiciaire*, in *Dalloz*, 2003, 928.

²² P. THERY, *La clause de médiation préalable: il ne faut pas confondre ne pas vouloir et refuser...*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2009, 774.

giustizia, spetta al giudice svolgerla (in questo senso, la conciliazione è obbligatoria per le parti). Il giudice determina il giorno in cui si terrà l'udienza di conciliazione (articolo 834 cod. proc. civ.).

2.2.1.2. *La procedura preliminare di conciliazione davanti al Conseil de prud'hommes*

In materia di rapporti di lavoro, i conflitti individuali si svolgono dinanzi ad una giurisdizione denominata *Conseil de prud'hommes*, composta da due formazioni: la formazione di conciliazione, il c.d. *bureau de conciliation*, e la formazione giudicante, il c.d. *bureau de jugement*. Quando le parti adiscono il *Conseil de prud'hommes*, la semplice domanda implica che la lite sia previamente presentata davanti al *bureau de conciliation* (in questo senso si ha un tentativo preliminare obbligatorio di conciliazione): la domanda stessa reca una parte sulla istanza di conciliazione. L'inizio della fase giurisdizionale avviene automaticamente nel caso di fallimento della conciliazione. La conciliazione, in materia lavorativa, è stata proprio scelta al fine di permettere una continuità nei rapporti, ciò che spesso esclude la fase processuale; anzi, la conciliazione è divenuta, di fatto, il modo normale per risolvere i conflitti in questa materia²³.

Le parti sono avvisate dalla segreteria del giorno e del luogo dell'incontro per la conciliazione. La convocazione equivale ad una citazione (articolo R 516-11 del Codice del lavoro). Nella seduta di conciliazione, il *bureau* sente le parti e si adopera per conciliarle. Le parti sono tenute a presentarsi e possono farsi assistere (da un avvocato, dal loro coniuge, da un dipendente o da un datore di lavoro che appartiene allo stesso settore di attività, da un delegato sindacale). In caso di conciliazione anche solo parziale, il *bureau* deve verbalizzare l'accordo intervenuto (articolo R 516-14 cod.lav.).

L'obbligatorietà del tentativo si configura attraverso la previsione di un onere di partecipazione asimmetrico, in quanto se l'attore non si presenta all'udienza di conciliazione la sua domanda viene meno e potrà essere riproposta solo una seconda volta, mentre qualora sia il convenuto a non partecipare, il procedimento potrà regolarmente proseguire nella fase processuale. È stato però previsto, per incentivare la partecipazione del convenuto e disincentivare comportamenti non collaborativi, che il *bureau de conciliation* possa pronunciare provvedimenti decisori, benché provvisori, nei suoi confronti fondandosi sulle sole allegazioni del ricorrente²⁴.

Da notare è che, in questa materia, non tutte le domande devono essere oggetto di conciliazione preliminare obbligatoria: così, dal 1974²⁵, può non essere oggetto di conciliazione preliminare una questione incidentale rispetto ad una questione principale che sia stata oggetto di conciliazione preliminare.

²³ M. DOUCHY-LOUDOT e J. HURARD, *Médiation et conciliation*, cit., 6.

²⁴ A. PERA e G. MARIA RICCIO (a cura di), *Mediazione e conciliazione, diritto interno, comparato e internazionale*, cit., 127 ss.

²⁵ Con il decreto n. 74-783 del 12 settembre 1974, recante riforma della procedura davanti al *Conseil de prud'hommes*.

Nella stessa logica, l'articolo R 516-2 del cod.lav. dispone che "ogni domanda nuova relativa allo stesso contratto di lavoro è ricevibile in qualsiasi momento della causa, anche in appello, senza che sia possibile opporre l'assenza di tentativo di conciliazione". Con tale previsione si è superata la precedente giurisprudenza costante della Corte di cassazione, che negava l'ammissibilità di qualunque nuova domanda che non fosse stata oggetto di un tentativo preliminare di conciliazione²⁶.

2.2.1.3. *Il tentativo preliminare di conciliazione obbligatorio davanti al Tribunale paritetico degli affitti rurali*

Per le liti relative ad alcuni aspetti degli affitti rurali è previsto un tentativo di conciliazione preliminare obbligatorio, disciplinato agli articoli 887 ss. cod.proc.civ.

Questo tentativo di conciliazione è svolto dal Tribunale paritetico degli affitti rurali, riunito in collegio, competente per pronunciarsi in sede giurisdizionale per gli aspetti relativi all'applicazione dei titoli I-VII del libro VI del Codice rurale. Questa giurisdizione è composta per metà da rappresentanti di proprietari e per metà da rappresentanti di affittuari ed è presieduta da un magistrato del *Tribunal d'instance* competente territorialmente²⁷.

La procedura generale applicabile è, con qualche peculiarità, quella del *Tribunal d'instance* (articolo 882 cod.proc.civ.). Le parti adiscono il tribunale con lettera raccomandata: sono in seguito convocate per un'udienza nella quale si svolge il tentativo di conciliazione (articoli 886 e 887). Le parti sono tenute di presentarsi personalmente al tribunale, ma possono farsi rappresentare in caso di legittimo impedimento. Possono farsi assistere da persone qualificate: un avvocato, un consulente legale, un membro della famiglia o un membro di un'organizzazione professionale agricola (articoli 883 e 884).

Il tribunale, sempre riunito in formazione collegiale, svolge il procedimento di conciliazione e redige il relativo verbale. I giudici sono tenuti a partecipare attivamente alla ricerca di una soluzione amichevole e devono presentare alle parti, a maggioranza dei voti, un progetto di risoluzione della lite (articolo 887, comma 2). Il verbale deve dar conto dell'eventuale mancata comparizione di una parte e deve recare il progetto di soluzione, sia che esso sia stato accettato sia che sia stato rigettato.

2.2.1.4. *La procedura preliminare di conciliazione in materia di rivalutazione del canone di locazione*

L'articolo 17c) della legge n. 89-462 del 6 luglio 1989 permette al proprietario di proporre al conduttore il rinnovo del contratto di locazione con un nuovo canone, se quest'ultimo risulta

²⁶ M. DOUCHY-LOUDOT e J. HURARD, *Médiation et conciliation*, cit., 6. Per il mutamento giurisprudenziale imposto dalla normativa, v. Cass. Soc., 10 genn. 1991, JCP 1991, I, 53.

²⁷ M. DOUCHY-LOUDOT e J. HURARD, *Médiation et conciliation*, cit., 7.

manifestamente inferiore al valore di mercato; dispone però che, “in caso di disaccordo o in difetto di risposta da parte del conduttore quattro mesi prima del termine del contratto, l’una o l’altra delle parti adisce la Commissione di conciliazione provinciale”. Qualora questa constati il difetto di accordo il giudice deve essere adito prima della scadenza del contratto in corso.

Si prevede altresì che, in difetto di ricorso, il contratto sia rinnovato *de iure* alle condizioni anteriori; mentre, in caso di ricorso giurisdizionale, il canone sia fissato su decisione del giudice che ha carattere esecutivo.

Queste disposizioni sono state interpretate dalla giurisprudenza nel senso di imporre, in caso di conflitto tra le parti, l’esperienza di una procedura di conciliazione obbligatoria davanti alla Commissione di conciliazione (Cass. III civ., 30 aprile 1997). La giurisprudenza ha però manifestato vari orientamenti in tema di rapporti tra conciliazione obbligatoria e ricorso giurisdizionale (v. *infra*).

2.2.1.5. I ricorsi amministrativi preliminari obbligatori

I ricorsi amministrativi, facoltativi o obbligatori, anteriori a quelli giurisdizionali, costituiscono, storicamente²⁸, una delle prime forme alternative di risoluzione delle controversie di diritto pubblico²⁹. Oggi, sono anche concepiti come strumenti atti a permettere di stabilire un dialogo tra l’amministrazione ed i suoi utenti o agenti, al fine di evitare l’instaurazione di procedure giurisdizionali, in favore di una composizione amichevole³⁰.

La difficoltà risiede però nella loro identificazione, perché non tutti i testi qualificano esplicitamente i ricorsi amministrativi preliminari obbligatori, c.d. RAPO³¹. Il Consiglio di Stato, in un *rapport* del 2008, ne ha elencati addirittura 140³². La loro diversità, assai pronunciata (su cui, in questa sede, non pare il caso di indugiare) verte anche sulle materie che vanno a toccare; alcuni di essi coprono anche materie civili e commerciali.

²⁸ Dopo la Rivoluzione francese e fino al 1799 ed alla creazione del Consiglio di Stato, la *teoria del Ministro-giudice* evidenzia una confusione tra atti amministrativi ed atti giurisdizionali (in cui *juger l’administration c’est encore administrer*); alla fine dell’Ottocento, l’evoluzione della concezione della giustizia amministrativa da *justice retenue* a *justice déléguée* non ha fatto scomparire tali ricorsi, ma ne ha chiarito la natura amministrativa.

²⁹ C. DEBBASH e J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2001, 384-391.

³⁰ CONSEIL D’ETAT, *Les recours administratifs préalables obligatoires à la saisine du juge : un mode souple de règlement des conflits, Etude adoptée par l’Assemblée générale du Conseil d’Etat, 29 maggio 2008*, in *La Documentation française*, 2008.

³¹ La dottrina ne aveva ad esempio identificati 27 (D. TRICHET, *Recours administratifs*, in *Encyclopédie Dalloz*, 2000). Il carattere obbligatorio del ricorso amministrativo può derivare sia da una previsione normativa espressa sia dalla giurisprudenza.

³² V. CONSEIL D’ETAT, *Les recours administratifs préalables obligatoires à la saisine du juge : un mode souple de règlement des conflits*, cit.

La legge n. 2011-525 del 17 maggio 2011 ha inteso, per la prima volta, adottare alcuni principi comuni ai RAPO, operando alcune significative precisazioni: (1) si impone all'amministrazione di menzionare nei suoi atti amministrativi l'obbligo fatto al destinatario di effettuare un RAPO prima di adire il giudice (e si applica una delle regole classiche della procedura amministrativa non contenziosa, alla luce della quale la mancata menzione implica impossibilità di far decorrere il termine per il ricorso); (2) si impone all'amministrazione adita con il RAPO di motivare il rigetto del ricorso; (3) si prevede la possibilità per l'amministrazione di ritirare la sua decisione contestata con il RAPO.

Il *Conseil constitutionnel*, nella sua decisione del 10 marzo 1988, n. 88-154 L, ha ritenuto che le disposizioni della legge n. 78-753 del 17 luglio 1978, relativa alla procedura amministrativa *pré-contentieuse* in materia di comunicazione di documenti amministrativi, non incidono sulla ricevibilità del ricorso e non ledevano quindi l'esercizio del diritto di azione.

La Corte EDU, nel caso *Pramov c. Bulgaria* del 30 settembre 2004, ha ritenuto che il ricorso amministrativo preliminare obbligatorio può essere considerato come contrario all'articolo 6, par. 1, della Convenzione EDU e del diritto al giudice solo se la decisione del ricorso non può essere oggetto di nessun ricorso giurisdizionale. Riprendendo questa giurisprudenza, il Consiglio di Stato (CE, 3 maggio 2002, *Clinique médicale de pneumologie Sainte-Anne*, rec. 166) ha considerato che, quando si può contestare davanti alla giurisdizione – amministrativa – la decisione adottata nell'ambito del ricorso, il carattere obbligatorio del ricorso amministrativo non può essere ritenuto come contrario alle disposizioni dell'articolo 6, par. 1, della Convenzione EDU.

Per quanto riguarda le articolazioni tra queste procedure di risoluzione dei conflitti ed il ricorso giurisdizionale, il Consiglio di Stato (CE, 28 settembre 2005; *Louis*, rec. 401) ha adottato la regola secondo la quale “quando le disposizioni legislative o regolamentari prevedono una procedura obbligatoria di ricorso amministrativo preliminare all'intervento del giudice, il rispetto di detta procedura si impone, a pena di irricevibilità, ad ogni persona che dimostra un interesse ad agire; lo stesso vale anche nel caso in cui le disposizioni che disciplinano detto ricorso amministrativo [abbiano] omissis di menzionare una qualunque persona che possa dimostrare un interesse sufficiente”. Questa soluzione è quindi molto simile a quella adottata dalla Corte di cassazione per i terzi nelle clausole contrattuali di conciliazione obbligatoria e condizionante rispetto al ricorso giurisdizionale (cfr. *infra*).

Questa soluzione sembrava che potesse applicarsi all'insieme dei RAPO, come auspicato dal Commissario del Governo e dalla dottrina. In alcuni casi, però, è stato lo stesso Consiglio di Stato ad evitare l'estensione (ad esempio, per i RAPO presentati davanti alla Commissione provinciale delle infrastrutture commerciali, CE, 10 marzo 2006, n. 278220 ha ammesso il ricorso di un terzo davanti il giudice amministrativo malgrado l'assenza di RAPO).

2.2.2. L'obbligatorietà derivante dal contratto: le c.d. clausole di conciliazione preliminare obbligatoria

Con sempre maggiore frequenza, le parti di un contratto prevedono che, in caso di controversia, dovranno, prima di adire le vie legali, effettuare un tentativo di conciliazione (c.d. clausole di conciliazione preliminare obbligatoria). In giurisprudenza, si è quindi posta la questione se tali clausole abbiano effettivamente carattere obbligatorio e se il giudice adito, senza che detta conciliazione sia tentata, possa pronunciarsi. La Corte di cassazione (Cass., *ch. mixte*, 14 febbraio 2003, n. 00-19.423) ha ritenuto dette clausole vincolanti ed obbligatorie, dichiarando irricevibili i ricorsi giurisdizionali avviati senza avere intrapreso il tentativo di conciliazione.

La Corte di cassazione ha interpretato in questo senso anche alcune clausole che potevano essere ambigue nella loro redazione: così, ad esempio, ha ritenuto non ricevibile un ricorso in ragione di una clausola contrattuale che imponeva di ricorrere ad un mediatore in caso di disaccordo e di adire le vie giudiziarie solo in caso di “fallimento o rifiuto” della mediazione. La Corte ha ritenuto che una delle parti non poteva in anticipo rifiutare una procedura che non era stata ancora attuata imponendo, in un certo senso, la strada contenziosa³³.

Al più, è stato precisato che, in caso di urgenza, l'esistenza di una clausola volta a imporre il tentativo preliminare di conciliazione non esclude che la parte interessata possa ricorrere al giudice cautelare (Cass. I civ., 8 aprile 2009, n. 08-10.866).

La Corte di cassazione non ammette però la validità di clausole contrattuali che implicino una rinuncia *a priori* a qualsiasi ricorso giurisdizionale (Cass. Civ. II, 19 nov. 1998). Questa soluzione è stata anche ripresa in materia commerciale (Cass. Com., 17 giugno 2003, n. 99-16-001)³⁴.

In materia di tutela del consumatore, l'interpretazione dell'articolo 132-1 del Codice del consumo, relativo alle clausole abusive, ha condotto a ritenere che siano abusive quelle clausole che abbiano come effetto quello di sopprimere o di intralciare l'esercizio delle azioni in giudizio o dei ricorsi da parte dei consumatori, in particolare quelle che obbligano questi a far valere i propri diritti esclusivamente attraverso un modo alternativo di risoluzione delle controversie³⁵. Una clausola che istituisce un obbligo preliminare di conciliazione non è, tuttavia, considerata come abusiva se il consumatore può successivamente ricorrere in giustizia (Cass. Civ. I, 1° febbraio 2005; la Corte di cassazione oppone l'irricevibilità a chi ricorre al giudice senza aver esperito il tentativo contrattualmente obbligatorio di conciliazione).

Una ulteriore evoluzione ha condotto a considerare il tentativo di conciliazione come obbligatorio, non solo per le parti al contratto, ma anche per i terzi. La Corte di cassazione (Cass. Civ. III, 28 aprile 2011) ha ritenuto che tale clausola sia opponibile al terzo, anche se non ne era al

³³ P. THERY, *La clause de médiation préalable: il ne faut pas confondre ne pas vouloir et refuser*, cit.

³⁴ AA.VV., 9. *La Conciliation imposée par le contrat*, in *JurisClasseur commercial*, Fasc. 196, Cote: 03, 2011.

³⁵ S. GUNICHARD, *Procès équitable*, in *Répertoire de procédure civile*, marzo 20011 (ultimo aggiornamento: giugno 2011), n. 158.

corrente; la sua azione in giudizio è quindi stata dichiarata non ricevibile e si è ritenuto che dovesse tentare previamente la conciliazione.

3. I modi alternativi di risoluzione delle controversie e le competenze giuridiche dei soggetti coinvolti

3.1. Le funzioni dei mediatori e dei conciliatori

La dottrina non è unanime sulla definizione dei ruoli del mediatore e del conciliatore.

Secondo C. Jarrosson³⁶, i ruoli del mediatore e del conciliatore possono diversificarsi solo se le parti lo prevedono o se, in alcuni casi precisi, il legislatore così dispone (come, ad esempio, in materia di conflitti collettivi di lavoro): in mancanza di tali evenienze, l'uso di un termine o di un altro, non ha effetti giuridici apprezzabili.

Nel *Rapport Guinchard*³⁷, invece, la distinzione tra mediazione e conciliazione si fonda proprio sulla differenza di ruolo tra mediatore e conciliatore: la funzione del mediatore è quella di sentire le parti della controversia e di confrontare i loro punti di vista nell'abito di incontri, al fine di aiutare a ripristinare una comunicazione tra loro e far sì che riescano autonomamente a raggiungere una soluzione per la loro controversia; di contro, la funzione del conciliatore è maggiormente caratterizzata dall'autorità, esercitata dal giudice stesso, in conformità all'articolo 21 cod.proc.civ., secondo il quale rientra nei compiti del giudice conciliare le parti.

Un'altra posizione considera, invece, che il mediatore abbia un ruolo più attivo rispetto al conciliatore, in quanto quest'ultimo si limita a ricercare elementi di un'intesa che propone alle parti senza poterla imporre³⁸.

Altri ancora ritengono che la mediazione sia più dinamica, perché non si limita a suggerire alle parti reciproche concessioni, ma si occupa di negoziare con le parti un progetto che coinvolge la globalità delle loro pretese³⁹.

Devesi peraltro sottolineare che, a differenza (quanto meno) di taluni conciliatori, per i mediatori è di solito escluso che dispongano di poteri istruttori. Tale regola generale è derogata in alcune materie, ad esempio in quella bancaria e di tutela dei consumatori, dove ci si riferisce proprio all'istruzione da parte del mediatore, chiamato ad emettere un parere. In ogni caso, le contestazioni

³⁶ CONSEIL D'ETAT, *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, cit., 82.

³⁷ S. GUINCHARD (*Commission sur la répartition des contentieux*, a cura di), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La documentation française, 2008, Paris, in <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics//084000392/0000.pdf>, 155.

³⁸ Cfr. S. GUNICHARD, G. MONTAGNIER e A. VARINARD, *Institutions juridictionnelles*, Précis Dalloz, 2007, n. 47, 55 ss.

³⁹ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996, 81.

ed i contenuti che il mediatore raccoglie durante la fase di mediazione non possono essere né prodotte né invocate nella fase giudiziaria senza l'accordo delle parti.

3.2. Le competenze richieste ai mediatori ed ai conciliatori

La legge ha imposto, in modo più o meno dettagliato, a seconda del tipo di mediazione o di conciliazione, diversi requisiti per chi svolge questo ruolo.

Così, i conciliatori di giustizia: (1) devono avere una formazione o un'esperienza giuridica di almeno tre anni; (2) devono godere dei diritti civili e non devono avere cariche elettive nell'ambito della Corte di appello dove esercitano le loro funzioni; (3) devono conservare il segreto sui casi affrontati.

Nell'ambito della "mediazione giudiziaria", il mediatore, quando è una persona fisica (cfr. *supra*): (1) non deve esser stato oggetto di una condanna per determinati reati o di una dichiarazione di incapacità; (2) non deve essere stato autore di fatti contrari all'onore, alla probità ed alla morale che possano generare una sanzione disciplinare o amministrativa; (3) deve possedere una qualifica sufficiente, tenuto conto della natura della controversia; (4) deve poter attestare una formazione o un'esperienza idonea alla pratica della mediazione; e (5) deve presentare garanzie di indipendenza.

I mediatori o conciliatori "convenzionali" devono, dal canto loro, svolgere la loro missione con (1) imparzialità, (2) competenza e (3) diligenza. Devono, inoltre, rispettare il principio di segretezza.

L'articolo 1 della Carta della mediazione del consumo precisa che il mediatore, che opera in materia di consumo, deve essere imparziale, competente ed efficiente. Sono richieste competenze e conoscenze adeguate nonché aggiornamenti periodici.

I mediatori bancari sono scelti in base alle loro competenze ed alla loro imparzialità. Devono redigere, ogni anno, un rapporto sulla loro attività, rapporto che trasmettono al Comitato della mediazione bancaria, che vigila sulla loro attività garantendo la loro indipendenza e che può dare pareri ed indicazioni sia ai mediatori che agli enti bancari al fine di migliorare la mediazione bancaria.

Nell'ambito della procedura davanti al *Conseil de prud'hommes*, alcuni dubbi relativi all'assenza di terzietà emergono proprio dalla procedura di conciliazione, in quanto l'istituzione incaricata di svolgere la conciliazione è inserita nell'ambito di quella che giudica la stessa controversia in casi di fallimento della conciliazione: si è così di fronte ad una scissione della funzione conciliativa da quella giudicante, ma questa scissione avviene all'interno del medesimo organismo⁴⁰.

⁴⁰ A. PERA e G. MARIA RICCIO (a cura di), *Mediazione e conciliazione, diritto interno, comparato e internazionale*, cit., 127.

Per le conciliazioni o mediazioni istituzionali o per quelle svolte da soggetti pubblici, alcune critiche simili possono essere fatte benché nella maggior parte dei casi si imponga, tramite la Carta dei servizi o negli statuti di tali soggetti, un obbligo di terzietà e imparzialità.

4. Gli oneri finanziari connessi al ricorso ai modi alternativi di risoluzione delle controversie

In alcuni casi, le mediazioni o le conciliazioni sono gratuite: è il caso, ad esempio, della mediazione stragiudiziale svolta dai conciliatori di giustizia (i quali possono comunque chiedere un rimborso spese), della mediazione bancaria e delle mediazioni in materia di tutela dei consumatori⁴¹.

Nell'ambito delle mediazioni e delle conciliazioni convenzionali, gli oneri finanziari sono determinati dalle parti, a seconda del costo del mediatore o del conciliatore. Alcuni di questi rendono pubbliche le loro tariffe, basate essenzialmente sul valore della controversia. Anche la ripartizione rientra nella libertà contrattuale delle parti.

In altri casi, come nell'ambito della "mediazione giudiziaria", il giudice determina un primo compenso per il mediatore, che viene completato con uno a saldo, alla fine della procedura. Le parti possono ripartire liberamente le spese della procedura tra di loro; in caso di disaccordo, vengono ripartite in parti uguali. Se una delle parti ha diritto al patrocinio a spese dello Stato (*aide juridictionnelle*), in questo rientrano anche quelle della mediazione. La tendenza è peraltro quella al contenimento del costo della mediazione, giustificata dalla necessità di promuovere tale strumento e dall'idea che la mediazione sia un'attività pubblica: in genere, il compenso dei mediatori non eccede i 1.000 euro⁴².

Quando le spese della "mediazione giudiziaria" sono a carico delle parti, esse determinano liberamente le modalità della loro ripartizione. In difetto di accordo, sono ripartite in parti uguali, salvo che il giudice ritenga che detta ripartizione non sia equa, in ragione della situazione economica delle parti. Se una delle parti beneficia del patrocinio gratuito, le spese della mediazione giudiziaria sono a carico dello Stato (comma 3). Il giudice fissa l'ammontare del compenso del mediatore nonché i termini entro i quali la o le parti dovranno pagare una prima rata (comma 4). Se il compenso non viene versato, la mediazione è ritenuta *tamquam non esset*, la nomina del mediatore viene meno ed il giudizio riprende il suo corso.

Diverse proposte di legge hanno inteso introdurre sanzioni finanziarie per le parti che rifiutino, su invito del giudice, di mediare: tra le proposte, tutte respinte, figurano quelle che proponevano di

⁴¹ E. SEVERIN, *Le médiateur civil et le service public de la justice*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003, 229; M. DOUCHY-OU DOT e J. HURARD, *Médiation et conciliation*, in *Répertoire de procédure civile* (ultimo aggiornamento 2010).

⁴² A. PERA e G. MARIA RICCIO (a cura di), *Mediazione e conciliazione, diritto interno, comparato e internazionale*, cit., 141.

porre la preclusione della richiesta di fare sopportare alla parte soccombente nella causa una parte delle spese giudiziarie sostenute da chi avesse rifiutato la mediazione⁴³; ancora, si è proposto di riversare su chi abbia rifiutato la mediazione tutte o parte delle spese legali⁴⁴.

5. Gli effetti dell'instaurazione di una procedura di risoluzione alternativa della controversia

L'effetto più significativo derivante dall'instaurazione di una procedura di risoluzione alternativa della controversia risiede nella sospensione del termine di decadenza dall'azione in giudizio. Al riguardo, peraltro, esistono discipline non del tutto identiche a seconda del settore che si prenda in considerazione.

5.1. La sospensione del termine di decadenza: a) per la mediazione e conciliazione giudiziaria e convenzionale

L'articolo 2241 del Codice civile⁴⁵ prevede che il ricorso giurisdizionale sospende la decadenza. La "conciliazione giudiziaria" beneficiava di questa sospensione, mentre nulla era previsto per la conciliazione e per la mediazione convenzionale⁴⁶.

L'articolo 2238 del Codice civile, modificato dalla legge n. 2008-561 del 17 giugno 2008, recante riforma della prescrizione e decadenza in materia civile, ha colmato questa lacuna⁴⁷, disponendo che "la decadenza è sospesa dal giorno in cui, dopo la sopravvenienza di una lite, le parti convengono di ricorrere alla mediazione o alla conciliazione o, in difetto di accordo scritto, a decorrere dal giorno della prima mediazione o conciliazione" (comma 1). Inoltre, "il termine di decadenza ricomincia a decorrere, per una durata che non può essere inferiore a sei mesi, a partire dalla data in cui una delle due parti o entrambe, oppure il mediatore o il conciliatore dichiarano che la mediazione o la conciliazione è terminata" (comma 2).

È anche previsto che le parti possano prevedere diverse modalità di sospensione della prescrizione o decadenza: così, l'articolo 2254 cod.civ. stabilisce che "la durata della prescrizione può essere diminuita o aumentata su accordo delle parti. Non può tuttavia essere ridotta a meno di un anno, né

⁴³ Cfr. il *rapport* di MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie*, cit., 74.

⁴⁴ P. THERY, *La clause de médiation préalable: il ne faut pas confondre ne pas vouloir et refuser...*, cit.

⁴⁵ Nella redazione conseguente alla legge n. 2008-561 del 17 giugno 2008 (la norma era contenuta, in precedenza, nell'articolo 2245 dello stesso codice).

⁴⁶ S. AMRANI-MEKKI, *Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription*, in *La semaine juridique*, n. 27, 2/07/2008.

⁴⁷ I. ZAKINE, *Le temps suspendu de la médiation, le nouvel article 2238 du code civil*, in <http://www.gemme.eu/fr/article/le-temps-suspendu-de-la-mediation-0>.

estesa a più di dieci anni” (comma 1); e “le parti possono anche, di comune accordo, aggiungere cause di sospensione o di interruzione della prescrizione previste dalla legge” (comma 2).

5.2. *Segue: b) per la mediazione bancaria*

Superando alcuni dubbi postisi in materia di mediazione bancaria, l’articolo L 315-1, comma 2, del Codice monetario e finanziario ha esplicitamente precisato che essa sospende la decadenza ai sensi dell’articolo 2238 cod.civ.

5.3. *Segue: c) per la mediazione in materia di tutela dei consumatori*

Il regime non è così chiaro per la mediazione in materia di tutela dei consumatori; se, però, i mediatori aderiscono alla Carta della mediazione del consumo, l’istanza ad essi rivolta generalmente sospende il termine di decadenza dall’azione in giudizio.

5.4. *Segue: d) per le mediazioni in materie amministrative non régaliennes*

Nelle mediazioni relative a liti transfrontaliere, in materie amministrative *non régaliennes* (articolo 771-3 cod.giust.amm.), sono previste norme specifiche di decadenza nell’articolazione tra mediazione e ricorso giurisdizionale. Durante la “mediazione giudiziaria”, il giudice non perde tutti i suoi poteri: in virtù dell’articolo 131-10 cod.proc.civ. il giudice può porre fine in ogni momento alla mediazione, d’ufficio o su richiesta di una o più parti oppure del mediatore. In questo caso, le parti dovranno essere regolarmente convocate all’udienza e se al procedimento di mediazione si ponga fine, l’istanza riprenderà il suo corso.

5.5. *Segue: e) per i tentativi preliminari di conciliazione svolti da conciliatori di giustizia*

La stessa soluzione è prevista per il tentativo preliminare di conciliazione, richiesto dalle parti, al di fuori di un ricorso giurisdizionale: tale richiesta sospende i termini per agire in giustizia (articolo 830 cod.proc.civ.).

5.6. *Segue: f) per le clausole contrattuali di conciliazione preliminare obbligatoria*

Nel caso delle clausole di conciliazione preliminare obbligatoria, la Corte di cassazione (Cass. *ch. mixte*, 14 febbraio 2003, n. 00-19.423), nel riconoscere la liceità della clausola di un contratto che istituisce una procedura di conciliazione obbligatoria e preliminare ad ogni ricorso al giudice, ha altresì precisato che l’esperimento della procedura di conciliazione “sospende fino al suo completamento il decorso del termine di decadenza”.

5.7. Segue: g) per i ricorsi amministrativi obbligatori

Anche i ricorsi amministrativi preliminari obbligatori permettono, una volta esperiti, di prorogare il termine per adire il giudice, onde garantire il ricorso al giudice.

5.8. La mancata previsione di una sospensione del termine di decadenza per la conciliazione in materia di rivalutazione del canone di locazione

Le disposizioni di cui all'articolo 17 c) della legge n. 89-462 del 6 luglio 1989 hanno dato luogo ad una giurisprudenza copiosa, ordinaria ed amministrativa, diretta a definire i rapporti tra l'instaurazione della procedura di conciliazione ed il ricorso giurisdizionale.

Se è pacifico che il ricorso giurisdizionale non è ricevibile se non è stato avviato, in via preliminare, il tentativo di conciliazione (Cass. III civ., 30 aprile 1997; Cass. Ci. III, 19 febbraio 2003), o se la si è avviata tardivamente (Cass. III civ., n. 48), diverse questioni si sono poste a proposito dell'interpretazione del comma 7 dell'articolo, secondo il quale "in difetto di accordo constatato dalla Commissione, il giudice è adito prima del termine del contratto". I dubbi erano relativi alla determinazione del momento in cui si doveva o si poteva adire le vie legali: se dopo che la Commissione di conciliazione avesse adottato una decisione che constatava la mancata conciliazione o se fosse comunque necessario agire prima del termine del contratto.

Questa questione si è posta in un caso in cui una persona, che aveva adito la Commissione di conciliazione, non aveva invece adito le giurisdizioni prima del termine del contratto, in attesa che la Commissione adottasse la decisione dichiarativa del mancato accordo. Il protrarsi dell'azione della Commissione di conciliazione ha implicato una limitazione del ricorso giurisdizionale, in quanto il termine per ricorrere era scaduto. Dato che il ritardo della Commissione di conciliazione era dovuto alla perdita da parte del suo segretariato del ricorso dell'interessato, l'interessato aveva intrapreso un'azione davanti alle giurisdizioni amministrative per il risarcimento del danno cagionato dalla disorganizzazione manifesta della Commissione di conciliazione. Il Consiglio di Stato (CE, 19 marzo 2001, n. 199743) ha però rigettato il ricorso contro lo Stato, precisando che l'unico obbligo che è imposto alle parti per potere adire il giudice ordinario è quello adire, in via preliminare, la Commissione di conciliazione e che il ricorso al giudice ordinario non era subordinato all'adozione di una decisione da parte della Commissione di conciliazione.

La dottrina ha quindi dedotto che il ruolo della Commissione finiva per essere più formale che sostanziale, tanto da porre il dubbio se la soluzione del Consiglio di Stato non si ponesse in contrasto con la previsione di una conciliazione, giacché quest'ultima rischiava di essere inficiata dall'avvio della procedura giurisdizionale⁴⁸.

La Corte di cassazione ha però confermato l'orientamento del consiglio di Stato (Cass. Civ. III, 19 febbraio 2003). La stessa Corte ha, in seguito, ulteriormente precisato che il ricorso al giudice,

⁴⁸ N. DAMAS, *Sanction de l'absence de saisine de la commission de conciliation*, in *Recueil Dalloz*, 2007, 845.

per essere valido, deve essere promosso dopo il termine di due mesi lasciato alla Commissione di conciliazione per pronunciarsi in virtù dell'articolo 20 della legge n. 89-462 del 6 luglio 1989 (Cass. III, 13 dicembre 2006, n. 05-20761). Questa soluzione ristabilisce un'interpretazione maggiormente conforme alla finalità della legge⁴⁹: si impone un certo tempo per la procedura di conciliazione, senza, con ciò, rischiare di ledere il diritto al ricorso giurisdizionale (si ricorre al giudice prima del termine del contratto, anche se non è stata adottata la decisione di accertamento del disaccordo da parte della Commissione di conciliazione).

6. Gli effetti della mancata composizione della lite

In linea generale, può dirsi che la mancata composizione della lite implica l'apertura della fase giurisdizionale.

Ad esempio, davanti al *Tribunal d'instance*, la fase di conciliazione deve essere considerata come una fase del giudizio, preliminare all'istruzione e a quella in contraddittorio, in quanto è solo nel caso di “difetto di conciliazione” che l'esame della lite continuerà nel merito.

Le stesse considerazioni valgono per la “conciliazione di giustizia” davanti al *Tribunal d'instance* e davanti al Tribunale paritetico degli affitti rurali, davanti al quale si applicano le norme di procedura del *tribunal d'instance*.

In materia sociale, la mancata conciliazione davanti al *bureau de conciliation* implica direttamente l'avvio del giudizio, senza che le parti debbano formulare una richiesta in tal senso, in quanto l'istanza di conciliazione è collegata all'introduzione del ricorso del *Conseil de prud'hommes*.

7. Gli effetti della composizione della lite

Due sono gli strumenti che permettono di dare effettività all'accordo raggiunto nell'ambito delle procedure di mediazione o conciliazione: la procedura di omologazione e la forza esecutiva data all'accordo.

7.1. L'attribuzione della forza esecutiva alla conciliazione o mediazione

In caso di conciliazione, nell'ambito della “conciliazione di giustizia” e della “conciliazione giudiziaria”, può essere redatto un verbale che accerta l'accordo anche parziale. Questa formalità è obbligatoria quando implica la rinuncia ad un diritto ad opera di una delle parti. Un esemplare del verbale è depositato al *Tribunal d'instance* competente per territorio.

Il giudice può in seguito dare forza esecutiva al contenuto del verbale.

⁴⁹ N. DAMAS, *Bail d'habitation*, in *Recueil Dalloz*, 2007, 903

7.2. La procedura di omologazione

Secondo l'articolo 131-12 cod.proc.civ., può essere richiesto al giudice di omologare l'accordo raggiunto nell'ambito della "mediazione giudiziaria"; la stessa soluzione è prevista per la "conciliazione di giustizia" (articolo 131 cod.proc.civ.), per la "conciliazione giudiziaria" (articolo 833 cod.proc.civ.) e per la conciliazione svolta da un conciliatore di giustizia (articolo 1541 cod.proc.civ.).

La giurisprudenza amministrativa ha applicato la tecnica dell'omologazione⁵⁰ anche in materie di diritto amministrativo ai sensi del diritto francese. Così, il Consiglio di Stato, pronunciandosi come giudice di ultima istanza, ha omologato una transazione nella quale era parte una persona pubblica quando la conciliazione aveva come effetto quello di rimediare ad una situazione che una dichiarazione di illegittimità o di nullità non avrebbe potuto sanare, se non a prezzo di notevoli difficoltà (CE, Ass. 6 dicembre 2002, *Syndicat intercomunal des établissements de second degré du district de l'Hay-les-Roses et Société CDI de Lille*). Questa giurisprudenza è stata confermata (CE, Ass., *Société Krupp Hazemag*, 11 luglio 2008, n. 287364, rec. 273) in un caso in cui il ricorrente subordinava la sua rinuncia alla procedura giurisdizionale all'omologazione della transazione da parte del Consiglio di Stato. Nella stessa logica, il Tribunale dei conflitti (TC, *Société Briançon Bus et Brunet*, 18 giugno 2007) ha ritenuto che una transazione conclusa da una persona giuridica pubblica è, in via di principio, un contratto avente natura civile, salvo che vengano in rilievo *prérogatives de puissances publiques*.

La Carta della mediazione del consumo precisa che l'accordo raggiunto con il mediatore in materia di consumo può essere oggetto di una procedura di omologazione ai sensi del codice di procedura civile.

8. Considerazioni conclusive sul rapporto tra i modi alternativi di risoluzione delle controversie ed il diritto di accesso alla tutela giurisdizionale

Nel diritto francese, numerosi sono i casi in cui si pone un obbligo di mediazione o conciliazione preliminare al ricorso giurisdizionale. L'obbligo può risultare sia dalla legge che dal contratto. Nel primo caso, l'obbligatorietà della mediazione o della conciliazione ha effetti diversi sul diritto di accesso alla tutela giurisdizionale. Talvolta, la mediazione o la conciliazione è interna alla procedura giurisdizionale, di talché l'accesso alla tutela giurisdizionale è sempre garantito (ad esempio, per la "mediazione giudiziaria", per la "mediazione di giustizia", per la "conciliazione giudiziaria" e per la conciliazione svolta nei *Conseil des prud'hommes*). Talaltra, la mediazione o la conciliazione non è inserita nella fase giurisdizionale; in tale evenienza, le soluzioni possono variare. Nella maggior parte dei casi, il Codice di procedura civile ha previsto la sospensione dei

⁵⁰ CONSEIL D'ETAT, *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, cit., 30.

termini di decadenza, sicché l'accesso al giudice è sempre garantito; una soluzione simile è stata adottata per i ricorsi amministrativi preliminari obbligatori, in quanto i termini di decadenza sono sempre prorogati a beneficio delle parti. In altri casi, invece, è onere dei ricorrenti adire le vie legali entro i termini previsti, anche se la fase di conciliazione o mediazione è in corso (ad esempio, in materia di rivalutazione del canone). Certo, questa soluzione, frutto di oscillazioni giurisprudenziali da parte della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato, ha ripercussioni potenzialmente lesive sul diritto all'accesso al giudice.

Da considerare è che il ricorso alla mediazione o alla conciliazione è sovente casi gratuito, o comunque contenuto nei costi, e spesso le norme limitano detta fase entro termini piuttosto brevi (qualche mese): tali caratteri si riverberano sulla situazione del soggetto nel senso di rendere (costituzionalmente) tollerabile il sacrificio del diritto di azione anche qualora la mediazione o la conciliazione sia configurata come obbligatoria. A ben vedere, anzi, procedure quali quelle in questione, più che in un sacrificio, si traducono, in molti casi, in un beneficio, alla luce della possibilità concreta che offrono di evitare le lungaggini di un processo. A diversa valutazione potrebbe, forse, addivenirsi se i costi ed i tempi della mediazione o della conciliazione dovessero crescere significativamente.

GERMANIA

di Maria Theresia Rörig

1. I modi alternativi di risoluzione delle controversie nell'ordinamento tedesco

1.1. Introduzione

L'ordinamento tedesco è finora stato considerato – tra i sistemi europei – quello meno aperto allo sviluppo dei modi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) e tendenzialmente meno influenzato dalla c.d. giustizia alternativa ispirata al modello americano. Invero, sino a poco tempo fa, solo alcune regole speciali per procedure di mediazione erano state introdotte nell'ordinamento tedesco. Ciò non significa, tuttavia, che non esista in Germania da tempo una tradizione favorevole alla conciliazione, intesa quale strumento di definizione anticipata e consensuale delle controversie. Durante gli ultimi cinquant'anni, i giudici ed il legislatore hanno costituito un meccanismo efficiente attraverso cui pervenire a risoluzioni amichevoli delle controversie tramite l'attività dei giudici e degli avvocati, peraltro incoraggiati a (e ricompensati per) negoziare un accordo tra i loro clienti, anche prima di iniziare un processo. Una procedura di conciliazione particolarmente radicata è, infatti, rappresentata dall'istituto della *conciliazione giudiziale*. Allo stesso tempo, il sistema giudiziario tedesco cerca tuttavia di garantire che la parte che desidera ottenere giustizia attraverso un provvedimento giurisdizionale non sia sottoposta a pressioni economiche, procedurali o giudiziali affinché accetti un accordo con la controparte. La Legge fondamentale, del resto, parla soltanto di “funzione giurisdizionale”, e non di “mediazione-conciliazione” (art. 92 LF¹). Il giudice, che ha l'obbligo di osservare la legge ed il diritto (art. 20, comma 3, LF), non può abusare della sua autorità nelle fasi di conciliazione per negare alla parte una sentenza. Del resto, vi saranno sempre soggetti che pretenderanno che sia una sentenza a definire la controversia e non un accordo transattivo, anche a costo di perdere la causa: il giudice non può certo ignorarlo².

Il giudice tedesco esercita quindi tradizionalmente, e nel rispetto della volontà delle parti, una funzione conciliativa, all'interno del processo e nell'ambito dei suoi poteri di direzione,

¹ “La funzione giurisdizionale è attribuita alla magistratura ed è esercitata dal Tribunale costituzionale federale, dalle autorità giudiziarie federali previste dalla presente Legge fondamentale e dalle autorità giudiziarie dei *Länder*”.

² STÜRNER, *La risoluzione alternativa delle controversie in Germania*, in V. VARANO (a cura di), *L'altra giustizia*, Milano, Giuffrè, 2007, 255, 259, che cita Schellhammer, secondo cui “la conciliazione non deve eliminare le sentenze dai procedimenti giudiziari, poiché la comunità del diritto ha bisogno di sentenze. La legge si preserva nelle sentenze, e solo queste ultime possono applicarla e diffonderla”.

contribuendo con ciò in modo sensibile alla deflazione dei carichi giudiziari³. La prassi conciliativa contribuisce inoltre in maniera considerevole alla rapidità con cui le corti tedesche decidono una controversia⁴.

Devesi peraltro segnalare che la maggioranza delle controversie instaurate dinanzi al giudice del lavoro, che iniziano appunto con un tentativo di conciliazione dinanzi al presidente del collegio (art. 54 ArbGG), viene poi risolta effettivamente tramite la conciliazione.

Secondo una parte della dottrina tedesca⁵, sarebbero proprio l'effettività dei poteri conciliativi del giudice, unitamente alla complessiva efficienza del sistema processuale tedesco, a spiegare lo scarso successo in Germania di altre forme di conciliazione e, in particolare, di modelli stragiudiziali di conciliazione ovvero di mediazione da parte di soggetti terzi non esercenti una professione legale.

Questa affermazione dovrà tuttavia essere riconsiderata e aggiornata nel prossimo futuro, alla luce delle recenti evoluzioni normative in materia di mediazione, soprattutto in considerazione del fatto che in Germania, il 26 luglio 2012, è entrata in vigore la c.d. "legge per la promozione della mediazione e di altri procedimenti di ADR" (MediationsG)⁶, attuativa della direttiva europea 2008/52/CE sulla mediazione. Si è quindi inteso dare alla mediazione, sia a quella volontaria che a quella deferita da un tribunale, una base legale.

1.2. La tassonomia dei modi alternativi di risoluzione delle controversie

I modi alternativi di risoluzione delle controversie, soprattutto civili e commerciali⁷, sono principalmente costituiti dall'arbitrato, dalla transazione⁸ (che non sono però ascrivibili ai rimedi

³ Già nel 1989, circa il 25% di tutte le cause si sono risolte con una conciliazione giudiziale (corti locali: 9,4%; corti distrettuali: 12,6%; corti di appello di stato: 16,8%), esclusi i casi di rinuncia e le sentenze emesse su raccomandazione del giudice a seguito di riconoscimento della pretesa avversaria.

⁴ Nel 2010 le controversie sono state decise in prima istanza di mediamente in 4,7 mesi dalle corti locali (preture - *Amtsgerichte*), in 8,1 mesi dalle corti distrettuali (tribunali - *Landgerichte*), in 10,9 mesi dalle corti amministrative ed in circa 17,5 mesi da quelle competenti in materia finanziaria.

⁵ F. CUOMO ULLOA, *La Conciliazione, Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, Cedam, 2008, 145 ss.; R. STÜRNER, *op. cit.*, 255 ss.; v. nello stesso volume, anche per la situazione austriaca, EMA-MARLIS-BAJONS, *La lite tra mediazione e processo. Recenti interventi legislativi e modelli sperimentali in Austria e Germania*, *ivi*, 45 ss.

⁶ <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/mediationsg/gesamt.pdf>.

⁷ L'ADR è comunque anche prevista o riconosciuta per la soluzione di controversie tra un privato e la pubblica amministrazione e quindi nel diritto amministrativo. Il tema non potrà tuttavia essere approfondito in questa sede. Al riguardo, v. A. MASUCCI, *La "mediazione" in Francia, Germania e nel Regno Unito, Un valido rimedio alternativo alla sentenza nelle liti con la pubblica amministrazione?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 1353 ss.

⁸ Al riguardo merita una menzione anche il c.d. *Anwaltsvergleich* (transazione conclusa dagli avvocati nel nome delle parti giusta procura) ai sensi degli articoli 796a-796c del Codice di Procedura Civile – ZPO –, che può essere dichiarato esecutivo da parte del giudice competente o anche da un notaio (v. anche *infra*).

“ADR” in senso stretto), dalla conciliazione e dalla mediazione. Queste procedure, che possono integrarsi reciprocamente, hanno, evidentemente, caratteristiche diverse.

1.2.1. L'arbitrato

L'*arbitrato* (articoli 1025 ss. del Codice di procedura civile – ZPO⁹) ha una collocazione particolare, in quanto si tratta di un istituto che non fa parte della giurisdizione statale, ma costituisce una via legale, concordata dalle parti, in base alla quale la risoluzione compete alle persone alle quali sono stati delegati poteri giudiziari relativamente al caso in questione. Il tribunale arbitrale decide in luogo del tribunale statale; le sue decisioni sono definitive e producono quindi effetti giuridici.

In tale ambito, sebbene sia una forma di risoluzione diversa dall'arbitrato, può anche trovare menzione il c.d. *Schiedsgutachten* (ossia la perizia arbitrale).

1.2.2. La conciliazione

La *conciliazione* mira al raggiungimento di un'intesa tra le parti coinvolte nella controversia tramite la formulazione di una proposta di accordo da parte del conciliatore. L'intermediazione del conciliatore può consentire alle parti di riaprire il dialogo e di giungere ad una soluzione accettabile per entrambe. Si distingue tra la conciliazione stragiudiziale e quella giudiziale.

La prima è un rimedio caratterizzato dal fatto che un terzo, solitamente indicato dalle parti da una lista (quindi un conciliatore ovvero organismo di conciliazione, c.d. *Schlichtungsstelle*, istituito ad esempio presso gli ordini dei medici, dei commercianti, degli ingegneri etc.), “coadiuva” le parti nella ricerca di un accordo.

Le procedure ed organismi di conciliazione sono molti. Da notare è che in alcuni *Länder* è previsto, in base all'art. 15a della Legge relativa all'introduzione del codice di procedura civile (EGZPO), anche un tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale preliminare a (e condizionante) un determinato tipo di cause (v. *infra*).

Nel caso della conciliazione giudiziale, invece, è il giudice stesso che agisce da intermediatore (v. *infra*, par. 1.3.1.).

1.2.3. La mediazione

In Germania il termine “*mediazione*” è considerato quasi un sinonimo di ADR; presuppone un accordo tra le parti sulla mediazione, in virtù della quale si sospende il ricorso alle vie giudiziali. Si tratta di un rimedio in cui le parti mirano volontariamente, con l'aiuto di un terzo mediatore, alla

⁹ Il testo della ZPO è disponibile *on line* in lingua inglese alla pagina http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/index.html.

composizione amichevole di un conflitto. Il mediatore ha il compito di promuovere attivamente la soluzione della controversia, o meglio di propiziare le condizioni per una composizione consensuale della lite, senza però imporre e proporre una soluzione alle parti, che devono invece elaborarla di comune accordo. La mediazione può essere considerata tale soltanto se il mediatore è neutrale (cfr. art. 1 della legge sulla mediazione).

Il mediatore agevola la comunicazione e fornisce sostegno durante le trattative e il raggiungimento dell'accordo; a differenza del giudice, tuttavia, non ha alcun potere decisionale né – diversamente da un giudice arbitrale o da un conciliatore – propone direttamente soluzioni. Ciò non significa, peraltro, che un magistrato non possa fungere da mediatore. Anzi, ciò è espressamente consentito dalla nuova legge per la promozione della mediazione e, nella prassi, molti tribunali hanno da tempo istituito sezioni di mediazione dove alcuni giudici delegati svolgono l'attività di "mediazione interna o in prossimità del tribunale" (al riguardo si era peraltro aperto un ampio dibattito in occasione della approvazione della nuova legge sulla mediazione: v. *infra*).

La mediazione, quindi, è puramente facilitativa e pertanto si distingue nettamente sia dalla conciliazione sia dall'intermediazione del giudice o dell'avvocato.

Spesso la mediazione si conclude con un accordo transattivo.

I settori di più frequente utilizzo sono i seguenti: diritto familiare e successorio, commerciale, diritto edilizio e delle costruzioni dei grandi impianti, pubblica amministrazione (mediazione ambientale), diritto penale in relazione al risarcimento della vittima, conflitti scolastici, conflitti politici, conflitti tra *partners* commerciali, specie nelle ipotesi di controversie transfrontaliere.

Il settore ove la mediazione è forse più diffusa è quello delle controversie familiari. Qui il giudice può anche obbligare le parti a partecipare ad una sessione informativa di ADR nel caso di divorzio e, quando sono coinvolti minori, anche per elaborare schemi di accordo (v. anche *infra*). Tale ordine non è impugnabile; per il resto, però, la mediazione è *facoltativa*.

La mediazione non è invece molto utilizzata, almeno per ora, nel settore del lavoro, dove si pratica soprattutto la conciliazione, come disciplinata dai contratti collettivi di lavoro.

Sebbene la legge sulla mediazione sia entrata solo recentemente in vigore, in Germania la mediazione veniva *de facto* utilizzata da anni al fine di risolvere controversie, sulla base di un quadro normativo composto da solo poche disposizioni legislative (art. 15a EGZPO, art. 278 ZPO e artt. 135, 150 e 156 della Legge sulla procedura in materia familiare e di volontaria giurisdizione – FamFG – ; la mediazione ha trovato altresì menzione nell'art. 7a BORA – Regolamento professionale degli avvocati). In realtà, neppure la nuova legge prevede una disciplina particolarmente articolata (v. *infra*), limitandosi alla previsione di poche disposizioni relative alla figura del mediatore ed ai suoi obblighi ed introducendo inoltre nelle norme procedurali l'istituto della mediazione, in tal modo riconoscendo e legalizzando una prassi che è già stata da tempo attuata. Come è chiaro, questo riconoscimento non potrà che contribuire ad una ulteriore promozione.

1.2.4. Segue: La nuova legge sulla mediazione

Come accennato, in Germania una apposita legge sulla mediazione è entrata in vigore solo il 26 luglio 2012. Essa ha una portata generale, non distinguendo tra l'altro – diversamente da quanto previsto nella direttiva europea che mira a trasporre – tra mediazione relativa a controversie domestiche e quella relativa a controversie transfrontaliere. Lo scopo della legge è di incentivare il procedimento di mediazione senza prevederne però l'obbligatorietà.

L'iter legislativo di detta legge è stato complesso. Il relativo disegno di legge è stato varie volte modificato ed è passato al vaglio della c.d. Commissione parlamentare di intermediazione (*Vermittlungsausschuss*)¹⁰. Il disegno di legge del Governo federale, nella versione approvata dal *Bundestag* in data 15 dicembre 2011¹¹, prevedeva una netta separazione tra la mediazione, che si svolge al di fuori delle corti, e la conciliazione giudiziale (*Gütegerichtsbarkeit*)¹². Ciò avrebbe agevolato, ad avviso del Governo e del *Bundestag*, la mediazione stragiudiziale, nonché il ruolo del giudice conciliatore, il quale, diversamente dal mediatore interno al tribunale, può esprimere valutazioni giuridiche, fare proposte di soluzione alle parti, prendere visione degli atti del giudizio anche senza il loro consenso e, su loro richiesta, verbalizzare un atto di transazione¹³⁻¹⁴.

Il *Bundesrat* non aveva però condiviso questa impostazione ed aveva pertanto richiesto, nel febbraio 2012, l'intervento della Commissione di intermediazione. La maggioranza del *Bundesrat*,

¹⁰ Tale commissione è formata da membri del *Bundestag* e del *Bundesrat* ed ha il compito di raggiungere una posizione di compromesso, su cui il *Bundesrat* e – nel caso in cui il progetto venga modificato – anche il *Bundestag* sono chiamati a pronunciarsi. In materia di mediazione, peraltro, il *Bundesrat* ha solo un potere di c.d. veto sospensivo (*Einspruchsgesetz*), pertanto la sua opposizione può essere superata da parte del *Bundestag*.

¹¹ *Deutscher Bundestag, Drucksache 17/8058: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/080/1708058.pdf>*

¹² La proposta originaria del disegno di legge distingueva invece tre tipi di procedimento:

- 1) la mediazione esterna ovvero al di fuori dei tribunali, indipendente da un processo (*außergerichtliche Mediation*);
- 2) la mediazione svolta parallelamente ad un processo ed esterna al tribunale (*gerichtsnahe / gerichtsverbundene Mediation*);
- 3) la mediazione interna al tribunale, svolta da un giudice esterno al processo in corso (*gerichtsinterne / richterliche Mediation*), se prevista da un'apposita legge di un *Land*.

Si offriva, inoltre, la protezione dell'accordo di mediazione raggiunto riconoscendone il valore di titolo esecutivo.

¹³ La versione originaria del disegno di legge prevedeva, infatti, a fianco della mediazione interna, la rimessione ad un c.d. *Güterichter* – giudice conciliatore –, che era però frutto di una decisione discrezionale del giudice di merito, mentre lo svolgimento della mediazione interna era solo possibile con il consenso delle parti. Nel primo caso, il procedimento non veniva sospeso e non sussistevano gli obblighi di segretezza cui viene invece vincolato il mediatore in base al disegno di legge approvato dal *Bundestag* ma contestato dal *Bundesrat*.

¹⁴ Al conflitto venutosi a creare sulla mediazione interna non sono estranee considerazioni economiche, giacché la mediazione interna ai tribunali, offerta praticamente a costo zero, è un concorrente poco gradito agli organismi di mediazione stragiudiziali. Gran parte della magistratura tedesca è stata favorevole, anche per l'esperienza pregressa, alla mediazione interna ai tribunali ed ha quindi criticato molto la cancellazione di tale istituto.

in particolare, intendeva introdurre nella nuova legge sulla mediazione (e con ciò istituzionalizzare) la “mediazione interna” al tribunale svolta da un giudice (persona fisica) diverso da quello del processo in corso (*gerichtsinterne/richterliche Mediation*), un tipo di mediazione già praticato da anni con un certo successo in vari tribunali¹⁵ e previsto nella prima ovvero originaria versione del disegno di legge sulla mediazione¹⁶, prima che il *Bundestag* lo eliminasse.

Alla luce dell’esclusione della “mediazione interna” dal disegno di legge, il *Bundesrat* ha quindi richiesto l’esame da parte del *Vermittlungsausschuss* ed è infine anche riuscito ad ottenere l’approvazione della sua re-introduzione¹⁷. La legge approvata ed attualmente in vigore consente infatti anche la mediazione interna al tribunale, svolta da un giudice diverso da quello del processo in corso (*Güterichter*).

Quanto ai *contenuti* della nuova legge, si prevedono, oltre alla riservatezza della procedura di mediazione ed ai relativi obblighi di segretezza dei mediatori (che conducono anche al diritto di non deporre come testimone – *Zeugnisverweigerungsrecht* – nell’eventuale successivo processo), obblighi di *disclosure* di fatti in capo ai mediatori che potrebbero compromettere la loro neutralità e imparzialità, nonché alcune innovative previsioni in merito alla formazione dei mediatori ed alla loro certificazione¹⁸.

¹⁵ Prima dell’entrata in vigore della legge sulla mediazione non esisteva una base legale per tale mediazione interna ai tribunali, che si ricava però per analogia dall’art. 278, comma 5, per. 1, ZPO. Circa gli aspetti e le questioni di diritto costituzionale che si pongono al riguardo, ed in particolare con riferimento al principio della separazione dei poteri, v. U. e R. WIMMER, *Verfassungsrechtliche Aspekte richterlicher Mediation*, in *NJW* 2007, 3243 ss.

¹⁶ Mentre alcuni avevano accolto con piena soddisfazione il testo originario del disegno di legge, gli esperti in materia di mediazione e di ADR, diverse associazioni di categoria ed istituti di formazione criticavano tre punti fondamentali della Legge proposta: la mancanza di incentivi fiscali, l’assenza di criteri per il controllo della qualità della formazione dei mediatori e una tutela insufficiente della riservatezza del procedimento.

¹⁷ <http://www.bundesrat.de/SharedDocs/Drucksachen/2012/0301-400/377-12,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/377-12.pdf>.

¹⁸ Al contrario, il disegno di legge originario, preparato da una commissione di esperti, non regolamentava la professione e gli *standards* minimi per la formazione professionale. L’offerta professionale sul mercato è molto vasta, poiché in Germania esistono diverse associazioni di categoria ed istituti privati di formazione per mediatori. Si riteneva, quindi, che prima di stabilire *standards* sarebbe stato necessario fissare regole univoche per il procedimento di mediazione, comprendenti anche diritti e doveri dei mediatori. Solo in un secondo momento si intendevano stabilire gli *standards* per la formazione professionale.

Questi aspetti sono stati ampiamente criticati perché in questo modo diventava difficile garantire la qualità della mediazione.

Nel decidere gli *standards* per la formazione professionale così come previsti dalla versione approvata, la commissione di esperti incaricata ha fatto riferimento ai modelli di altri stati europei. Tale Commissione ha rilevato come, secondo uno studio dell’Istituto di diritto privato internazionale di Amburgo “*Max-Planck-Institut*”, nella maggior parte dei paesi sia previsto un sistema di certificazioni privato. Conservare una certa flessibilità nel procedimento di mediazione avrebbe peraltro comportato un miglioramento dei risultati della mediazione. Il Ministero di giustizia era d’altronde convinto di poter migliorare la qualità della mediazione rinunciando ad una certificazione

L'*intentio legis* è quella di rendere la mediazione un istituto generalizzato nel processo civile, di lavoro, in materia familiare e di conciliazione volontaria, ma anche nel processo amministrativo, in quello tributario, nel processo relativo ai brevetti e marchi e davanti alla Corte sociale¹⁹.

Allo scopo, sono state modificate le rispettive disposizioni procedurali, che prevedono ora espressamente l'istituto della mediazione.

Nonostante il *favor* manifestato per la mediazione, non si è previsto – né nei disegni di legge né nella legge approvata – alcun tentativo *obbligatorio* di mediazione (stragiudiziale) preliminare al ricorso all'autorità giudiziaria. Nell'atto di citazione, deve semplicemente essere indicato se tale atto è stato preceduto da un tentativo di mediazione o ADR e deve essere inclusa una dichiarazione circa la sussistenza di eventuali controindicazioni per tali procedure. La mediazione rimane quindi facoltativa, sebbene il giudice possa suggerire alle parti la mediazione o un altro metodo ADR al di fuori delle aule dei tribunali. Se le parti optano per la mediazione o per altra procedura ADR, il giudice dispone la sospensione della procedura giudiziale.

Quanto appena esposto non toglie che, quantomeno in assenza di un tentativo di mediazione, ADR o conciliazione stragiudiziale, le parti rimangono comunque obbligate, ai sensi delle previsioni del Codice di procedura civile, ad esperire un preliminare tentativo di conciliazione durante il giudizio pendente (come già previsto dal codice di procedura civile attuale, v. anche *infra*). Infatti, in linea di principio, la discussione (in contraddittorio) della causa è preceduta da un'udienza di conciliazione, volta a cercare di giungere ad una composizione amichevole della controversia o di singoli punti della stessa. La legge sulla mediazione estende, tra l'altro, i poteri del giudice di rinviare le parti davanti ad un giudice conciliatore designato (*Güterichter*), non solo ai fini dell'udienza di conciliazione all'inizio del giudizio, ma anche per ulteriori tentativi di conciliazione (art. 278, comma 5, ZPO, come modificato dalla legge sulla mediazione). Nell'adozione di una siffatta previsione si è avuto cura, tra l'altro, di garantire la riservatezza del tentativo di conciliazione.

Dalla relazione di alcuni parlamentari in merito all'ultima versione del disegno di legge sembra emergere, inoltre, che il potere del giudice di rinviare ad altro soggetto le parti per la conciliazione è subordinato al consenso delle parti medesime: il successo di una conciliazione, d'altronde, dipende soprattutto dall'apertura, dalla libera volontà e dalla disponibilità delle parti.

Da segnalare sono altresì le norme che modificano la legge sulla famiglia e sulla volontaria giurisdizione. Viene inserita, anche qui, la mediazione come metodo extragiudiziale di risoluzione delle controversie. La corte può proporre ad una o a tutte le parti una mediazione o un altro metodo di risoluzione alternativa delle controversie. Se le parti decidono di partecipare ad una mediazione o ad altro metodo di risoluzione alternativa delle controversie, il giudice è tenuto a sospendere il processo.

statale e lasciandola all'esperienza delle associazioni di categoria, che da decenni si impegnano a formare e ad esaminare i mediatori.

¹⁹ V. anche <http://mediarensenzaconfini.org/2012/02/10/la-mediazione-in-pillole-germania/>.

In sede di domanda introduttiva del giudizio di famiglia, i legali devono anche indicare, se del caso, se viene chiesta la mediazione od altro strumento e la ragione che supporti la richiesta. Se il giudice della famiglia richiede una relazione in merito all'amichevole componimento, ciò può avvenire solo con il consenso delle parti. Il giudice della famiglia può invitare le parti a partecipare ad un tentativo di amichevole componimento davanti ad un giudice conciliatore o "moderatore di giustizia" (*Güterichter*).

In caso di separazione e divorzio, l'art. 156, comma 1, terzo alinea, FamFG, nella sua versione modificata a seguito dell'entrata in vigore della legge sulla mediazione, stabilisce che, nei casi che coinvolgono la custodia, la residenza, i diritti di visita e di consegna dei bambini, il tribunale potrà ordinare che i genitori singolarmente o congiuntamente partecipino (i) ad una sessione informativa gratuita in materia di mediazione o di altro strumento di risoluzione alternativa delle controversie in tribunale oppure (ii) ad una procedura di consulenza per tentare la definizione di un accordo. La mancata partecipazione ingiustificata porterà alla condanna alle spese²⁰.

Infine, la legge sulla mediazione autorizza i legislatori dei *Länder* a prevedere ulteriori riduzioni delle spese giudiziarie per i casi in cui la mediazione o altri metodi ADR conducano alla rinuncia agli atti.

1.2.5. L'incidente o istruzione probatoria indipendente (Selbständiges Beweisverfahren)

Un cenno merita, infine, l'istituto del *Selbständiges Beweisverfahren*, disciplinato dagli artt. 485-494 ZPO. Queste norme prevedono un procedimento di istruzione preventiva che consente alle parti di ottenere la formazione di una prova prima dell'inizio del processo vero e proprio. L'anticipazione riguarda solo la consulenza tecnica. Il meccanismo in questione risulta sganciato dai requisiti di urgenza o di irreparabilità tipici delle misure cautelari. In virtù di queste caratteristiche, anche il meccanismo in esame svolge dunque una rilevante funzione deflattiva. Tale funzione viene esplicitata dal codice, dal momento che, nel configurare i presupposti per la concessione della misura, l'art. 485, comma 2, ZPO, prevede che la nomina del consulente possa essere chiesta in via preventiva quando vi sia un interesse giuridico ad accertare (i) lo stato di una persona o la condizione o il valore di una cosa, (ii) la causa di un danno alla persona, o di un danno ad una cosa, o di un vizio della stessa, o, ancora, (iii) le spese necessarie per l'eliminazione del danno o del difetto. Tale interesse è ritenuto sussistente quando l'accertamento possa valere ad evitare un processo²¹. Se ci si attende un accordo (transattivo) tra le parti, il giudice competente della

²⁰ Quest'ultima procedura e quella analoga prevista dall'art. 135 FamFG sono rare ipotesi di partecipazione quasi obbligatoria ad una sessione informativa di mediazione ovvero di consulenza al di fuori del tribunale, che non possono però essere imposte con mezzi coercitivi, ma che possono avere conseguenze sulla decisione in ordine all'onere dei costi del giudizio.

²¹ In subordine, l'interesse cui fa riferimento la norma si manifesta anche nella possibilità, qualora la lite non si chiuda, che l'esito dell'esame tecnico venga utilizzato come elemento probatorio in vista della decisione (art. 493 ZPO).

procedura può fissare un'udienza e verbalizzare l'eventuale accordo. La finalità deflattiva dell'istituto viene infatti riconosciuta e incentivata dalla norma che espressamente attribuisce efficacia di titolo esecutivo al verbale di conciliazione sottoscritto dalle parti (oltre che dalle altre norme che prevedono incentivi economici in favore degli avvocati qualora la lite si chiuda in questa fase).

Si è comunque evitato di qualificare l'istituto in esame come procedimento conciliativo, con ciò confermando la diversità dei meccanismi sottesi ai due istituti: quello probatorio è fondato sulla tecnica dell'anticipazione e per ciò è affidato all'intervento di un esperto della materia; quello conciliativo è invece fondato su un intervento di tipo negoziale ed è affidato al giudice o – a seguito delle riforme più recenti – ad un tecnico della negoziazione.

1.3. I modi alternativi di risoluzione delle controversie previsti come facoltativi e/o obbligatori

In linea di principio (v., però, *infra*, par. 1.3.2.), il diritto tedesco non prevede un obbligo per le parti di procedere ad un tentativo di risoluzione extragiudiziale della controversia prima di adire le vie legali. Piuttosto, è previsto un tentativo obbligatorio di conciliazione all'interno del giudizio, che implica – tra l'altro – un risparmio di costi processuali ed un riconoscimento di compensi più alti agli avvocati che riescano a far conciliare i loro clienti²².

1.3.1. Il tentativo obbligatorio di conciliazione all'interno del giudizio

Per quanto riguarda i procedimenti giudiziari di primo grado, il già menzionato articolo 278, comma 2, ZPO richiede, in generale, che la discussione in contraddittorio della causa sia preceduta da un'udienza di conciliazione, finalizzata a giungere ad una composizione amichevole della controversia²³ o di singoli punti della stessa. Il tentativo di conciliazione può peraltro essere ripetuto

Nessun collegamento informativo è invece previsto tra procedimento anticipatorio e successivo giudizio di merito, con riferimento alle dichiarazioni ed alle posizioni espresse dalle parti, né è previsto alcun meccanismo sanzionatorio in danno della parte non collaborativa.

²² In effetti, la conciliazione giudiziale risulta ulteriormente incentivata per effetto delle norme in materia di spese; per un verso, infatti, la disciplina prevede una riduzione dei costi del processo in caso di conciliazione; per altro verso, il sistema delle tariffe professionali prevede un incentivo per gli avvocati che conciliano, riconoscendo loro il diritto ad una "porzione" di compensi, aggiuntiva rispetto a quella corrispondente alla fase processuale in cui è intervenuto l'accordo: v. anche STÜRNER, *op. cit.*, 263, il quale sottolinea, inoltre, che le transazioni raggiunte nell'ambito delle corti locali o distrettuali non sono più costose rispetto alle procedure di mediazione che avvengono al di fuori delle stesse, se la base di un confronto tra i costi dei due tipi di procedura è data dalla presenza o meno degli avvocati.

²³ Nell'ambito della riforma del processo civile attuata con la legge 27 luglio 2001 ed entrata in vigore il 1° gennaio 2002, il legislatore ha inteso modificare, tra l'altro, l'istituto della conciliazione giudiziale, allo scopo di rafforzarne l'effettività e di coordinarne la disciplina con una precedente riforma della conciliazione stragiudiziale (del 1999). V., per ulteriori dettagli, anche CUOMO ULLOA, *op. cit.*

ogni qualvolta il giudice ne ravvisi l'opportunità. Questo principio si applica fatto salvo il caso in cui l'udienza di conciliazione non avrebbe alcuna prospettiva di successo, in quanto è già stato esperito un tentativo di conciliazione presso un organismo di conciliazione extragiudiziale (*Gütestelle*) o in quanto, per altre ragioni, un'udienza di conciliazione risulti chiaramente priva di prospettive di successo.

Il legislatore tedesco ha quindi introdotto una sorta di *tentativo obbligatorio supplementare e preliminare* a quello giudiziale per quelle controversie che non fossero passate attraverso le procedure extragiudiziali o vi fossero passate inutilmente: fuori delle ipotesi in cui un tentativo sia stato già compiuto dalle parti (vuoi perché obbligatoriamente previsto dalla legge del *Länder* per quella determinata controversia (art. 15a EGZPO), vuoi perché spontaneamente effettuato), il tentativo si sposta nel processo ed assume quindi forma giudiziale e obbligatoria, dovendo necessariamente essere effettuato dal giudice all'inizio del processo in un'apposita udienza di comparizione delle parti.

Che si tratti di un *tentativo obbligatorio*, secondo il prototipo della conciliazione giudiziale obbligatoria, e non di un semplice invito a conciliare è chiaramente confermato dalla disciplina contenuta nell'art. 278 ZPO, che rinvia alla previsione generale contenuta nell'art. 141 ZPO. Tale ultima norma prevede, infatti, che le parti debbano essere presenti personalmente all'udienza fissata per la conciliazione e possano essere sanzionate qualora non compaiano o non si facciano comunque adeguatamente rappresentare. L'obbligo e la relativa sanzione si riferiscono peraltro alla sola comparizione delle parti, e non al loro comportamento, non essendo richiesto un particolare sforzo conciliativo, né essendo sanzionabile un atteggiamento non collaborativo. La sanzione viene comunque applicata, sia pure indirettamente, mediante la possibile condanna al pagamento di una somma di denaro. La parte può comunque inviare all'udienza un proprio rappresentante, delegato a chiarire i fatti ed a fornire le informazioni richieste, in vista della stipulazione di un accordo transattivo (art. 278, comma 3; art. 141, comma 1, secondo periodo, e comma 3, ZPO).

D'altra parte, il procedimento può essere sospeso, qualora nessuna delle parti compaia all'udienza. Benché cogente ed effettivo, tale obbligo non è comunque configurato in termini assoluti: il codice consente al giudice di evitare il tentativo tutte le volte in cui, anche in considerazione della precedente condotta delle parti, ritenga che il tentativo stesso non abbia alcuna prospettiva di successo. Per altro verso, la disciplina consente al giudice di dispensare la parte dall'obbligo di comparire, ogni qual volta, in considerazione delle circostanze del caso concreto, la comparizione risulti eccessivamente onerosa (a causa dell'eccessiva distanza o per altra valida ragione): l'obbligatorietà dunque permane, ma si ha cura di evitare uno svilimento del tentativo ad un adempimento formale e burocratico.

Lo svolgimento della procedura di conciliazione giudiziaria ai sensi dell'articolo 278, comma 2, secondo periodo, ZPO prevede che il tribunale esamini, con le parti, i fatti e l'oggetto della lite, valutando liberamente tutte le circostanze e rivolgendo loro le domande necessarie: egli deve fare

uso di quei poteri di indicazione e chiarificazione delle questioni che, da sempre, costituiscono il principale strumento conciliativo nelle mani del giudice tedesco²⁴.

Ciò che maggiormente rileva rispetto allo svolgimento del tentativo giudiziale, è però la previsione in virtù della quale il giudice può (anche sulla base delle informazioni in tal modo ottenute) formulare una proposta di soluzione e sottoporla alla approvazione delle parti. Questa disposizione, se da un lato fornisce al giudice una indicazione apprezzabilmente univoca circa le modalità di esercizio della sua funzione conciliativa, dall'altro lato non manca di sollevare problemi di coordinamento con i principi che regolano la sua funzione decisoria. I problemi riguardano, in particolare, il contenuto della proposta formulabile dal giudice e le modalità della sua formulazione: il potere propositivo del giudice, infatti, deve necessariamente coordinarsi e sottostare al principio dispositivo ed in particolare alla regola della corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Il giudice – diversamente da un conciliatore esterno al processo – non può quindi suggerire soluzioni che coinvolgano aspetti del conflitto non espressamente dedotti dalle parti. D'altro canto, il giudice deve evitare di forzare le parti e deve altresì evitare di anticipare la propria decisione, essendo tenuto ad esercitare il suo potere nel rispetto del principio di imparzialità²⁵.

Alla luce di tali problemi che possono emergere in sede di conciliazione giudiziale, si possono apprezzare le ulteriori previsioni contenute negli artt. 278 ZPO e seguenti. Infatti, dopo aver regolato l'esercizio delle funzioni conciliative, la normativa consente al giudice di individuare, in alternativa allo svolgimento diretto del tentativo obbligatorio, anche altre modalità di svolgimento dello stesso²⁶. In primo luogo, quella di delegare il tentativo, in alternativa allo svolgimento diretto dello stesso, ad un altro giudice, c.d. *Güterichter* o giudice conciliatore, il quale è anche autorizzato ad avvalersi del metodo della mediazione (art. 278, comma 5, par. 1, ZPO nella versione modificata dalla nuova legge sulla mediazione). Si tratta di una possibilità che può utilmente applicarsi, non solo nel caso in cui le parti risiedano in un luogo diverso e distante dall'ufficio giudiziario in cui pende il processo, ma che può risultare soprattutto preziosa quando il giudice avverta la riluttanza delle parti a discutere e a negoziare dinanzi a lui la controversia o quando egli stesso tema di perdere, in sede di tentativo, la propria immagine di giudice imparziale.

²⁴ Il ruolo attivo del giudice quale sorta di mediatore in grado di agevolare la conciliazione è previsto al fine di ottenere accordi di alta qualità nelle vertenze ove risulta opportuno il raggiungimento di un accordo. La tecnica e gli strumenti utilizzati variano a seconda della formazione, dell'esperienza e della personalità dei giudici stessi. In ogni caso, le norme di procedura forniscono ai giudici numerose tecniche e strumenti al fine di facilitare le trattative tra le parti: a) il confronto personale, b) i chiarimenti e delucidazioni, c) la imparzialità, d) la gestione del tempo, e) il potere di organizzare il procedimento, f) la capacità di comprendere i reali interessi delle parti.

²⁵ STÜRNER, *op. cit.*, 260: "Il giudice deve essere in grado di offrire una valutazione ragionevole [...] che sia fondata sulla conoscenza della controversia [...] senza minare la fiducia delle parti nella sua imparzialità, ove fosse comunque necessario arrivare alla decisione della controversia in un momento successivo".

²⁶ Nel caso di raggiungimento di un accordo, questo dovrà essere trascritto nel verbale e potrà valere come titolo per l'esecuzione forzata (v. art. 160, comma 3, n°1 ZPO; v. anche ZPO art. 794 comma 1).

La seconda possibilità, ora espressamente stabilita nell'art 278a ZPO, prevede, in alternativa allo svolgimento diretto del tentativo ed alla delega ad un giudice diverso, che il giudice possa suggerire (ma non ordinare) alle parti di ricorrere alla mediazione o ad un altro procedimento stragiudiziale di composizione della controversia, disponendo a tale scopo (con l'accordo delle parti) la sospensione del giudizio pendente (appunto al fine di consentire il rinvio formale delle parti a strutture di mediazione stragiudiziale). Ovviamente, il diritto costituzionale al giudice naturale impone che le parti, una volta fallito il tentativo della mediazione, devono potersi nuovamente rivolgere al giudice.

Si apre così lo spazio alla configurazione di un procedimento di "conciliazione endoprocessuale stragiudiziale". Il procedimento in questione è comunque configurato secondo lo schema della *conciliazione facoltativa*: mentre la conciliazione giudiziale può assumere forma obbligatoria, e così pure la conciliazione stragiudiziale, almeno quando in questo senso abbiano disposto i singoli *Länder* (v. *infra*), la conciliazione endoprocessuale stragiudiziale funziona secondo la variante facoltativa.

1.3.2. Il previo tentativo di conciliazione stragiudiziale come condizione per instaurare un processo

Sebbene non sia quindi previsto per legge un obbligo generale di mediazione o di conciliazione stragiudiziale preliminare all'azione in giudizio, in alcuni rari casi, e davanti ad alcune corti speciali, il previo esperimento di un tentativo di conciliazione ossia di un componimento della controversia senza l'intervento del giudice è la condizione per iniziare un processo²⁷. Si parla anche dei c.d. "filtri" preprozessuali. Nei procedimenti amministrativi²⁸ o in materia di previdenza sociale, la parte che intenta la causa deve, infatti, dimostrare di aver preso parte ad una procedura amministrativa quale presupposto per promuovere la causa²⁹. La condizione prevista che una parte faccia ricorso in opposizione di fronte all'agenzia amministrativa coinvolta prima di iniziare una causa dinanzi alla Corte amministrativa è finalizzata al raggiungimento di risoluzioni informali delle vertenze a livello di agenzia.

Con riferimento alle cause instaurate dinanzi alle corti ordinarie civili (che non prevedono generalmente che le parti tentino la conciliazione o altre forme di risoluzione alternativa della controversia³⁰ quale condizione per iniziare un processo)³¹, una riforma legislativa del 1999 ha

²⁷ V. anche *infra*, relativamente al diritto del lavoro, l'art. 111, comma 2, ArbGG – legge sulla giurisdizione in materia di lavoro –.

²⁸ V. anche, circa la mediazione nelle liti con la pubblica amministrazione, MASUCCI, *op. cit.*

²⁹ V. gli artt. 80 e ss. della legge sulla giurisdizione amministrativa – VwGO – e l'art. 78 della legge sulla giurisdizione sociale – SGG –.

³⁰ V. anche l'art. 305 della legge sull'insolvenza (InsO), che presuppone il tentativo di una conciliazione con i creditori quale requisito necessario per l'apertura della procedura di insolvenza.

³¹ Ovviamente, le parti possono prevedere, in clausole contrattuali, l'obbligo di ricorrere, prima di poter intentare una causa in merito al contratto, a procedure di ADR. In linea di principio, l'accordo fra le parti costituisce il

autorizzato i *Länder* ad introdurre un tentativo obbligatorio e stragiudiziale di conciliazione prima di promuovere cause di esiguo valore ed in relazione a specifiche tipologie di controversie³². Ai sensi dell'articolo 15a EGZPO, introdotto con detta riforma, ogni *Land* può stabilire che non sia ammissibile intentare una causa se non dopo aver esperito un tentativo di conciliazione presso un organismo di conciliazione istituito o quantomeno riconosciuto dall'amministrazione giudiziaria locale (*Gütestelle*). Tale possibilità è tuttavia limitata alle controversie patrimoniali di valore non superiore a 750 euro (*ergo*, di competenza dell'*Amtsgericht*) e per determinate controversie nell'ambito dei rapporti di vicinato o in materia di diffamazione e calunnia, purché non commesse a mezzo radio o stampa. In questi casi, l'azione giudiziaria, proposta senza aver prima esperito un tentativo di conciliazione, viene dichiarata inammissibile. La prova dell'avvenuto tentativo di conciliazione costituisce, quindi, condizione di ammissibilità dell'azione in giudizio e può essere concessa con la dichiarazione dell'ufficio di conciliazione che l'attore ottiene in caso di fallimento del tentativo, nei 3 mesi dall'avvio della procedura. Da notare è che la prescrizione dei diritti delle parti viene sospesa già durante la procedura conciliativa.

Ai sensi dell'articolo 15a, comma 2, EGZPO, il ricorso obbligatorio alla procedura di conciliazione è invece esplicitamente escluso nei casi di: (i) azioni di modificazione di una decisione giudiziale o di transazioni o atti (che riguardano prestazioni future nell'ambito di rapporti di durata), azioni di domanda complementare a titolo di garanzia, azioni di riconoscimento di sentenze straniere, domande riconvenzionali ed azioni da proporre entro un termine fissato dalla legge o da un giudice; (ii) procedimenti di revisione; (iii) diritti rivendicati in un procedimento documentale o cambiario; (iv) esecuzione del procedimento in contraddittorio, quando viene rivendicato un diritto nell'ambito di un procedimento di ingiunzione di pagamento e (v) azioni volte ad ottenere provvedimenti giurisdizionali aventi efficacia esecutiva.

Non è inoltre obbligatorio ricorrere ad una procedura di conciliazione, quando le parti non risiedono o non hanno la propria sede o la propria dimora nello stesso *Land*. I *Länder*, con legge,

fondamento per la risoluzione extragiudiziale di una controversia. Tale accordo può costituire parte integrante di un contratto esistente fra le parti o essere concluso separatamente. Il mancato rispetto dell'obbligo contrattuale di fare ricorso ad una procedura di ADR prima di intentare un'azione giudiziaria permette al convenuto di sollevare un'eccezione, con il risultato che la domanda viene respinta in quanto inammissibile.

Se la clausola è contenuta nelle condizioni generali di contratto, il suo contenuto è soggetto al controllo giudiziario ai sensi dell'articolo 307 del codice civile (BGB). In base ad esso, la clausola di un contratto non è valida qualora rechi ingiustificatamente svantaggio alla controparte del contraente che l'ha fissata. In questo contesto, dovrebbe essere verificato soprattutto se la procedura sia corretta e equilibrata e se sia ragionevole per il contraente attenersi alla clausola o adire direttamente il giudice. Occorre inoltre considerare che, ai sensi dell'allegato 1, lettera q), della direttiva 93/13/CE, una clausola è ingiustificatamente pregiudizievole quando sopprime o limita l'esercizio di azioni legali o vie di ricorso del consumatore.

³² Una forma di conciliazione preprocessuale obbligatoria era, in effetti, già stata prevista nella legge di riforma del 1924 con riferimento ai procedimenti di competenza dell'*Amtsgericht* (v. § 495a della ZPO); tale previsione tuttavia era stata abrogata nel 1950.

possono limitare il campo di applicazione dell'articolo 15a, comma 1, EGZPO, aumentando i motivi di esclusione di cui all'articolo 15a, comma 2.

È quindi sempre il legislatore del *Land* a disciplinare nel dettaglio la procedura di conciliazione ai sensi dell'articolo 15a EGZPO, qualora lo stesso abbia introdotto l'obbligo di ricorrere alla procedura di conciliazione. Attualmente, gran parte dei *Länder* hanno previsto tale obbligo, sebbene alcuni solo a titolo sperimentale e/o per casi limitati (non includendo, ad esempio, le controversie di natura patrimoniali).

La legge di riforma del 1999 ha, pertanto, doppiamente circoscritto la portata dell'intervento normativo, da un lato individuando, solo nell'ambito del contenzioso minore, le controversie cui si sarebbe potuto applicare l'istituto del tentativo obbligatorio e, dall'altro lato, lasciando ai legislatori dei *Länder* la possibilità di specificare ulteriormente l'estensione oggettiva dell'obbligo in questione. Benché importante, sotto il profilo teorico e politico, l'intervento del 1999 non pare dunque aver determinato una effettiva crescita del fenomeno conciliativo: i limiti oggettivi posti dalla legge federale e lo scarso entusiasmo dimostrato dai legislatori dei *Länder* nel recepire l'invito del legislatore federale hanno fatto sì che l'impatto, anche statistico, del nuovo procedimento di conciliazione, sia stato piuttosto contenuto³³. I risultati degli studi di valutazione effettuati negli anni 2005 e 2007 sono stati ritenuti piuttosto deludenti, avendo rimarcato, semmai, un certo successo delle procedure extragiudiziarie di conciliazione e di mediazione nell'ambito delle controversie di vicinato e di quelle in materia di diffamazione, ma non invece nel campo delle controversie patrimoniali³⁴. In vari *Länder*, ad esempio in Baviera o nella Renania Settentrionale-Vestfalia, si è infatti deciso di eliminare il tentativo obbligatorio per le controversie patrimoniali, ponendo termine alla relativa sperimentazione. D'altronde, il fatto che l'obbligo del tentativo di conciliazione non sia previsto in presenza di un procedimento d'ingiunzione, come emerge dall'art. 15a, comma 2, n° 5 EGZPO, ha fatto sì che il dettato normativo sia stato il più delle volte eluso. La normativa è stata criticata anche in quantoasseritamente in contrasto con il postulato della volontarietà della mediazione e della conciliazione ed in quanto comportante, nel caso di fallimento del tentativo obbligatorio, un incremento dei costi e della durata della controversia³⁵. Ciò potrebbe rappresentare anche un problema a livello costituzionale, con riferimento a parti senza sufficienti mezzi per effettuare prima il tentativo di conciliazione e per poi procedere con una causa (sebbene sia previsto un limitato sussidio statale anche per il tentativo di conciliazione nell'ambito dell'art.

³³ Cfr. F. CUOMO ULLOA, *op. cit.*, 147 ss., con ulteriori riferimenti.

³⁴ Cfr. le risposte del Responsabile per la giustizia del *Land* Berlino del 7 marzo 2008 ad un'inchiesta della CDU: <http://www.sven-rissmann.de/downloads/ka/ka16-11793.pdf>. Viene tra l'altro segnalato come, secondo uno studio effettuato da un gruppo di lavoro dei vari *Länder* nel 2007, l'idea dell'estensione dell'obbligo della conciliazione stragiudiziale obbligatoria per altri tipi di controversie ovvero per ulteriori settori di diritto non è apparsa opportuna ed è quindi stata abbandonata.

³⁵ P. PRÜTTING, *Art. 278 ZPO, n. 44*, in *Münchener Kommentar zur ZPO*, 3° edizione, C.H. Beck (beck-online), Monaco di Baviera, 2008; v. anche KNODEL/WINKLER, *Obligatorische Streitschlichtung hilfreich oder lästig?*, in *ZRP*, 2008, 183 ss.

15a EGZPO: v. *infra*). Al riguardo, è stato evidenziato come proprio il fallimento di un tentativo di conciliazione conduca solitamente ad un decremento della disponibilità delle parti ad una transazione ed ad una conciliazione endoprocessuale, a causa dei costi che richiede e della circostanza che il tentativo alimenti, esso stesso, motivi di contesa. Il presunto “filtro” pre-processuale indurrebbe spesso, alla luce di ciò, anche una crescita dell’attività amministrativa richiesta alle corti³⁶.

1.3.3. Sulla costituzionalità della conciliazione obbligatoria di cui all’art. 15a EGZPO

L’obbligo di tentare una conciliazione extragiudiziale della controversia prima dell’instaurazione di una causa, così come disciplinato dall’art. 10 *NWGüSchlG* (legge sulla conciliazione del *Land* Renania-settontrionale Vestfalia), norma introdotta in base all’art. 15a EGZPO, è stato oggetto di scrutinio da parte del *Bundesverfassungsgericht* (ordinanza del 14 febbraio 2007 - 1 BvR 1351/01). Nel dichiarare un ricorso diretto irricevibile, il Tribunale costituzionale ha avuto modo di evidenziare che il tentativo obbligatorio non viola né l’art. 19, comma 4, LF³⁷ (per il fatto che quest’ultimo riguarda esclusivamente l’accesso alla giustizia amministrativa in merito ad atti e provvedimenti emanati dalla mano pubblica e non concerne invece la giustizia civile e quindi le controversie tra privati) né il diritto generale di accesso alla giustizia, che trova il suo fondamento nell’art. 2, comma 1, LF, in combinazione con il principio dello stato di diritto.

Secondo il Tribunale costituzionale, il legislatore dispone di un certo margine di valutazione e di azione in relazione alla disciplina dell’accesso alla tutela giurisdizionale; nella specie, si è rimasti all’interno di questo margine. Il diritto all’accesso alla giustizia garantisce, da un lato, la possibilità di adire le vie legali presso i tribunali e, dall’altro, l’effettività della tutela giudiziaria (BVerfGE 88, 118 <123>), che necessita di una regolamentazione normativa tramite i codici di procedura. Siffatta regolamentazione può prevedere requisiti formali per il riconoscimento del diritto alla tutela giurisdizionale (*Rechtsschutzbegehren*) che limitino gli interessi del soggetto che tale tutela richiede³⁸. Il legislatore può, infatti, agevolare la pace giuridica e la risoluzione di controversie in maniera amichevole, e con ciò alleggerire l’attività dei tribunali. Il Tribunale costituzionale ha, peraltro, evidenziato come la soluzione consensuale di una situazione inizialmente controversa e conflittuale sia, anche in uno stato di diritto, generalmente preferibile rispetto ad una decisione giudiziale della controversia. Il legislatore non è in ogni caso tenuto a prevedere solo ed esclusivamente procedure contenziose. Non deve, però, mai venir meno la possibilità di adire le corti statali.

³⁶ V. nota 41.

³⁷ “Chiunque subisca una lesione dei propri diritti fondamentali ad opera dei poteri pubblici può adire l’autorità giudiziaria. Se non vi è un’altra giurisdizione competente, questa spetta al giudice ordinario. È fatto salvo quanto disposto dall’art. 10, n. 2, secondo periodo”.

³⁸ Cfr. anche BVerfGE 10, 264 <268>; 60, 253 <268 s.>; 77, 275 <284>; 88, 118 <123 s.>; 93, 99 <107 s.>.

La norma scrutinata, che cerca, tramite la composizione amichevole della controversia, di alleggerire il carico di lavoro della giustizia, non incide, ad avviso dei giudici costituzionali, in maniera sproporzionata sui diritti del richiedente la tutela giurisdizionale. In particolare, non impedisce l'accesso alle corti statali. Sebbene renda l'accesso alla giustizia più difficile e possa comportare dilazioni ed ulteriori costi nel caso in cui il tentativo dovesse avere esito negativo, la norma compensa tali possibili pregiudizi vengono con sufficienti vantaggi per il soggetto istante. Nel caso di una conciliazione stragiudiziale, il ricorso alla giustizia statale è evitabile, in ragione dell'accordo raggiunto tra le parti, con il risultato che la composizione della controversia si rivela meno costosa e, spesso, più rapida rispetto ad una controversia giudiziale. Inoltre, la risoluzione amichevole di una controversia può contribuire in una particolare maniera ad una pace giuridica durevole. La procedura conciliativa permette valutazioni di natura diversa rispetto a quelle di natura giuridica, e tali valutazioni possono avere, alla prova dei fatti, una rilevanza fondamentale per la risoluzione durevole della lite. Infine, non irrilevante è che la conciliazione obbligatoria di cui alla legge oggetto del giudizio sia limitata a controversie di valore economico molto contenuto.

Secondo il Tribunale costituzionale, il legislatore era legittimato a basarsi su una valutazione ottimistica circa il raggiungimento degli scopi della norma introdotta.

Le possibilità ed i vantaggi della conciliazione stragiudiziale, ed in particolare di un tentativo obbligatorio, sono da tempo oggetto di discussione³⁹. Ciò non significa però, a giudizio dei giudici di Karlsruhe, quanto meno in relazione allo *status quo* al momento della pronuncia (e nonostante il limitato successo del dettato dell'art. 15a EGZPO), che si debba escludere la possibilità di successo della norma e dei suoi obiettivi come, quali quello della diminuzione del carico di lavoro della giustizia.

Il legislatore poteva anzi ritenere che non sussistesse altro mezzo altrettanto idoneo al fine di realizzare gli obiettivi perseguiti. Era legittimato a ritenere che i criteri di idoneità previsti per legge e decisivi per la determinazione dei soggetti che agiscono in qualità di organo di conciliazione, non devono essere del tutto identici a quelli richiesti per l'esercizio della professione legale (sebbene la legge esaminata richieda comunque che i conciliatori dispongano di sufficienti conoscenze di diritto). Il successo di una procedura che mira alla composizione amichevole di un conflitto può dipendere, oltre che dalla considerazione di criteri di diritto, da altri elementi che caratterizzano un conflitto e che riguardano, ad esempio, i rapporti tra le parti.

Infine, una interpretazione restrittiva della norma nel senso che si possa fare a meno della procedura conciliativa in quanto la stessa appaia in partenza destinata al fallimento non è ammissibile dal punto di vista costituzionale. Il legislatore è legittimato a ritenere che lo svolgimento infruttuoso di eventuali colloqui e negoziazioni pre-processuali tra le parti non implichi di per sé che la procedura conciliativa sia destinata necessariamente al fallimento.

³⁹ Per i relativi riferimenti, v. BVerfGE, 1 BvR 1351/01.

2. I soggetti coinvolti nelle procedure di ADR e le loro competenze giuridiche

Le forme ed i soggetti coinvolti in ADR variano a seconda del tipo di controversia e delle parti⁴⁰. I modi alternativi di risoluzione delle controversie, in virtù della loro flessibilità e delle molteplici forme che possono assumere, sono peraltro idonei alla risoluzione delle più svariate controversie.

L'associazione degli avvocati ha deciso di istituire una commissione speciale per lo sviluppo della mediazione. In un numero sempre maggiore di contratti, l'incarico a mediare ha iniziato a sostituire la risoluzione delle controversie attraverso arbitrato, specie per quelle di rilevante valore economico.

Si segnala che la nuova legge sulla mediazione ha peraltro introdotto il c.d. "mediatore certificato", al fine di assicurare una certa garanzia di qualità dei soggetti incaricati, che sono in ogni caso tenuti ad obblighi di adeguata formazione ed aggiornamento. I dettagli sui criteri e requisiti di formazione necessari per ottenere il titolo di "mediatore certificato" saranno o potranno essere stabiliti da un apposito regolamento da emanarsi da parte del Ministero federale della Giustizia (art. 6 della legge sulla mediazione).

Per quanto riguarda, in particolare, la conciliazione volontaria, data la grande varietà di regolamenti procedurali, in questa sede ci si deve limitare ad alcune indicazioni di carattere generale.

Di regola, l'organo di conciliazione è adito da una parte e, in genere, è necessario il consenso dell'altra parte. Ha luogo quindi un'audizione delle parti, che talvolta sono tenute ad essere presenti personalmente, senza potersi fare rappresentare. È però sempre prevista la possibilità di farsi assistere da un legale. Alcuni regolamenti procedurali prevedono l'obbligo per il convenuto di farsi carico delle spese qualora questo sia stato ingiustificatamente assente all'audizione.

2.1. I soggetti competenti a svolgere attività di mediazione o conciliazione stragiudiziale

2.1.1. Controversie fra consumatori e imprese (in senso lato)

Nella Repubblica federale di Germania esistono numerosi organismi arbitrali e di conciliazione che permettono di risolvere i conflitti⁴¹, soprattutto quelli relativi ai consumatori, in via amichevole

⁴⁰ Per quanto riguarda le libere professioni, in quasi tutti i *Länder* sono presenti, ad esempio, organismi di conciliazione presso gli ordini dei medici e degli architetti. Gli ordini degli avvocati, degli esperti in brevetti, dei fiscalisti e dei revisori dei conti hanno spesso l'obbligo, su richiesta, di agire da conciliatori in caso di controversie fra i membri degli ordini ed i loro clienti. Esiste anche, dal 2009, un organismo di conciliazione degli avvocati a livello federale che si dedica alla conciliazione di controversie tra gli avvocati ed i loro clienti.

⁴¹ V. http://ec.europa.eu/civiljustice/ADR/ADR_ger_it.htm.

prima che questi giungano in tribunale⁴². Generalmente, gli organismi di conciliazione, cui ricorrono per solito i clienti in conflitto con fornitori o venditori di prodotti o servizi, sono finanziati da organizzazioni professionali (camere, associazioni) e pertanto hanno competenze specifiche a seconda della categoria cui appartengono. Gli organismi possono anche essere istituiti o riconosciuti dalle amministrazioni della giustizia dei *Länder* (ad esempio, come si è visto, in alcuni *Länder* il ricorso ad organismi extragiudiziali è obbligatorio prima di poter adire il giudice). Le principali funzioni esercitate dagli organismi di conciliazione vengono, infatti, svolte dagli organismi arbitrali e di conciliazione già esistenti, tranne che nei *Länder* in cui la funzione di conciliazione viene svolta dagli organismi di conciliazione degli avvocati o dei notai.

Qualora gli organismi di conciliazione forniscano raccomandazioni, queste di regola non sono vincolanti per le parti. Talvolta, tuttavia, la decisione dell'organismo di conciliazione vincola unilateralmente l'impresa. La procedura, comunque, si conclude definitivamente soltanto quando le parti raggiungono un'intesa e stipulano un accordo.

2.1.2. Controversie tra imprese

In Germania, le mediazioni fra operatori economici sono in aumento⁴³. Gli avvocati ed i rappresentanti delle imprese, utilizzando diversi approcci, cercano di stabilire procedure di mediazione e di garantire *standards* qualitativi appropriati.

La mediazione tra imprese trova un ambito di applicazione importante soprattutto in conflitti fra partner commerciali, caratterizzati da una notevole complessità dal punto di vista giuridico e fattuale (ad esempio, nell'ambito dell'edilizia o nel caso della costruzione di grandi impianti). Vengono comunque ritenuti adatti alla procedura di conciliazione ed alla mediazione anche i dissidi potenzialmente caratterizzati da forti elementi emotivi e personali, come conflitti inerenti il diritto societario o che interessano parti di diversa nazionalità. Il ricorso alla mediazione tra imprese si

⁴² In quasi tutte le grandi città sono presenti organismi arbitrali e di conciliazione presso le camere dell'industria e del commercio e le camere dell'artigianato. A questi si aggiungono gli organismi di conciliazione delle officine meccaniche per le riparazioni automobilistiche e gli organismi di conciliazione delle rivendite di auto usate per i vizi degli autoveicoli di seconda mano.

A livello regionale, nella maggior parte dei *Länder* sono presenti organismi arbitrali e di conciliazione per il settore della pulizia dei tessuti e del pellame e per le controversie con medici e architetti.

In alcuni *Länder* sono presenti organismi arbitrali e di conciliazione per controversie con tecnici radiofonici e televisivi, carrozzieri o alcuni artigiani (falegnami, copritetti, piastrellisti, etc.) o per reclami relativi al settore calzaturiero. Sono istituiti anche organismi di conciliazione per il settore dell'edilizia.

A livello federale, vi sono organismi di conciliazione per il settore della locazione immobiliare, i cui servizi sono prestati congiuntamente da organizzazioni di proprietari e di inquilini.

Si segnala infine la figura dell'ombudsman nelle banche private, il quale si occupa dei reclami relativi ad ogni tipo di operazioni bancarie e finanziarie.

⁴³ V. nota 41.

consiglia in tutti gli ambiti commerciali nei quali, nonostante il conflitto in essere, risulti necessario mantenere buone relazioni tra le parti anche successivamente alla risoluzione del conflitto ed in quegli ambiti dove si vuole garantire la discrezionalità tramite l'esclusione del pubblico. Lo stesso può dirsi per quei conflitti la cui risoluzione per via giudiziale, a causa della più lunga attesa che implica tale procedura, produrrebbe gravi danni economici anche in caso di vittoria.

2.1.3. Controversie fra lavoratori e datori di lavoro

Il modello della conciliazione stragiudiziale ha anche una lunga tradizione nel settore delle controversie di lavoro, ed in particolare nell'ambito della competenza delle *Arbeitsgerichte*: il procedimento che si svolge dinanzi a questa giurisdizione (secondo la disciplina contenuta nell'art. 54 *ArbGG*: v. anche *supra*) si apre, infatti, generalmente con un tentativo di conciliazione condotto dal giudice togato, in presenza delle parti (nel 1998, circa il 41% delle controversie sono state in tal modo conciliate). Anche il giudice di lavoro ha peraltro – a seguito delle modifiche introdotte dalla legge sulla mediazione – la facoltà di delegare il tentativo di conciliazione ad un altro giudice (*Güterichter*) che può avvalersi anche del metodo della mediazione; in alternativa, può suggerire alle parti di ricorrere alla mediazione o altro metodo ADR.

Da ricordare è inoltre l'esperienza di conciliazione delle controversie svolta dai seguenti organismi di conciliazione istituiti allo scopo di risolvere le controversie in materia di lavoro al di fuori del processo.

a) Organismi di conciliazione per controversie relative alla formazione professionale

Gli organismi competenti ai sensi della legge sulla formazione professionale (*Berufsbildungsgesetz*) e, nel settore dell'artigianato, le corporazioni di arti e mestieri possono costituire commissioni per la risoluzione delle controversie che possono insorgere nel quadro di una formazione professionale in corso (articolo 111, comma 2, della legge sui tribunali del lavoro – *Arbeitsgerichtsgesetz*, *ArbGG*). Una volta costituita, il ricorso a tale commissione è obbligatorio.

La decisione di conciliazione è vincolante per le parti se viene riconosciuta da entrambe entro una settimana. Gli accordi stipulati di fronte alla commissione o le decisioni della commissione riconosciute dalle parti hanno efficacia esecutiva. Nel caso in cui non si giunga ad un accordo o non venga riconosciuta la decisione di conciliazione, le parti possono adire il tribunale del lavoro competente entro due settimane.

b) Comitato di conciliazione ai sensi della legge sull'ordinamento aziendale (Betriebsverfassungsgesetz, BetrVG)

Per la risoluzione di controversie fra datore di lavoro e commissione interna delle aziende (*Betriebsrat*), è possibile fare ricorso al comitato di conciliazione (articolo 76 della legge sull'ordinamento aziendale – *Betriebsverfassungsgesetz*, *BetrVG*), cui compete, a livello aziendale, la funzione di conciliazione interna. Il comitato è composto da un numero uguale di rappresentanti del datore di lavoro e della commissione interna, nonché da un presidente *super partes*, designato

concordemente dalle parti. In caso di disaccordo sulla persona del presidente e sul numero di membri del comitato, la decisione viene presa dal tribunale del lavoro. Tramite accordo aziendale, è inoltre possibile istituire un comitato di conciliazione permanente.

Il comitato di conciliazione interviene su richiesta unilaterale solo quando la sua decisione sostituisce l'accordo fra datore di lavoro e commissione interna (articolo 76, comma 5, BetrVG). È il caso, in particolare, di controversie relative alla cogestione negli affari sociali ai sensi dell'articolo 87 BetrVG. Il comitato di conciliazione decide secondo equità, tenendo nel debito conto gli interessi dell'azienda e del lavoratore interessato. Su istanza di parte, entro due settimane, tale decisione discrezionale può essere sottoposta al tribunale del lavoro affinché venga verificato il rispetto dei limiti discrezionali.

Negli altri casi, il comitato di conciliazione interviene solo su richiesta di entrambe le parti (articolo 76, comma 6, BetrVG). La sua decisione si sostituisce all'accordo fra datore di lavoro e commissione interna soltanto se le due parti hanno previamente convenuto di sottostare al potere decisionale del comitato o se accettano successivamente la sua decisione.

Le spese del comitato di conciliazione sono a carico del datore di lavoro (articolo 76a BetrVG).

c) Conciliazione relativa alla contrattazione collettiva

Quando i negoziati fra le parti sociali non permettono di raggiungere un'intesa, generalmente si fa ricorso ad una procedura di conciliazione per appianare i contrasti di interesse ed evitare l'insorgere di un conflitto di lavoro. La conciliazione ha sempre come obiettivo quello di contribuire alla stipulazione di un contratto collettivo, mantenendo così la pace sociale.

La maggior parte delle parti sociali ha concluso specifici accordi di conciliazione, che assumono pertanto notevole importanza nella prassi. Se l'organismo di conciliazione, costituito generalmente da rappresentanti delle parti in lite e da un presidente *super partes*, non riesce ad elaborare una proposta di intesa o se la proposta è rifiutata da una o da entrambe le parti sociali, la procedura di conciliazione si chiude e si apre di nuovo la strada ad un conflitto di lavoro.

In sostanza, in quegli ambiti in cui la legge prevede l'obbligo della risoluzione della controversia o in cui la disciplina legislativa o la contrattazione collettiva offrono procedure di conciliazione consolidate ed efficaci, le procedure di mediazione e le altre procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie non offrono comunque grandi prospettive. Nell'ambito del diritto del lavoro, il ricorso alle procedure di mediazione può pertanto esplicitarsi soprattutto in casi che riguardano i diritti del singolo lavoratore (*Individualarbeitsrecht*).

2.1.4. Controversie familiari

In materia di conflitti familiari, l'attività di intermediazione viene generalmente svolta dalle autorità locali nel contesto dell'assistenza minorile come "aiuto all'autotutela" (*Hilfe zur Selbsthilfe*), ai sensi del Codice della sicurezza sociale (*Sozialgesetzbuch*, SGB). Questo intervento

è diretto a consentire ai genitori di trovare di comune accordo una soluzione di cui si assumano la responsabilità e che risponda alle esigenze ed agli interessi comuni.

Nell'ambito delle controversie familiari, anche gli ordini degli avvocati offrono servizi di intermediazione e di conciliazione. Infine, la legge impone al giudice, in varie occasioni, di cercare durante tutto il procedimento (in particolare in caso di controversie che riguardano i diritti dei figli) di giungere ad una composizione amichevole della controversia (art. 156 FamFG).

L'attività di intermediazione svolta dagli organi di assistenza minorile può peraltro consistere in un aiuto preventivo destinato a promuovere l'autotutela dei genitori al fine di prevenire situazioni di crisi. In tal caso, scopo della mediazione è, da un lato, aiutare ad evitare o ridurre i rischi per lo sviluppo dei minori coinvolti e, dall'altro, fornire consigli e supporto ai genitori affidatari⁴⁴.

In ambito extragiudiziale, la mediazione riguardante la risoluzione di controversie (familiari) tra coppie sposate, non sposate, divorziate o *ex* conviventi, per le quali occorre trovare una soluzione che tenga conto degli interessi in causa ha acquisito crescente importanza relativamente alla disciplina delle conseguenze della separazione e del divorzio⁴⁵.

Pur in assenza di una disciplina legislativa – quantomeno fino a poco tempo fa (v. *supra*) –, si sono da tempo sviluppati elevati *standards* qualitativi per la formazione dei mediatori familiari⁴⁶.

2.1.5 Controversie derivanti dall'applicazione della normativa sui trasferimenti di fondi o dall'utilizzo abusivo di carte di pagamento

Ai sensi dell'articolo 14 della legge sull'azione inibitoria (*Unterlassungsklagengesetz*), in combinato disposto con il regolamento procedurale degli organismi di conciliazione (*Schlichtungsstellenverfahrensordnung*), è stato istituito un modo alternativo per la risoluzione delle controversie derivanti dall'applicazione della normativa sui trasferimenti di fondi (articoli 675a-675g del Codice civile – BGB) o dall'utilizzo abusivo di carte di pagamento (articolo 676h, comma 1, BGB). L'organismo di conciliazione si trova presso la *Deutsche Bundesbank*. Per gli istituti di credito che appartengono a determinate associazioni (Associazione federale delle banche pubbliche, Associazione federale delle banche tedesche, Associazione federale delle banche popolari e delle

⁴⁴ Ad es., tramite una nuova regolamentazione dell'esercizio della responsabilità dei genitori, la ripartizione delle responsabilità in caso di affidamento congiunto, la regolamentazione delle obbligazioni alimentari, il finanziamento dei rispettivi nuclei familiari, la divisione dei beni e la compensazione patrimoniale, l'assegnazione della casa coniugale, la divisione delle suppellettili domestiche.

⁴⁵ Sono possibili, ad esempio, accordi contrattuali relativi al mantenimento, al patrimonio, alla proprietà ed alla responsabilità dei genitori. La soppressione (nel 1977) del principio di colpa nel procedimento di divorzio ed il riconoscimento (dal 1982) della responsabilità congiunta hanno permesso di creare i presupposti fondamentali per ricorrere alla mediazione come strumento per raggiungere, in caso di separazione o divorzio, un accordo comune sotto la responsabilità di entrambe le parti.

⁴⁶ All'uopo, sono intervenuti atti riconducibili al *Soft Law*, come, per esempio, le linee guida sulla formazione professionale elaborate dall'organismo federale per la mediazione familiare.

banche di credito agrario, associazioni di casse di risparmio e di banche di cambio e giro) e che aderiscono alle procedure di conciliazione istituite presso la *Bundesbank*, la funzione di conciliazione dei conflitti è trasferita direttamente a queste associazioni.

L'Associazione federale delle banche tedesche ha istituito un *ombudsman* e disciplinato una procedura di conciliazione per i suoi membri, diretta alla risoluzione delle controversie tra banche e clienti, che si svolge presso l'ufficio reclami dell'Associazione, a Berlino. Qualunque cliente che ritenga che il comportamento della banca gli abbia arrecato un danno può rivolgersi all'*ombudsman*, cui è affidata la conciliazione. Ciò vale anche per il caso in cui un consumatore reclami la mancata apertura di un conto corrente da parte di una banca, perlomeno nel caso di un conto corrente a scoperto unilaterale.

2.1.6. Controversie fra privati

Come già rilevato, i singoli *Länder* possono prevedere, ai sensi dell'articolo 15a EGZPO, procedure obbligatorie di conciliazione. Si rinvia, sul punto, a quanto esposto *supra*, par. 1.3.2.

2.1.7. Altri casi specifici

Nella Repubblica federale di Germania le procedure di mediazione vengono anche utilizzate in casi attinenti a procedimenti amministrativi, in particolare nell'ambito del diritto ambientale (pianificazione del territorio, approvazione di progetti e procedure di autorizzazione). L'obiettivo è l'ottimizzazione della cooperazione ed il conferimento di maggiore flessibilità ai procedimenti amministrativi grazie a soluzioni concertate. La complessità crescente di molte decisioni amministrative costituisce un campo di applicazione idoneo per la mediazione, dato che questa permette di considerare diversi fattori influenti e vari aspetti pluridimensionali. Ciò vale, in particolare, laddove siano in gioco, non solo gli interessi dei singoli ma anche quelli della collettività, come nel caso della pianificazione.

2.1.8. La mediazione effettuata dai notai

Una trattazione, pur sommaria, dell'apparato di mediazione-conciliazione in Germania non può prescindere dal menzionare il ruolo dei notai. In molte materie, come il trasferimento di un diritto immobiliare o la creazione o modifica di un testamento, gran parte delle persone affidano ai notai il compito di proteggere i loro interessi e di dare attuazione alle loro volontà in una forma valida ed appropriata.

I notai sono spesso consulenti neutrali di entrambe le parti nel momento in cui redigono una transazione che ponga fine a controversie legali. In alcuni *Länder*, esistono disposizioni normative che autorizzano i notai a svolgere attività di mediazione specialmente in controversie ereditarie.

Con riguardo alle controversie aventi ad oggetto la proprietà fondiaria nei nuovi *Länder* dopo la riunificazione della Germania, i notai sono stati impiegati con successo come mediatori ai sensi della Legge sulla trasformazione del diritto di proprietà immobiliare⁴⁷.

2.2. Le garanzie connesse alle procedure di ADR (in particolare, la riservatezza delle trattative)

Le procedure arbitrali o di conciliazione stragiudiziale obbligatoria sono disciplinate dalla normativa federale o dei *Länder*, e forniscono garanzie paragonabili a quelle tipiche delle procedure giudiziali. Un caso particolare è quello delle controversie derivanti dall'applicazione della normativa sui trasferimenti di fondi (v. *supra*, par. 2.1.5.), poiché il regolamento procedurale degli organismi di conciliazione (*Schlichtungsstellenverfahrensordnung*, SchlichtVerfVO) prevede che il conciliatore, nello svolgimento della propria funzione, sia indipendente e non vincolato da direttive (articolo 2, comma 2, SchlichtVerfVO), nonché soggetto all'obbligo del segreto (articolo 2, comma 4, SchlichtVerfVO).

Inoltre, come visto, sono di recente state introdotte anche garanzie connesse alla mediazione.

Prima dell'entrata in vigore della legge sulla mediazione, in una procedura di mediazione, la riservatezza delle trattative poteva essere garantita soltanto tramite un accordo contrattuale. Il mediatore aveva il diritto di non deporre soltanto se apparteneva ad una categoria professionale cui fosse accordato un tale privilegio generale per tutte le domande connesse alla propria attività professionale. Ciò valeva quindi, in particolare, per avvocati e notai (art. 43a, comma 2, del Regolamento federale degli avvocati – BRAO – e art. 203 del Codice penale – StGB –).

In ogni caso, non era previsto alcun privilegio ai fini della protezione e la promozione delle procedure di conciliazione. Il “*privilege without prejudice*” di matrice anglosassone⁴⁸, che interviene al fine di escludere la possibilità di uso di tutte le informazioni offerte durante le trattative genuinamente orientate verso una conciliazione, non aveva infatti una applicazione generale. Erano solo il privilegio professionale degli avvocati o quello dei commercialisti o simili privilegi professionali che potevano proteggere il segreto delle comunicazioni tra il mediatore e le parti di una procedura di mediazione. Questi privilegi, di regola, non sono assoluti ed il cliente può quindi rinunciarvi. Il rifiuto di una parte di rinunciarvi è soggetto alla libera valutazione della corte, e quest'ultima potrebbe trarne elementi di prova ad essa contrari. Alla luce della previgente normativa, non si aveva quindi una garanzia assoluta sul fatto che le informazioni rivelate al mediatore non venissero poi utilizzate in un successivo giudizio⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. STÜRNER, *op. cit.*, 263 ss.

⁴⁸ V. il contributo sull'Inghilterra inserito in questo volume.

⁴⁹ Cfr. STÜRNER, *op. cit.*, 269 ss.

Con la nuova legge sulla mediazione si è invece cercato di fornire una maggiore tutela ai soggetti coinvolti in una procedura di mediazione. Il mediatore è, infatti, generalmente sottoposto ad obblighi di segretezza e gli spetta di conseguenza il diritto di non deporre nell'ambito di un eventuale giudizio in cui le informazioni scambiate tra lo stesso e le parti della procedura della mediazione potrebbero rilevare (art. 4 della legge sulla mediazione⁵⁰).

2.3. La figura del mediatore

Le parti coinvolte in una procedura di mediazione o di conciliazione non hanno l'obbligo di ricorrere all'assistenza di un legale.

Inoltre, coloro che svolgono professionalmente attività di ADR non costituiscono una figura professionale uniforme. Si segnala, però, che la nuova legge sulla mediazione ha introdotto la figura del c.d. "mediatore certificato", al fine di assicurare una certa garanzia di qualità dei soggetti incaricati, che sono in ogni caso tenuti ad obblighi di adeguata formazione ed aggiornamento. Come accennato, i dettagli sui criteri e sui requisiti di formazione necessari per ottenere il titolo di "mediatore certificato" saranno o potranno essere stabiliti da un apposito regolamento da emanarsi da parte del Ministero federale della Giustizia (art. 6 della legge sulla mediazione).

Del resto, i conciliatori e i mediatori vengono reclutati, non solo tra i giuristi, ma anche – ed in special modo – tra gli psicologi, i pedagoghi, gli esponenti del mondo degli affari ed i sociologi.

Le parti scelgono liberamente la procedura di risoluzione e la persona del conciliatore, dell'intermediario o del mediatore. Se il conciliatore o il mediatore svolge attività legale, ad esempio fornendo consulenza legale alle parti coinvolte o partecipando alla stesura dell'accordo contrattuale che fissa i risultati della procedura di conciliazione o mediazione, deve rispettare, oltre ai requisiti posti dalla legge sulla mediazione e dall'eventuale regolamento relativo ai c.d. "mediatori certificati", le disposizioni della legge sulla consulenza legale, secondo cui l'attività di consulenza legale e la cura di questioni giuridiche nel campo della mediazione sono riservate a coloro che esercitano professioni di consulenza legale, in particolare agli avvocati e notai.

Gli avvocati che esercitano attività di conciliazione o di mediazione sono altresì soggetti alle norme deontologiche professionali di cui agli articoli art. 7a e 18 del Codice deontologico degli avvocati – *Berufsordnung für Rechtsanwälte*, BORA –. Possono pertanto definirsi "mediatori" soltanto se sono in grado di dimostrare, grazie ad un'adeguata formazione, di padroneggiare i fondamenti della procedura di mediazione. Come accennato, l'art. 43a BRAO prevede anche, in capo agli avvocati, l'obbligo di riservatezza ed il divieto di rappresentare interessi confliggenti.

⁵⁰ L'articolo indica anche i casi in cui il mediatore viene esonerato dagli obblighi di segretezza (ossia i casi in cui la *disclosure* risulta necessaria ai fini dell'esecuzione dell'accordo raggiunto, oppure opportuna per motivi di ordine pubblico o, ancora, qualora si tratti di fatti notori).

Da segnalare, infine, è che l'art. 3, comma 2, della legge sulla mediazione stabilisce che gli avvocati-mediatori non possono, nemmeno con il consenso delle parti, rappresentare le stesse in un processo giudiziale preceduto da una procedura di mediazione in cui erano coinvolti.

3. Gli oneri finanziari connessi al ricorso ai modi alternativi di risoluzione delle controversie

Le procedure di ADR sono di solito gratuite negli uffici di conciliazione istituiti nel settore privato per il trattamento dei reclami dei clienti. In questi casi, sono a carico del cliente esclusivamente le spese vive, come le spese postali o telefoniche.

Parimenti, i servizi di consulenza e supporto offerti dagli organi di assistenza minorile sono gratuiti per i genitori e per i figli che vi fanno ricorso.

Fatte queste eccezioni, le spese procedurali delle forme alternative di risoluzione delle controversie sono generalmente a carico delle parti.

L'onorario del mediatore è soggetto ad un accordo stipulato tra quest'ultimo e le parti interessate. Non esiste ad oggi una norma che disciplina le tariffe del servizio di mediazione, né vi sono statistiche sulle spese ad esso correlate. Il Governo tedesco considera realistico un costo orario compreso tra gli 80 ed i 250 euro⁵¹.

Per quanto riguarda le spese delle procedure di conciliazione extragiudiziali obbligatorie, la disposizione quadro dell'articolo 15a, comma 4, EGZPO prevede che le spese relative agli organismi di conciliazione siano da considerarsi parte delle spese della successiva azione giudiziaria ai sensi dell'articolo 91 ZPO. Pertanto, qualora la procedura di conciliazione non abbia esito positivo e ad essa faccia seguito un procedimento giudiziario (entro l'anno), tali spese saranno a carico della parte soccombente.

Le parti in lite possono ottenere il gratuito patrocinio per la consulenza legale nell'ambito di una procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie, ivi inclusa quella introdotta da un *Land* ai sensi dell'art. 15a EGZPO, se sussistono le seguenti condizioni: la parte richiedente non dispone delle risorse sufficienti in base alla propria situazione personale ed economica; non esiste altra possibilità di assistenza accettabile; la tutela del diritto che si vuole riconosciuto non rappresenta una pretesa temeraria (articolo 1 della legge relativa al patrocinio gratuito per consulenze e rappresentanza dei cittadini con basso reddito – *Beratungshilfegesetz* –, che rinvia alla legge sul sussidio per le spese processuali⁵²).

⁵¹ V. nota 41.

⁵² In base alla legge sul sussidio per le spese processuali (*Prozesskostenhilfe*), le parti possono ottenere un sussidio statale se dimostrano di avere un'alta probabilità di una sentenza a favore e di non poter affrontare i costi di un processo. In definitiva, il sussidio per le spese processuali copre solamente le spese del processo conseguite dalla parte stessa. Ovviamente, se la parte richiedente vince la causa, a pagare le spese è comunque la parte soccombente.

Sebbene la legge sulla mediazione non abbia previsto un altro sussidio o finanziamento delle procedure di conciliazione o ADR, essa consente al *Bund* ed ai *Länder* di introdurre, nell'ambito di progetti scientifici e sperimentali per la promozione della mediazione, un sussidio a favore di soggetti bisognosi (privi di risorse sufficienti per ricorrere alla procedura della mediazione al fine di tutelare i propri diritti, purché questi non siano fondati su di una pretesa temeraria). Gli esiti di tali progetti dovrebbero poi essere comunicati e valutati dal *Bundestag*. La carenza di una previsione di finanziamento diretto rappresenta peraltro uno degli aspetti più criticati della legge sulla mediazione, giacché il rischio che si corre è quello di rendere la mediazione un "bene di lusso", per molti inaccessibile in assenza di aiuti.

4. Gli effetti della mancata conciliazione

Quanto agli effetti di una mancata conciliazione, si segnala con riferimento alle procedure di conciliazione obbligatoria, che il fallimento del tentativo di conciliazione è il presupposto dell'ammissibilità di un'azione giudiziaria. Qualora (e soltanto qualora) non sia stata trovata alcuna soluzione conciliativa, è quindi possibile adire il giudice.

Se la conciliazione ai sensi del articolo 278, comma 5, ZPO non ha esito positivo, viene convertita in un procedimento contenzioso.

Se è stato esperito un tentativo di risolvere in via stragiudiziale il reclamo di un cliente presso un organismo di conciliazione del settore privato, le parti coinvolte possono adire l'autorità giudiziaria nel caso in cui non abbiano accettato la proposta di conciliazione. Di questa possibilità le parti vengono informate alla presentazione della proposta di conciliazione (articolo 5, comma 3, primo periodo del regolamento procedurale degli organismi di conciliazione, *SchlichtVerfVO*).

Del resto, né la mediazione libera né il ricorso ai servizi sociali di consulenza e supporto precludono la possibilità di adire gli organi giurisdizionali. Il ricorso a questi due mezzi non è un presupposto per l'avvio di un procedimento giudiziario; non devono pertanto essere osservati termini procedurali.

Da notare, al riguardo, è che nel corso di un tentativo di risoluzione extragiudiziale delle controversie, la prescrizione dei diritti delle parti è sospesa. Per le procedure di conciliazione e di arbitrato presso organismi di conciliazione pubblici o riconosciuti dallo Stato, la sospensione della prescrizione in materia civile è una diretta conseguenza del disposto dell'articolo 204, comma 1, n. 4, BGB⁵³, mentre per le altre forme di risoluzione alternativa delle controversie essa è disposta

Alla luce della regolamentazione del sussidio per le spese processuali risulta però difficile implementare il rimborso o l'assunzione delle spese di mediazione, in virtù della difficoltà di stabilire *ex ante* se il procedimento darà luogo ad un accordo (basandosi la mediazione sul principio di libertà delle parti) e, se del caso, di delineare chiaramente tra le parti quella vittoriosa e quella soccombente.

⁵³ "La prescrizione è sospesa a seguito de [...] l'aver presentato richiesta di comunicazione del ricorso per conciliazione, che riguarda l'affidamento della controversia ad un ufficio di conciliazione costituito o approvato dall'amministrazione del giustizia del *Land* ovvero, se le parti intraprendono d'accordo il tentativo di conciliazione, ad

dall'articolo 203, primo periodo, BGB⁵⁴. Le parti, pertanto, non sono soggette alla pressione di dover concludere le procedure extragiudiziali prima della scadenza dei termini di prescrizione.

5. Gli effetti della conciliazione

In linea di principio, l'obiettivo dei modi alternativi di risoluzione delle controversie è quello di raggiungere un accordo volto a risolvere la questione che oppone le parti. Se le parti, di comune accordo, hanno incaricato (ad esempio) un mediatore per la risoluzione extragiudiziale della controversia e questa si conclude positivamente, la mediazione dà luogo ad un accordo elaborato sotto la loro responsabilità.

Tale tipo di accordo, di regola, viene redatto per iscritto ed ha le caratteristiche di un contratto. Esso pertanto vincola le parti, di talché, se una parte viene meno ad un obbligo assunto, questo può essere imposto giudizialmente. Dato che accordi di questo tipo generalmente comportano concessioni da parte di entrambe le parti, in considerazione dell'insicurezza del loro rapporto giuridico o della realizzazione dei diritti rispettivamente rivendicati, tale accordo costituisce una c.d. transazione ai sensi dell'articolo 779 BGB⁵⁵.

Se la transazione viene conclusa tramite gli avvocati delle parti quale "transazione fra avvocati" (*Anwaltsvergleich*), ed a condizione che il debitore abbia accettato la clausola di esecuzione forzata immediata e che la transazione sia depositata presso una pretura (*Amtsgericht*), in caso di sua inosservanza può essere eseguita senza necessità di un previo procedimento giudiziario. In questo caso, la transazione può, infatti, essere dichiarata esecutiva dal tribunale competente su richiesta di una parte (articoli 796a e 796b, in combinato disposto con l'articolo 794, comma 1, n. 4b, ZPO). Altrimenti, la transazione può essere conclusa sotto forma di certificato notarile, che ha efficacia esecutiva, sempre che il debitore abbia accettato la clausola di esecuzione forzata immediata (articolo 794, comma 1, n. 5, ZPO).

Una transazione conclusa presso un organismo di conciliazione pubblico o riconosciuto dallo Stato ai sensi dell'articolo 15a EGZPO – al pari di una transazione conclusa presso l'autorità giudiziaria – costituisce titolo esecutivo, in base al quale può darsi luogo ad esecuzione forzata (articolo 794, comma 1, n. 1, ZPO).

Da notare è che la legge sulla mediazione non contempla un'apposita procedura di esecuzione per gli accordi assunti a seguito di mediazione. Pertanto, le parti devono provvedere a far conferire

altro ufficio di conciliazione; se la comunicazione è richiesta immediatamente dopo la presentazione del ricorso, la sospensione della prescrizione interviene già con la presentazione".

⁵⁴ "Se tra il debitore ed il creditore sono in corso trattative sulla pretesa o sui fatti che hanno ad essa dato luogo, la prescrizione è sospesa finché l'una o l'altra parte non si rifiuta di proseguire le trattative".

⁵⁵ "(1) Un contratto con cui, mediante reciproche concessioni, si pone fine ad una controversia o all'incertezza delle parti su un rapporto giuridico (transazione) è inefficace se il fatto che, secondo il contenuto del contratto, ne costituisce il presupposto non corrisponde alla realtà ovvero la controversia o l'incertezza non sarebbero sorte qualora si fosse conosciuta la situazione [...]".

esecutorietà all'accordo di mediazione ai sensi degli artt. 794 ss. ZPO; l'accordo può quindi essere reso esecutivo tramite il verbale redatto da un giudice o la certificazione di un notaio, oppure se l'accordo è stato preso nella forma del c.d. *Anwaltsvergleich* (art. 796a ZPO).

6. Considerazioni conclusive sul rapporto tra i modi alternativi di risoluzione delle controversie ed il diritto di accesso alla tutela giurisdizionale

Nell'ordinamento tedesco, la risoluzione di controversie con i metodi di ADR imposti per legge (e non solo per scelta delle parti) sono immaginabili soltanto a fianco (e non in luogo) delle procedure giudiziali. L'esclusione del procedimento giudiziario attraverso una procedura alternativa per la risoluzione di determinati tipi di controversie e la loro definitiva risoluzione da un soggetto diverso da un giudice contrasterebbe, infatti, con il diritto all'accesso alla tutela giurisdizionale (*Justizgewährungsanspruch*), che viene dedotto dal principio dello stato di diritto (art. 20, comma 3, LF), in combinazione con i singoli diritti fondamentali⁵⁶. Si avrebbe, peraltro, anche una lesione del monopolio della magistratura di cui all'art. 92 LF, che viene affiancato dalla garanzia costituzionale dell'indipendenza dei giudici (art. 97 LF) e dalla soggezione della magistratura alla legge (art. 20, comma 3 LF). Quantomeno un controllo giudiziale su eventuali abusi deve peraltro essere garantito anche nell'ambito di accordi tra le parti circa il metodo di risoluzione delle controversie, come si evince tra l'altro dall'art. 1059 ZPO che disciplina l'impugnazione di lodi arbitrali.

Sotto altro profilo, è altresì necessario assicurare che l'accesso alla tutela giurisdizionale non venga aggravato in maniera irragionevole. Ora, l'imposizione di una procedura alternativa per la risoluzione di controversie come requisito di ammissibilità per l'accesso alla giustizia, come ad esempio nell'ambito dell'art. 15a EGZPO, viene generalmente considerata legittima⁵⁷, purché rientri nei limiti posti dal diritto all'accesso alla giustizia stessa. Se, infatti, la procedura alternativa dovesse comportare ritardi e costi talmente elevati da condurre un soggetto ragionevole a rinunciare ad un doppio procedimento, ciò non sarebbe compatibile con il diritto all'accesso alla tutela giurisdizionale. Poiché i costi dei procedimenti giudiziali debbono essere necessariamente contenuti⁵⁸, la medesima considerazione non può non valere per i costi di una procedura di ADR obbligatoria; i requisiti circa il contenimento dei costi, anzi, parrebbero dover essere ancora più rigorosi alla luce del doppio onere che la parte sarebbe costretta a sopportare in caso di esito negativo della mediazione o della conciliazione.

⁵⁶ Cfr., anche per ulteriori riferimenti, M. LEMBKE, *Die Influenz von Justizgewährungsanspruch, Rechtsprechungsmonopol des Staates und rechtlichem Gehör auf aussergerichtliche Streitbeilegungsverfahren*, in *NVwZ* 2008, 42 ss.

⁵⁷ BVerfGE 54, 277, 292 s., in *NJW* 1981, 39; BVerfGE 69, 381, 385, in *NJW* 1986, 244; BVerfGE 85, 337, 345 ss. in *NJW* 1992, 1673; BVerfGE 88, 118, 124 s., in *NJW* 1993, 1635.

⁵⁸ BVerfGE 85, 337, 348, in *NJW* 1992, 1673.

INGHILTERRA

di Sarah Pasetto

1. Cenni sui vari modi alternativi di risoluzione delle controversie

Anche in Inghilterra si manifesta la tendenza, diffusasi a livello globale, all'espansione dell'uso della mediazione e, in generale, delle forme di risoluzione alternativa delle controversie (d'ora innanzi, ADR, dalla locuzione inglese *alternative dispute resolution*). Il fenomeno, che si è diffuso su larga scala nei primi anni '90 del secolo scorso, sostenuto dal significativo interesse della comunità commerciale per una ricomposizione delle controversie con spese e tempi più contenuti, ha subito un impulso notevole in seguito all'emanazione delle *Civil Procedure Rules*, nel 1998, un vero e proprio codice di procedura civile inglese, che ha avuto l'obiettivo di accelerare e semplificare il processo giudiziario, anche – come si vedrà nelle pagine seguenti – attraverso il rinvio, da parte del giudice, al tentativo di mediazione. L'attuale assetto inglese risulta dunque interessante, non solo perché si tratta di una delle prime società in cui si è fatto largo uso della mediazione, ma anche perché rappresenta una delle prime “reazioni” di un sistema giuridico occidentale al problema diffuso della eccessiva onerosità, in termini di tempi, costi e risorse, del contenzioso giudiziario.

In Inghilterra, non esiste alcun obbligo a mediare (o ad impiegare altre forme di ADR) prima di agire in giudizio, anche se si è manifestato più volte interesse per la risoluzione stragiudiziale delle controversie e sono state assunte misure di rilievo al fine di incoraggiare le parti a transigere al di fuori del sistema giudiziale. Ulteriore particolarità dell'assetto inglese in materia di ADR (ad eccezione dell'arbitrato) è l'assenza di interventi legislativi¹. Non vi sono dunque definizioni uniche ed “ufficiali” delle singole pratiche, a parte una descrizione generale, contenuta nel Glossario delle *Civil Procedure Rules*, della risoluzione alternativa delle controversie come “una descrizione collettiva dei metodi di risoluzione delle dispute oltre al processo ordinario”. In pratica, i riferimenti all'ADR rinviano solitamente ad una forma di facilitazione supervisionata, in modo più o meno attivo da parte di un terzo, estraneo alla disputa e che ricopre una posizione di neutralità rispetto alle parti. Per quanto riguarda le forme di ADR che si fondano sul raggiungimento di un accordo tra le parti, piuttosto che su una soluzione più o meno “imposta”, la mediazione è di gran lunga la forma più diffusa².

¹ Assenza anche a livello di dottrina, poiché non esiste un solo libro di testo autorevole in materia: si vedano le affermazioni di Lord Jackson nella relazione commissionata dal Governo ed intitolata *Review of Civil Litigation Costs*, 2009, 41. La relazione è reperibile al seguente indirizzo Internet: <http://www.judiciary.gov.uk/NR/rdonlyres/8EB9F3F3-9C4A-4139-8A93-56F09672EB6 A/0/jacksonfinalreport140110.pdf>.

² Alla mediazione è largamente equiparabile la conciliazione (*conciliation*). Le forme principali di *conciliation* sono riscontrabili in ambito di lavoro (v. *infra*, par. 1.3.1, per il procedimento di *conciliation* gestita dalla *Advisory*, settembre 2012

1.1. Profili storici: la riforma del diritto processuale civile mediante le *Civil Procedure Rules*

Caratteristica fondamentale dell'ordinamento inglese (e degli altri paesi di *common law*) in materia processuale è lo svolgimento del processo secondo le forme proprie del principio dispositivo. Prima della riforma operata dalle *Rules*, il giudice inglese era pressoché privo di poteri autonomi d'intervento, indagine ed analisi: il suo ruolo era passivo, limitandosi essenzialmente alla risposta alle istanze proposte dalle parti. La controversia sottoposta al vaglio giudiziale veniva formulata dalle parti, che potevano controllare anche lo svolgimento del processo con una autonomia quasi assoluta. Ciò ha portato, inevitabilmente, ad una procedura assai complessa, soprattutto per quanto riguarda le fasi preliminari, e di conseguenza a considerevoli ritardi: le parti (ed i loro difensori) facevano sovente leva su questa debolezza, sottoponendo al giudice questioni procedurali assai complesse; la dilatazione temporale che ne derivava faceva, chiaramente, lievitare anche i costi.

Peraltro, se, in genere, la parte soccombente sostiene le spese processuali per intero, il giudice ha comunque ampi poteri discrezionali per ripartire le spese come meglio crede³.

Negli anni '90, la situazione in cui versava il processo civile era diventata insostenibile. Il Governo ha incaricato Lord Woolf, all'epoca giudice della *House of Lords* nonché *Master of the Rolls*, di redigere osservazioni per una riforma⁴. Il prodotto finale di tali osservazioni sono state le *Civil Procedure Rules*, emanate nel 1998, e fortemente ispirate a (se non addirittura in buona misura mutuata da) la relazione presentata dal Lord⁵.

Conciliation and Arbitration Service) e nelle dispute relative alla fornitura di arredamento ed attrezzature domestici, in cui il procedimento conciliativo – gratuito – è gestito dal *Furniture Ombudsman*. Il *Furniture Ombudsman* è un organo che ha l'obiettivo di migliorare gli *standards* nel settore delle forniture domestiche attraverso l'imposizione, agli operatori del settore, dell'osservanza di un *Code of Practice*. Gli addetti alla risoluzione di dispute hanno conseguito la formazione necessaria per diventare arbitro (dal *Chartered Institute of Arbitration*). L'*Ombudsman* offre anche servizi di arbitrato e *adjudication*, forme di ADR che non si fondano su un accordo bensì su una decisione imposta dal terzo neutrale.

³ Questi poteri sono particolarmente rilevanti nell'ambito della mediazione, poiché costituiscono il fattore che rende " incisivo " il potere del giudice di rinviare le parti a valutare la mediazione (v. *infra*, par. 1.3 e 3).

⁴ La relazione completa è contenuta nei diversi *Reports* intitolati *Access to Justice* (del 1995 e del 1996), reperibili al seguente indirizzo *Internet*: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/> +/ <http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm>. La riforma, che ha aperto alle ADR, ha ricevuto ulteriore impulso grazie al sostegno di: gruppi di professionisti del diritto impegnati nel diritto commerciale, alcuni esponenti della dottrina, numerose corti, tra cui soprattutto la *Court of Appeal*, e, per quanto riguarda l'esecutivo, il *Lord Chancellor's Department* ed il *Department of Trade and Industry*.

⁵ Il *Civil Procedure Act 1997* stabilisce la formazione di un apposito *Committee* per la formulazione e l'aggiornamento delle *Rules*, composto dalle massime cariche giurisdizionali in ambito civilistico e da rappresentanti dei giudici inferiori, nominati dal *Lord Chancellor*. Le *Rules* sono un atto normativo di rango secondario.

1.2. Le *Civil Procedure Rules*

1.2.1. Il c.d. *obiettivo generale ed i poteri di case management*

Le *Rules* rappresentano una vera e propria rivoluzione normativa. Esse impongono al giudice il perseguimento del c.d. “obiettivo generale” (*overriding objective*): la *Rule* 1.1(1) afferma infatti che “[le] *rules* costituiscono un nuovo codice processuale con l’obiettivo primario di permettere alle corti di trattare i casi secondo giustizia”. Il trattamento dei casi “secondo giustizia” richiede che le controversie vengano affrontate in maniera proporzionale al loro valore economico, alla loro importanza ed alla situazione economica delle parti, assicurandosi che venga loro garantita una decisione rapida ed equa, con l’impiego di una parte adeguata delle risorse a disposizione della corte (considerazione, quest’ultima, che prevede la valutazione anche delle concorrenti necessità degli altri casi dinanzi la stessa corte).

Il giudice ha il dovere di perseguire l’obiettivo generale tramite una gestione attiva dei casi (*case management*), ovvero assumendo il controllo della fase preparatoria del processo, in modo tale da assicurare il raggiungimento dell’obiettivo primario. In concreto, la gestione attiva dei casi comporta, tra l’altro, “l’incoraggiamento delle parti ad impiegare una forma di ADR, se la corte lo ritiene opportuno, e l’agevolazione nell’uso dell’ADR”⁶. Si richiede anche di prestare aiuto alle parti affinché possano “transigere la disputa in tutto o in parte”⁷. Al fine di facilitare il raggiungimento di un accordo in sede di mediazione, il giudice ha il potere di sospendere (*stay*) il procedimento o il giudizio in tutto o in parte⁸. Il giudice può, d’ufficio, anche fissare un’udienza durante la quale le parti possono essere obbligate a dimostrare i loro tentativi di risolvere la disputa antecedentemente al ricorso in sede giudiziaria⁹.

Anche le parti in causa hanno il potere di richiedere la sospensione del procedimento giudiziario per tentare una forma di definizione alternativa¹⁰.

Il giudice deve altresì assicurare l’osservanza dei seguenti criteri: la corretta identificazione delle questioni controverse, l’impedimento degli abusi, il contenimento delle spese, l’accelerazione del

⁶ *Rule* 1.4(2)(e). Le linee-guida emesse dalle singole corti esprimono tale dovere in termini più “imperativi”: si vedano, ad esempio, la *Admiralty and Commercial Court Guide* (par. D8.8), la *Chancery Guide* (parr. 17.1 e 17.3), la *Queen’s Bench Guide* (par. 6.6) e la *Technology and Construction Court Guide* (par. 6.4).

⁷ *Rule* 1.4(2)(f).

⁸ *Rule* 3.1(2). L’ordinanza di sospensione è denominata ordinanza *Tomlin* (*Tomlin Order*), dal nome del giudice che la ha istituita (si v. il caso *Dashwood v Dashwood* [1927] WN 276). Per maggiori dettagli sugli effetti di questa ordinanza sul periodo di decadenza, v. *infra*, par. 1.4.

⁹ Come stabilito da Lord Woolf nel caso *Cowl v Plymouth City Council*, [2001] EWCA Civ 1935. Nella stessa sentenza, il Lord ha precisato che il ricorso al processo giudiziario deve essere configurato alla stregua di un rimedio “ultimo”.

¹⁰ *Rule* 26.4(1).

processo e la risoluzione della controversia secondo giustizia¹¹. In ogni caso, le parti possono scegliere il proprio mediatore presso uno degli enti a ciò abilitato, oppure rivolgersi al servizio di mediazione offerto dalla corte stessa¹².

L'utilizzo dei poteri di *case management* rimane essenzialmente nella discrezionalità del giudice¹³; i giudizi di secondo grado mostrano grande rispetto nei confronti delle decisioni di *case management* assunte dal giudice inferiore, che vengono inficiate solo se viziate da errori di principio o di diritto, ovvero se la corte ha male interpretato una questione di fatto rilevante¹⁴. Ciò dimostra ulteriormente il forte potenziamento del ruolo del giudice civile.

1.2.2. I Pre-Action Protocols

Le *Civil Procedure Rules* hanno anche introdotto una disciplina della fase preprocessuale recata dai *Pre-Action Protocols*¹⁵, che delineano una procedura dettagliata volta ad incoraggiare la soluzione della controversia in via transattiva. Infatti, le previsioni in essi contenute sono in gran parte autoesecutive e richiedono alle parti di collaborare tra di loro; il giudice interviene su questioni relative alla fase preprocessuale solamente se tali questioni gli vengono sottoposte nel corso del giudizio, e dunque *ex post*. La transazione (*settlement*) è disciplinata dalla *Part 36* delle *Rules*, che introduce la possibilità anche per la parte ricorrente di proporre una soluzione transattiva. Un'offerta di transazione può essere proposta in qualsiasi momento, sia prima che durante il processo.

Le *Practice Directions*, pubblicate insieme con i *Protocols* con l'obiettivo di chiarirne il significato e la portata, stabiliscono che "l'avvio di un procedimento giurisdizionale dovrebbe essere la *extrema ratio*, e non dovrebbe comunque avvenire se è ancora in corso un tentativo di giungere ad una transazione. Anche se l'ADR non è obbligatoria, le parti dovrebbero ugualmente valutare se una procedura alternativa possa aiutarle a transigere senza ricorrere al giudizio. La corte può richiedere alle parti di dimostrare di aver preso in considerazione una forma di ADR"¹⁶. All'incisività dei *Protocols* contribuisce il fatto che il giudice può, nel corso dell'eventuale giudizio,

¹¹ N. ANDREWS, *La 'doppia elica' della giustizia civile: i legami tra metodi privati e pubblici di risoluzione delle controversie*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2010, 259.

¹² V. *infra*, par. 3.

¹³ Potere che, secondo alcuni studi, viene esercitato ancora in maniera limitata: si vedano J. PEYSNER – M. SENEVIRATNE, *The Management of Civil Cases: the Courts and the Post-Woolf Landscape* (2005), Londra, Department for Constitutional Affairs, 1 ss., e H. GENN, *Twisting Arms: court referred and court linked mediation under judicial pressure*, Faculty of Laws, Ministry of Justice Research Series 1/07, 2007.

¹⁴ N. ANDREWS, *La 'doppia elica' della giustizia civile*, cit., il quale rimanda alle decisioni rese nei casi *Thomson v O'Connor* [2005] EWCA Civ 1533 e *Three Rivers DC v Bank of England* [2005] EWCA Civ 889.

¹⁵ Reperibili al seguente indirizzo *Internet*: <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/protocol>.

¹⁶ *Practice Direction – Pre-Action Conduct*, paragrafo 8(1), reperibile al seguente indirizzo *Internet*: http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/contents/practice_directions/pd_pre-action_conduct.

emettere ordinanze sui costi che rispecchiano una valutazione della condotta delle parti¹⁷, tenendo conto anche della loro conformità o meno alla procedura stabilita dal *Protocol on Pre-Action Conduct* e dunque anche di una eventuale irragionevole obiezione alla mediazione (v. *infra*, par. 1.3.2.2.).

Anche le innovazioni introdotte per la fase preprocessuale, insieme con i costi e la durata del processo giudiziario, nonché con gli altri vantaggi propri della ADR, hanno contribuito chiaramente alla ampia diffusione delle forme alternative di risoluzione delle dispute e ad una corrispondente diminuzione del numero di casi che giungono di fronte al giudice. È allora possibile affermare che “lo schema tripartito dei meccanismi per la risoluzione delle dispute (ADR, arbitrato e contenzioso giudiziario) è ora chiaramente stabilito e definito”¹⁸.

1.2.3. La transazione (settlement)

La *Part 36* delle *Civil Procedure Rules* disciplina la transazione (*settlement*), cioè la forma di composizione delle controversie più diffusa in Inghilterra. Un’offerta di transazione può essere proposta in qualsiasi momento, sia prima sia durante il processo ed anche in appello. Come detto, anche la parte ricorrente può proporre una soluzione transattiva. La transazione proposta dal convenuto comporta solitamente l’offerta di una somma di denaro per risolvere la disputa, mentre la transazione proposta dal ricorrente prevede di norma la proposta di accettare una somma di denaro dal convenuto. In questo caso, come nella mediazione (v. *infra*, par. 1.3.2.2), il rifiuto (irragionevole) di una proposta di transazione può comportare sanzioni importanti in sede di ripartizione dei costi dell’eventuale giudizio.

La proposta di transazione deve costituire un’autentica offerta volta a transigere, deve essere “*without prejudice except as to costs*”¹⁹ ed adempiere ai requisiti di forma e contenuto enumerati nella *Part 36*. La proposta può riguardare il ricorso nella sua totalità o una parte di esso, o anche solamente la questione della responsabilità (in modo che la questione del risarcimento venga decisa in un secondo momento) oppure domande riconvenzionali o avanzate da parti terze.

Una proposta di transazione richiede la forma scritta, ed il documento deve riportare espressamente l’intenzione di costituire una transazione ai fini della *Part 36*; esso deve chiarire se la proposta è relativa a tutte o a parte delle richieste del ricorrente, e riportare qualsiasi domanda riconvenzionale. La proposta deve altresì stabilire un periodo di tempo di validità dell’offerta di transigere, che non può essere inferiore ai 21 giorni. Se l’offerta viene accettata dal convenuto, il

¹⁷ *Rules* 44.3(4) e 44.5(3).

¹⁸ L. MISTELIS, *ADR in England and Wales: a successful case of public private partnership*, in *ADR Bulletin*, Vol. 6 No. 3, Article 6, reperibile al seguente indirizzo *Internet*: <http://epublications.bond.au/adr/vol6/iss3/6>.

¹⁹ Si v. *infra*, par. 4.1.

ricorrente ha automaticamente diritto al pagamento, in misura ragionevole, delle proprie spese legali²⁰.

L'accoglimento della proposta deve avere anch'essa la forma scritta e non necessita del previo permesso della corte, a patto che non si sia instaurato il procedimento giudiziario. L'accoglimento della proposta interrompe il procedimento; se avviene entro il termine prefissato dal proponente nell'offerta di transazione, il ricorrente ha diritto a ricevere dalla parte convenuta il pagamento delle spese da lui sostenute relativamente al contenzioso fino al momento dell'accoglimento della proposta transattiva.

La ripartizione delle spese non è agevole da preventivare, essendo lasciata in larga misura alla discrezionalità del giudice.

Se la proposta viene accolta dopo la scadenza del termine indicato, la ripartizione dei costi viene concordata tra le stesse parti oppure, in assenza di un accordo, determinata dalla corte, che comunque prevede una penale per la parte che ritarda nell'accoglimento. A questo punto, a meno che il giudice non disponga (eccezionalmente) in senso contrario, la parte ricorrente in giudizio ha comunque diritto al pagamento, da parte del convenuto, delle spese da lui sostenute fino al giorno della scadenza del termine indicato; per quanto riguarda le spese relative al periodo successivo al termine indicato, a rilevare non è più il ruolo rivestito dalle parti nel procedimento giudiziario, bensì quello svolto nel contesto della transazione: il proponente della transazione (che sia stato ricorrente o convenuto in sede di giudizio) ha diritto al rimborso delle proprie spese legali dal giorno della scadenza del periodo indicato nella proposta di transazione fino al giorno del suo accoglimento.

Il rifiuto di accogliere una proposta di transazione può comportare una serie di conseguenze a livello di spese a conclusione dell'eventuale giudizio. A rilevare sono la vittoria o meno dell'offerente e l'entità del risarcimento pecuniario eventualmente assegnatogli. Se il ricorrente in giudizio aveva anche proposto una transazione per una somma di denaro inferiore a quella pretesa in giudizio, e in sede di giudizio il giudice valuta la sua pretesa come equivalente alla somma originariamente pretesa o alla somma proposta in sede di transazione, allora la parte convenuta, soccombente, può essere tenuta a sostenere, oltre al risarcimento e le spese legali della controparte, anche una penale calcolata a partire dalla scadenza del periodo di validità della proposta di transazione; se, invece, il giudice valuta la pretesa del ricorrente come inferiore alla somma proposta per transigere, allora l'offerta di transazione non influisce sulla ripartizione delle spese. Parimenti, se, a vincere in giudizio, è la parte convenuta, la proposta di transazione non incide sulle spese ed il ricorrente, come da regola generale, deve sostenere le proprie spese legali e quelle del convenuto.

Nei casi in cui è la parte convenuta ad avanzare una proposta di transazione, se in sede di giudizio al ricorrente viene riconosciuto un ammontare superiore alla cifra offerta come transazione, la proposta di transazione non influisce sulla ripartizione delle spese. Se, invece, il giudice assegna

²⁰ *Rule 36.2.*

al ricorrente un risarcimento equivalente o inferiore alla somma offerta in transazione, il ricorrente può essere tenuto a sostenere le spese legali del convenuto relative al periodo successivo alla scadenza dell'offerta di transazione (oltre alle proprie), e se del caso penali a discrezione del giudice.

1.3. La mediazione

Sulla scorta di quanto si è venuti dicendo, emerge che l'Inghilterra conosce una forma di mediazione endogiudiziale, che avviene su incoraggiamento del giudice. I vantaggi propri della mediazione – tempi e costi assai più contenuti, e possibilità di mantenere il rapporto commerciale, di lavoro, familiare o di vicinato esistente prima della disputa – fanno sì che, attualmente, la mediazione sia la principale forma di ADR che prevede l'intervento di un terzo imparziale. Come osservano alcuni studiosi, la mediazione “è il nuovo *leitmotiv* nel settore del commercio nell'Europa occidentale e l'uso della mediazione è stato accolto e sostenuto dalle industrie nel loro complesso”²¹.

Ciò nonostante, il legislatore non ha ritenuto di dovere intervenire dettando una disciplina dettagliata della procedura, evidentemente confidando nella bontà delle soluzioni emerse nella prassi²². Questa reticenza, aggiunta al fatto che la mediazione in Inghilterra si è sviluppata in maniera asistemica, rende la disciplina della materia assai frammentaria. In un tale contesto, la giurisprudenza assume un ruolo fondamentale; per quanto riguarda la mediazione, la sentenza principale è quella sul caso *Halsey v Milton Keynes General NHS Trust*²³, resa dalla *Court of Appeal* nel 2004, che ha chiarito molti aspetti del rapporto tra mediazione e giudizio, stabilendo in particolare l'impossibilità di obbligare le parti alla mediazione.

1.3.1. Le caratteristiche fondamentali della mediazione

La mediazione consiste in un procedimento facilitativo in cui un terzo imparziale, il mediatore, facilita le negoziazioni tra le parti per aiutarle a giungere ad una composizione della controversia. Gli obiettivi del procedimento di mediazione sono la celerità, la economicità e la riservatezza. La mediazione non porta necessariamente ad un risultato giuridicamente vincolante e non deve

²¹ A. TWEEDDALE – K. TWEEDDALE, *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

²² L'unico intervento potenzialmente legislativo di cui si ha notizia, finora, è il disegno di legge intitolato *Arbitration and Mediation Services (Equality) Bill 2010-2012*; proposto per la prima volta nel giugno 2011, esso è decaduto a causa della proroga della sessione del Parlamento. È stato riproposto il 10 maggio 2012, ed ha essenzialmente l'obiettivo di estendere l'applicazione della normativa sull'uguaglianza anche ai servizi di arbitrato e mediazione; esso non contiene alcuna disciplina sugli aspetti “sostanziali” della mediazione. Il testo ed aggiornamenti relativi all'iter legislativo sono reperibili al seguente indirizzo Internet: <http://services.parliament.uk/bills/2012-13/arbitrationandmediationservicesequality.html>.

²³ [2004] EWCA Civ 576.

necessariamente rispecchiare né i diritti delle parti né l'esito al quale si giungerebbe in sede processuale. Infatti, la mediazione può avere un qualunque esito che le parti ritengano desiderabile (ad esempio, una dichiarazione di scuse, un rimborso che, secondo legge, non sarebbe necessario, una spiegazione, o un impegno ad intraprendere una determinata condotta in futuro). Infatti, “[l]’obiettivo della mediazione è di superare la mentalità ‘vittoria/sconfitta’”²⁴. Non esistono limitazioni legali alla tipologia di disputa che può essere risolta tramite mediazione; e questa non è limitata alle sole controversie bilaterali ma può essere impiegata anche nelle altre, come ad esempio nelle controversie di comunità.

Lo svolgimento del procedimento mediatorio (scelta del mediatore, durata e luogo della mediazione, modalità della stessa) si basa su un accordo preliminare tra le parti. È proprio la volontarietà che rende la mediazione così popolare ed efficace, e che le conferisce legittimità²⁵; naturalmente, però, se la mediazione è stata intrapresa su invito del giudice, l'accordo deve tener conto delle indicazioni che lo stesso ha fornito.

Il procedimento generalmente concordato è il seguente: le parti si riuniscono assieme al mediatore ed espongono brevemente le rispettive posizioni ed i fatti, presentando l'eventuale documentazione rilevante; dopodiché, le parti si recano in stanze separate ed il mediatore le visita a turno, per discutere in via privata le diverse questioni, e per comprendere così i principali punti controversi (c.d. *shuttle mediation*, mediazione “a navetta”); infine, il mediatore esplora, con ciascuna parte, le varie soluzioni possibili. Questa procedura può variare a seconda della volontà delle parti: ad esempio, esse possono essere riunite e consultate nella stessa stanza; oppure, il ruolo del mediatore può estendersi alla proposta di soluzioni conciliative (c.d. *evaluative mediation*, che si distingue dalla mediazione c.d. *facilitativa*, in cui il mediatore non ha tale potere di proposta). La durata complessiva della mediazione può essere anche di pochi giorni, e non supera comunque, neppure nei casi più difficili, i pochi mesi.

È pacifico che le parti contendenti possano essere accompagnate dai propri rappresentanti legali; i relativi costi sono, ovviamente, a loro carico.

Per le controversie che riguardano unicamente soggetti dell'ordinamento inglese (*id est*, non transfrontaliere), se una parte desidera tentare la mediazione ma il termine di decadenza del diritto di agire in giudizio è prossimo, le parti devono concordare di sospendere il periodo di decadenza oppure avviare un procedimento giudiziario e poi chiederne una sospensione, per tentare la mediazione. La normativa inglese prevede che il procedimento sospeso possa riprendere otto settimane dopo la fine della mediazione così iniziata; tale regola è stata applicata anche alle dispute transfrontaliere²⁶.

²⁴ A. TWEEDDALE – K. TWEEDDALE, cit.

²⁵ *Halsey*, cit.

²⁶ Sulla mediazione transfrontaliera, v. *infra*, par. 1.4.

La mediazione può essere esperita anche in occasione di procedimenti vertenti sul controllo giurisdizionale di atti (*judicial review*), come sancito da Lord Woolf nella sentenza *Cowl v Plymouth City Council*²⁷, pronunciata nella *Court of Appeal* nel 2001; poco dopo, nello stesso anno, il Governo inglese si è impegnato formalmente a valutare ed esperire la mediazione in tutti i casi opportuni, con il consenso della controparte, e, se del caso, avvalendosi di un servizio di valutazione indipendente per fissare il valore pecuniario della questione²⁸. Per tali mediazioni, la procedura è solitamente gestita da un c.d. comitato di mediazione (*mediation committee*), preposto allo scopo, composto da un mediatore professionista indipendente e da due rappresentanti delle parti. Il comitato è obbligato a procurarsi una sede, un supporto amministrativo ed una consulenza giuridica.

Nelle controversie di lavoro, la mediazione è un istituto il cui impiego è consolidato da tempo²⁹. Negli anni '60 del secolo scorso, si è riusciti a far incorporare clausole di risoluzione alternativa nei contratti collettivi, che rimandavano a tentativi di mediazione, denominati *conciliations*, gestiti dal Ministero del lavoro inglese e successivamente dall'*Advisory, Conciliation and Arbitration Service* (ACAS), che è tuttora il principale ente di risoluzione alternativa delle dispute di lavoro. In seguito, la sindacalizzazione dei lavoratori è diminuita, ma la *conciliation* è stata mantenuta per le controversie individuali. La procedura è, all'incirca, quella seguita in ambito commerciale, ad eccezione del fatto che è solitamente il lavoratore a far domanda di mediazione; se il datore di lavoro concorda, la mediazione ha inizio e, nel frattempo, per ogni problema, si adisce l'*Employment Tribunal*.

1.3.2. La non obbligatorietà della mediazione

L'ordinamento inglese attuale non prevede alcun obbligo espresso di mediare, in osservanza del principio generale secondo cui i procedimenti di risoluzione alternativa delle controversie traggono la propria legittimità dal consenso delle parti. Numerosi studi commissionati dal Governo britannico sottolineano la scarsa opportunità dell'introduzione di un obbligo alla mediazione nell'ordinamento³⁰, ma è innegabile che si sia manifestato un certo interesse per una forma di

²⁷ [2001] EWCA Civ 1792.

²⁸ *Annual Pledge Report 2007/08: Monitoring the effectiveness of the government's commitment to using alternative dispute resolution*, aprile 2009. Negli anni 2007-08, forme di ADR sono state utilizzate in 374 casi ed una transazione è stata raggiunta in 371; il risparmio complessivo è stato di £26.3 milioni.

²⁹ Già nel 1896 si aveva un ente predisposto allo scopo precipuo di assistere la risoluzione alternativa delle controversie in materia di lavoro.

³⁰ *Twisting Arms: court referred and court linked mediation under judicial pressure*, a cura di H. GENN (2007), cit., cui aderisce Lord Jackson nella *Preliminary Version* del *Review of Civil Litigation Costs*. D'altra parte, nemmeno Lord Woolf, nei progetti di riforma (v., *supra*, par. 1), aveva suggerito l'introduzione di un obbligo alla mediazione o di altra forma di ADR preventivamente all'azione in giudizio. Nel medesimo senso, si fanno valere alcune argomentazioni di ordine pratico: poiché la mediazione è un procedimento che si fonda sulla volontarietà delle parti, la mancanza del sostegno di una o persino di entrambe porterà assai probabilmente a risultati insoddisfacenti; l'uso della mediazione nei settembre 2012

mediazione obbligatoria in fase preprocessuale, senza contare che il potere dei giudici di rinviare le parti alla mediazione può avere una efficacia, in pratica, quasi vincolante, vista la possibilità per il giudice di condannare una parte che si comporta al riguardo in maniera irragionevole al pagamento di tutte le spese del giudizio o a parte delle stesse³¹.

1.3.2.1. Il caso Halsey

Nel caso *Shirayama Shokusan Company Ltd v Danovo Ltd*³², il giudice Blackburne della *High Court* – con una decisione certamente originale – aveva imposto la mediazione sulle parti. Per riportare chiarezza al riguardo, l'inesistenza dell'obbligo di mediare è stato successivamente chiarito in termini inequivoci nel caso *Halsey*, del 2004.

La sig.ra Halsey aveva presentato ricorso contro il *National Health Service* per il decesso di suo marito: ricoverato presso il *Milton Keynes General Hospital* ed alimentato per via endonasale, era deceduto in seguito all'infiltrazione di liquido alimentare nei suoi polmoni. Era insorta una controversia circa la sussistenza o meno di una condotta negligente del personale sanitario, ed era stata aperta un'inchiesta. I risultati dell'inchiesta non erano stati risolutivi, poiché i due medici esperti interpellati avevano fornito pareri contrastanti. I rappresentanti della ricorrente avevano chiesto il risarcimento dei danni ed avevano proposto di tentare la mediazione; tuttavia, il *Trust* di gestione dell'ospedale aveva negato ogni responsabilità e si era opposto alla mediazione. Nel processo, svoltosi nel giugno 2003, la richiesta della ricorrente era stata respinta. Gli avvocati della ricorrente avevano però chiesto che i costi fossero sostenuti dalla parte vittoriosa visto il loro rifiuto di mediare. Sia in primo grado sia in appello, anche questa richiesta era stata respinta. Ad avviso della *Court of Appeal*, la ricorrente non era stata in grado di dimostrare che il *Trust* avesse agito in maniera irragionevole nel rifiuto di tentare la mediazione.

Lord Dyson ha innanzi tutto affermato che “[è] una cosa incoraggiare le parti a tentare la mediazione – anche incoraggiarle nei termini più vigorosi. È ben altra, invece, ordinare loro di mediare. Ci sembra che imporre a parti autenticamente non desiderose un obbligo di mediare equivarrebbe all'imposizione di un ostacolo inaccettabile al loro diritto all'accesso ad una corte”.

casi non adatti (ad es., quelli in cui il rapporto tra le parti è deteriorato ed è necessaria l'imposizione, e non la ricerca, di una soluzione) provoca semplicemente una dilazione dei tempi e dei costi della controversia, costituendo solamente un ulteriore ostacolo da sormontare prima di poter agire in giudizio. Si veda anche la sentenza *Halsey* in cui la *Court of Appeal* si pronuncia in questi termini.

Può essere interessante, tuttavia, notare che nel marzo 2012 il Governo ha annunciato l'intenzione di rendere obbligatoria la valutazione dell'opportunità della mediazione nei casi di divorzio in cui si devono stabilire le condizioni della visita dei figli.

³¹ Il giudice, come accennato in precedenza, è peraltro soggetto a limitazioni: v. *Burchell v Bullard* [2005] EWCA Civ 358, in cui la Corte d'appello si è trovata a valutare (e sanzionare) il comportamento della parte che aveva disatteso l'invito della controparte a tentare una mediazione.

³² [2003] EWHC 3006.

I fattori presi in considerazione nel rigetto del ricorso sono stati i seguenti: anche se la questione non era intrinsecamente inidonea alla mediazione, il *Trust* aveva creduto di avere solidi argomenti difensivi contro il ricorso ed aveva motivi ragionevoli a sostegno della propria posizione; la corte di primo grado non aveva suggerito o rinviato alla mediazione in alcun momento del procedimento; vi erano motivi per ritenere che le offerte di mediazione avanzate dagli avvocati della ricorrente fossero manovre tattiche “in qualche modo strategiche”; l’opinione del *Trust* circa l’eccessività dei costi della mediazione, sproporzionati rispetto al valore della disputa ed al costo di un eventuale processo giurisdizionale poteva ragionevolmente essere presa in considerazione; i giudici ritenevano che la ricorrente non avesse dimostrato che la mediazione avrebbe avuto una ragionevole probabilità di successo.

Sulla scorta del principio posto nella sentenza *Halsey*, dunque, anche l’ordinanza di rinvio da parte del giudice non può mai consistere in un obbligo a mediare ma, al più, in un obbligo a considerare la fattibilità del procedimento. Il rifiuto deve essere sempre motivato e giustificato, ma non può comunque sfociare in un ordine alle parti ad impegnarsi in un procedimento mediatorio. Se, per un verso, la ragionevolezza o meno dipende dalle circostanze della singola fattispecie e dalla discrezionalità del giudice, per altro verso il caso *Halsey* ha delineato una serie di criteri che le corti non possono omettere di considerare nella valutazione del comportamento delle parti.

1.3.2.2. *Il potere del giudice di ripartire le spese del giudizio*

La facoltà (e, anzi, in base all’obbligo di perseguire l’obiettivo generale, anche il dovere, in certi casi) del giudice di richiedere alle parti, in qualsiasi momento del processo prima della decisione, di valutare l’opportunità della mediazione è affiancata dal potere di sanzionare un rifiuto irragionevole di tentare la mediazione attraverso l’imposizione del pagamento delle spese processuali, in tutto o in parte, alla parte che ha opposto il rifiuto irragionevolmente, anche se poi risulti vittoriosa nel processo. Questa sanzione può essere imposta anche se una delle parti si è comportata in maniera irragionevole nel corso della mediazione³³.

I tentativi di transazione o mediazione avvenuti prima di intentare un procedimento non possono essere presi in considerazione nella ripartizione delle spese processuali³⁴. Pertanto, il comportamento anche irragionevole di una delle parti in un tale contesto non rileva ai fini della ripartizione delle spese nell’eventuale giudizio.

Nella sentenza sul caso *Dunnett v Railtrack plc*³⁵, il convenuto era risultato vittorioso in primo grado ed anche in appello, ma aveva disatteso la raccomandazione di tentare la mediazione prima

³³ *Earl of Malmesbury v Strutt & Parker*, [2008] EWHC 424 (QB).

³⁴ N. ANDREWS, *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie in Inghilterra*, in V. VARANO, *L’altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 2007, che cita *McGlinn v Waltham Contractors* [2005] EWHC 1419 (TCC).

³⁵ [2002] 1 WLR 2434.

dell'inizio del processo in secondo grado. Per questo rifiuto, ritenuto irragionevole dal giudice della *Court of Appeal*, il convenuto non è rimasto indenne dal pagamento delle spese processuali. La corte ha stabilito che i criteri da valutare in tali casi sono “la natura della causa [potrebbe esservi una questione di diritto la cui risoluzione in via giudiziale è necessaria]; il merito della controversia; il fatto che siano già stati compiuti altri tentativi [stragiudiziali] di raggiungere un accordo; se il costo dell'ADR è spropositatamente elevato; se i tempi necessari per attivare e completare la procedura alternativa possono provocare un qualche pregiudizio; e se un eventuale tentativo di mediazione presenta ragionevoli probabilità di successo”. L'ultimo criterio non si traduce, come è chiaro, nella necessità di dimostrare che la mediazione, se posta in essere, avrebbe effettivamente avuto un esito positivo, ma semplicemente che vi era una ragionevole probabilità di successo. Se la parte vittoriosa ha rifiutato la mediazione ignorando l'incoraggiamento della corte, ciò è da valutare: più forte è l'incoraggiamento, più facile per la parte soccombente sarà dimostrare che il rifiuto era irragionevole.

La prassi seguita dal giudice in una tale valutazione è essenzialmente quella delineata dal giudice Ungley del *Central London County Court*, da cui il nome dell'ordinanza relativa (*Ungley order*). L'approccio, approvato dalla *Court of Appeal* nel caso *Halsey*, prevede che “le parti devono, entro una data precisata, valutare se il caso è idoneo alla risoluzione mediante ADR. Se una qualsiasi delle parti ritiene che il caso sia inidoneo alla risoluzione alternativa, quella parte deve essere pronta a giustificare la propria decisione alla conclusione del processo, qualora il giudice dovesse ritenere che un tale mezzo di risoluzione fosse invece opportuno, in sede di valutazione della ripartizione delle spese. La parte che ritiene il caso inidoneo alla risoluzione mediante ADR deve, non meno di ventotto giorni prima dell'inizio del processo giurisdizionale, depositare presso la corte una memoria *without prejudice except as to costs* [destinata, cioè, ad avere effetti sull'esito dell'eventuale giudizio solo per ciò che attiene alla liquidazione delle spese: v. *infra*, par. 4.1], fornendo le motivazioni in base a cui ha ritenuto che il caso fosse inidoneo [all'ADR]”³⁶.

La *Court of Appeal* ha riconosciuto che l'imposizione delle spese sulla parte vittoriosa costituisce una deroga dalla regola secondo cui è la parte soccombente a dover sostenere tutte le spese del procedimento³⁷: “il principio fondamentale è che una tale deroga non è giustificata a meno che non venga dimostrato (con l'onere della prova che grava sulla parte che intenda farne beneficio nella ripartizione delle spese³⁸) che la parte vittoriosa abbia agito in modo irragionevole nel rifiuto di accordarsi per tentare una forma di ADR”. L'onere della prova che deve essere superato consiste nella dimostrazione che la mediazione avrebbe avuto una ragionevole probabilità di successo se la

³⁶ *Halsey*, cit.

³⁷ *Rule 44.3(2)*, *Civil Procedure Rules*. La *Rule 44.3(5)* permette al giudice di variare la ripartizione dei costi, tenendo conto del comportamento delle parti prima e durante il procedimento, compresi i tentativi di risolvere la controversia e del loro aver seguito fedelmente qualsiasi *Pre-Action Protocol*.

³⁸ *Reed Executive plc and another v. Reed Business Information Ltd and others*) [2004] EWCA Civ 887).

controparte vi avesse partecipato con spirito cooperativo; un onere, dunque, che risulta assai difficile da soddisfare in pratica.

1.3.2.3. *Le clausole contrattuali c.d. “multi-livello”*

La maggior parte dei contratti commerciali contiene una clausola che impone l'uso di una forma alternativa di risoluzione delle eventuali controversie. La clausola può prevedere solo una forma, ovvero porre diversi livelli di composizione, prevedendo anche forme più vincolanti, come l'arbitrato, prima della sede giudiziaria. Tali ultime clausole, denominate *multi-tier clauses*, solitamente prevedono una prima fase di negoziazioni tra i rappresentanti delle imprese; al fallimento di queste, si procede alla mediazione (o ad altra forma di ADR); se anche questa non giunge a buon esito, allora le parti si recano in giudizio o dinanzi ad un arbitro.

Nella sentenza *Cable & Wireless plc v IBM United Kingdom Limited*³⁹, la *High Court* ha stabilito che una tale clausola, che nella specie provvedeva una prima fase negoziale ed una seconda di mediazione prima del processo giudiziario, fosse vincolante; non è pertanto legittimo per una parte, vincolata da una clausola contrattuale di questo genere, agire – ad esempio – immediatamente in giudizio, eludendo le altre fasi previste. La *High Court* ha precisato che tale vincolo contrattuale non è da ritenersi efficace in assoluto, di talché possono esistere casi in cui un'applicazione della clausola contrattuale non sarebbe giustificata: si pensi, ad esempio, all'inutilità del ricorso all'ADR quando i rapporti tra le parti siano pessimi e le probabilità che la mediazione giunga a buon fine siano minime.

1.3.2.4. *I progetti di mediazione c.d. court-annexed*

La diffusione della mediazione ha ricevuto ulteriore impulso dalla sperimentazione, tuttora in corso, di numerosi progetti di mediazione offerti dalle stesse corti. Il primo di questi era stato posto in essere nel 1996 da parte del *Central London County Court*⁴⁰: si operava un rinvio automatico per la valutazione delle possibilità di una mediazione nei casi giunti alla corte non appena veniva depositata la difesa della parte convenuta (*Automatic Referral to Mediation Scheme*). In origine, si intendeva selezionare a campione cento casi ed imporre la mediazione alle relative parti, prima di agire (eventualmente) in giudizio. Non sarebbe stato possibile sottrarsi all'obbligo in assenza di motivi giustificati e ragionevoli; in assenza di questi, la corte poteva rifiutare di decidere il caso oppure imporre sanzioni pecuniarie sulla parte che aveva opposto il rifiuto⁴¹. Tuttavia, tale obbligatorietà, fortemente criticata da studiosi ed anche dalla commissione incaricata dal Governo

³⁹ [2002] EWHC 2059 (Comm).

⁴⁰ Iniziative simili si sono avute a Birmingham, Exeter, Guildford e nel Galles meridionale.

⁴¹ R. DRUMMOND, *Court-Annexed Mediation in England: Foundations for an independent and enduring partnership*, novembre 2005, reperibile al seguente indirizzo Internet: <http://ssrn.com/abstract=962122>.

britannico di valutare lo *scheme*⁴², è stata portata a termine poche settimane dopo la stessa inaugurazione in seguito alla sentenza sul caso *Halsey* (v. *supra*, par. 1.3.1.).

Più di recente, nell'aprile 2012, è stato inaugurato il *Court of Appeal pilot mediation scheme*, gestito dal *Centre for Effective Dispute Resolution* (il quale è, come si vedrà, uno dei principali centri di mediazione in Inghilterra). Secondo tale *scheme*, per i casi in materia di infortuni o di condotta negligente del personale medico o per inadempimento contrattuale si raccomanda automaticamente la mediazione, a meno che i giudici non dispongano il contrario. Risulta, dunque, anche qui centrale la volontarietà delle parti, ma il peso dell'“incoraggiamento” giudiziale, proprio in ragione dell'esistenza del programma, è tale per cui difficilmente si potrebbe giustificare come ragionevole un rifiuto di mediare. Lo *scheme* potrebbe essere esteso a tutto il sistema giudiziario inglese, qualora le valutazioni della sperimentazione risultassero positive.

In materia, sono da segnalare anche il *District Registry* e la *County Court* della città di Manchester, corti di primo grado in cui si sta collaudando un programma in base al quale il giudice può ordinare alle parti ed ai loro rappresentanti di partecipare ad un incontro congiunto di transazione (*joint settlement meeting*); qualsiasi opposizione all'ordinanza deve essere motivata e giustificata. Tale facoltà è limitata ai casi di *negligence* medica di valore pecuniario eccedente le £ 100.000. L'estensione o meno del programma al resto del paese dipenderà dal suo successo, da verificare sulla base dei moduli di resoconto che ogni partecipante è obbligato a compilare a conclusione del procedimento.

Dal 2007-2008, il rinvio alla valutazione dell'opportunità della mediazione è automatica anche nei casi di limitato valore pecuniario (*small claims*, cioè sotto le £ 5.000 – prima del febbraio 2012: sotto le £ 10.000). Ogni distretto giudiziario (*court area*) dispone di un mediatore, che contatta telefonicamente i ricorrenti in giudizio. Se entrambe le parti sono d'accordo, si può tentare la mediazione, che può avvenire di persona in un'aula non-giudiziaria della corte oppure anche per telefono.

Nei casi di valore pecuniario maggiore, le parti possono rivolgersi al *National Mediation Helpline*, che organizza procedimenti presieduti da collegi di mediatori accreditati dal *Civil Mediation Council*, con tariffe fisse⁴³.

1.4. La direttiva 2008/52/CE, relativa a determinati aspetti della mediazione

Il Ministero della giustizia ha ritenuto che l'assetto normativo inglese attuale fosse compatibile con la maggior parte delle disposizioni della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale a disciplina delle mediazioni transfrontaliere. Il Governo britannico ha affermato di

⁴² Le cui conclusioni sono state pubblicate nella relazione intitolata *Twisting Arms: court referred and court linked mediation under judicial pressure*, cit. (nota 13).

⁴³ V. *infra*, par. 3.

voler introdurre soltanto le modifiche minime necessarie, con previsioni specifiche e non con una formazione di ordine generale, onde evitare di creare incertezza nel diritto (si è detto che sarebbe stato molto difficile stabilire in maniera inequivocabile quali leggi o provvedimenti sarebbero stati modificati per mezzo di una disciplina di carattere generale). Sono state pertanto apportate modifiche minori al diritto nazionale, per trasporre le disposizioni europee sull'esecutività dell'accordo frutto della mediazione e taluni aspetti relativi alla riservatezza (modifiche alla *Part 78* delle *Civil Procedure Rules*), e per trasporre (attraverso l'emissione di apposite *Regulations*⁴⁴) quelle relative alle norme sulla riservatezza e sulla sospensione del periodo di decadenza per tutta la durata della mediazione.

L'ampiezza della portata della direttiva sulla riservatezza e sui periodi di decadenza fa sì che tali disposizioni si applichino anche nei casi che nascono come nazionali, ma che poi assumono aspetti internazionali, ad esempio al momento del procedimento giudiziario, se una delle parti trasferisce la propria residenza o il proprio domicilio all'estero successivamente ad un tentativo fallito di mediazione⁴⁵.

Le norme della direttiva che hanno posto maggiori problemi sono state quelle sulla sospensione, soggetta a determinate condizioni, del periodo di decadenza per tutta la durata della mediazione, concepite nell'ottica di non ostacolare, in prospettiva, il diritto di accesso al giudice. In sede di recepimento, si è stabilito che, per i periodi di decadenza equivalenti a sei mesi o più, il termine di decadenza viene sospeso fino a otto settimane dopo la conclusione della mediazione; i periodi di decadenza inferiori ai sei mesi vengono ridotti in misura proporzionale. Se la mediazione dovesse fallire, le parti possono comunque tranquillamente agire in giudizio (o ricorrere all'arbitrato)⁴⁶.

Tuttavia, tali disposizioni si applicano solamente alle controversie disciplinate dalla direttiva, e quindi sono escluse le mediazioni esclusivamente interne.

⁴⁴ *The Cross-Border Mediation (EU Directive) Regulations 2011*, SI 2011/1133.

⁴⁵ La norma sulla definizione dell'applicazione della direttiva è stata criticata in quanto eccessivamente vaga, poiché non vi è alcuna indicazione circa la modalità di determinare l'effettivo momento del raggiungimento dell'accordo sul tentare la mediazione: potrebbe esservi un accordo in linea di principio all'inizio della controversia, che sarà formalizzato solamente con la nomina del mediatore, oppure i diversi ordinamenti applicabili alle parti potrebbero contenere disposizioni diverse per determinare una tale data.

La nuova *Rule 78.24* stabilisce che, se tutte le parti di un accordo di mediazione sono del parere di conferire forza vincolante allo stesso accordo, esse possono richiedere alla corte un'ordinanza per rendere l'accordo esecutivo (*mediation settlement enforcement order* e, nei casi di diritto familiare, *consent order*); ai sensi della direttiva, tale ordinanza sarà riconosciuta ed avrà forza esecutiva in tutta l'Unione europea. Per quanto riguarda la normativa sulla riservatezza, il recepimento della direttiva si è tradotto in un rafforzamento delle previsioni già presenti nel diritto inglese.

⁴⁶ La disciplina è il frutto delle modifiche al *Limitation Act 1980*, al *Foreign Limitation Periods Act 1984* ed al *Prescription Act 1832*.

1.5. La mediazione e l'articolo 6 CEDU

L'accesso non ostacolato ad un giudice è un diritto fondamentale riconosciuto (anche) dal *common law*⁴⁷. In Inghilterra, l'emanazione dello *Human Rights Act 1998* ha dato ulteriore impulso alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, trasponendo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento inglese. Anche nel sistema inglese si sono sollevate questioni circa l'opportunità della mediazione preprocessuale alla luce della garanzia approntata dall'articolo 6, comma 1, della Convenzione⁴⁸.

Il caso *Halsey* risulta fondamentale anche in questo contesto, confermando l'insussistenza dell'obbligo di mediare. Nel paragrafo 9 della sentenza, *Lord Justice Dyson*, nel negare la possibilità, per la corte, di imporre la mediazione alle parti, ha ricordato che “la Corte di Strasburgo ha affermato, con riguardo all'articolo 6 della CEDU, che il diritto di accesso alla corte può essere sospeso, ad esempio per mezzo di un accordo per tentare l'arbitrato prima di agire in giudizio, ma tale sospensione deve essere sottoposta ad un ‘controllo particolarmente attento’, onde assicurare che il richiedente non sia soggetto a ‘limitazione’⁴⁹. Se questo è l'approccio della Corte EDU ad un *accordo* sull'arbitrato, [...] sembra probabile che un obbligo alla risoluzione alternativa delle controversie sarà ritenuto alla stregua di una limitazione inaccettabile del diritto di accesso alla corte e, dunque, una violazione dell'articolo 6. Anche se (contrariamente alla nostra opinione) la corte dovesse avere il potere di disporre che le parti contrarie si rivolgano comunque alla mediazione, [...] risulta estremamente difficile percepire le circostanze nelle quali sarebbe opportuno esercitarlo”.

2. I modi alternativi di risoluzione delle controversie e le competenze giuridiche dei soggetti coinvolti

Il settore della fornitura di servizi di mediazione gode, da sempre, della pressoché assoluta libertà di autoregolamentazione da parte di soggetti essenzialmente esterni all'apparato statale⁵⁰, anche per quanto riguarda questioni fondamentali quali la formazione e la certificazione dei

⁴⁷ *Secretary of State for the Home Department, Ex parte Simms* [2000] A.C. 115; *R v Secretary of State for the Home Department; Ex parte Leech (No2)* [1994] QB 198.

⁴⁸ Infatti, la mediazione può risentire delle forze contrattuali diseguali delle parti; inoltre, in Inghilterra, la terzietà ed imparzialità del mediatore non sono garantite per legge, ma sono affidate “semplicemente” ai codici di condotta dell'agenzia di mediazione (senza contare che non è nemmeno obbligatorio conseguire una qualifica specifica per poter agire come mediatore: v. *infra*, par. 1.3.).

⁴⁹ Si veda il caso di *Deweer c. Belgio* (1980) 2 EHRR 439, par. 49.

⁵⁰ Si ripropone il “sistema di *partnership* pubblico-privato che ha riscosso il maggior successo nei recenti Governi del Regno Unito. Ciò che è stato tradizionalmente un servizio pubblico [la risoluzione delle dispute] è ora offerto e svolto da fornitori privati”: L. MISTELIS, *ADR in England and Wales: a successful case of public private partnership*, cit.

mediatori. Assenti sono, come detto (par. 1), interventi legislativi in materia, avendo il legislatore ritenuto sufficienti ed adeguate le misure adottate dagli operatori del settore nel corso dei decenni in risposta alle singole esigenze emerse di volta in volta. Ciò ha portato alla perpetuazione di un assetto essenzialmente asistemico ed altamente frammentario, contrassegnato dalla mera “opportunità”, più che dalla “obbligatorietà” di ottenere qualifiche e certificazioni. Anche se esiste un ente “riconosciuto”, il *Civil Mediation Council*, non è obbligatorio iscriversi ad esso per svolgere il ruolo di mediatore. Addirittura, non consta alcun obbligo formale di formazione e certificazione.

L’assetto inglese è raffigurabile come una piramide, con al vertice un numero non precisato di enti di accreditamento, ciascuno dei quali formula ed applica i propri parametri per l’accreditamento. L’autorevolezza dei singoli enti dipende dalla loro reputazione “nella pratica” e/o dall’esistenza o meno di legami con il Governo britannico. Tali enti tendono a “specializzarsi” in un particolare tipo di controversia, come ad esempio nelle dispute familiari, commerciali o commerciali marittime. Sotto gli enti di accreditamento si pongono le agenzie di fornitura di servizi di mediazione; alla base della piramide abbiamo invece i singoli mediatori.

In genere, l’accreditamento dal vertice viene concesso alle agenzie di fornitura⁵¹, cui viene conferito il compito di formare e certificare i singoli mediatori secondo gli *standards* formulati dagli enti di vertice, e di fungere da intermediario tra parti e mediatori. Tuttavia, alcuni enti possono anche accreditare direttamente i singoli mediatori.

È quindi in base agli *standards* imposti dagli enti di accreditamento che si possono ricostruire i requisiti relativi al conseguimento della qualifica di mediatore. Di seguito, si prenderanno in esame le regole adottate dal principale ente di accreditamento, il *Civil Mediation Council*, l’unico ente nazionale “riconosciuto”⁵² e che rappresenta e promuove la mediazione in materia civile e commerciale.

2.1. I mediatori o conciliatori

Il mediatore è nominato di comune accordo dalle parti e trova, nel testo dell’accordo di nomina, la cornice entro la quale deve operare. Egli agisce tuttavia come un soggetto terzo indipendente ed imparziale, che incoraggia le parti a comunicare e ad esplorare la possibilità di raggiungere un accordo comune. Molti mediatori sono accreditati, ma, come si è visto, non esiste alcun effettivo obbligo formale in tal senso.

Il *Civil Mediation Council* gestisce un sistema di accreditamento per i fornitori di mediazione civile e commerciale, ma non per i singoli mediatori; il sistema si basa fundamentalmente, dunque,

⁵¹ Queste istituzioni sono private ed assumono spesso la forma di enti di beneficenza (*charities*) o di organizzazioni prive di scopo di lucro (*non profit*). Tra tali enti si possono annoverare, ad esempio, il *Centre for Effective Dispute Resolution* (in particolare il suo dipartimento *CEDR Solve*) ed il *Maritime Solicitors Mediation Service*.

⁵² Il suo *Board of Members* include un membro del Ministero della giustizia e uno del Ministero del commercio; i vertici di tali ministeri possono essere membri del *Council*.

sulla certificazione garantita dalle singole agenzie di mediazione civile e commerciale⁵³, anche se le linee-guida del *Council* includono, tra l'altro, una serie di criteri per l'adeguatezza della formazione e del comportamento professionale dei mediatori. I singoli mediatori così approvati sono annoverati nella *Civil Mediation Directory*, un elenco gestito dal Ministero della giustizia. L'uso di mediatori elencati nella *Directory* prevede una tariffa fissa (v. *infra*, par. 3.). Il *Council* è finanziato principalmente dalle quote di associazione richieste ai propri iscritti, ma è in grado di accettare donazioni o regalie non sottoposte a vincolo⁵⁴.

Le linee-guida, allegate al modulo di richiesta di adesione al *Civil Mediation Council*, dispongono altresì che le “caratteristiche esigibili da un fornitore di mediazione competente” siano tali da “generare fiducia, efficienza e professionalità, e [da rafforzare] la sua neutralità e competenza [...] (6) Un Fornitore di Mediazione Accreditato ha la responsabilità di accertare che i propri membri abbiano completato con successo un corso di formazione alla mediazione riconosciuto e corredato da una valutazione. Il *Civil Mediation Council* gestisce un elenco di fornitori di mediazione accreditati e suggerisce che, a tal fine, sia sufficiente la presa visione di un tale certificato in possesso del fornitore”⁵⁵.

2.1.1. La formazione del mediatore

Le linee-guida impongono che i mediatori di un “Fornitore di Mediazione Accreditato” debbano sostenere un corso di formazione comprensivo di valutazione finale; il corso, che deve essere organizzato da un fornitore accreditato, deve includere le materie di etica, teoria della mediazione, pratica della mediazione, negoziazione ed esercizi pratici⁵⁶.

⁵³ “Il fornitore continua ad avere la responsabilità di assicurare che il singolo mediatore sia adeguatamente formato, supervisionato e selezionato, e che abbia adempiuto alle relative condizioni pratiche e formative”: *Civil Mediation Council Provider Accreditation Scheme – Guidance Notes*, par. ii. Tale assetto non contrasta con la direttiva europea sulla mediazione transfrontaliera, poiché l'articolo 4 della stessa, che riguarda la formazione dei mediatori, prevede un impegno solamente su base volontaria, e non obbligatoria, per gli Stati.

⁵⁴ Par. 28 e 29 della *Constitution* del *Council*.

⁵⁵ Par. 6, *Guidance Notes*.

⁵⁶ Par. 6 (1) e (2), *Guidance Notes*. Le *Notes* forniscono ulteriori dettagli sulla modalità di svolgimento dei corsi di formazione: “(5) Per i mediatori che frequentino un corso di formazione nella mediazione dal 1° aprile 2011 in poi, il corso e la relativa valutazione devono adempiere alle seguenti condizioni: (i) I valutatori devono soddisfare i requisiti del Sistema di Accreditamento del *Civil Mediation Council* in materia di formazione, osservazione, e condizioni di pratica professionale e di sviluppo professionale continuativo. I valutatori non possono essere gli stessi individui che curano la formazione. (ii) La formazione deve includere almeno una fase distinta di valutazione, della durata di almeno un'ora, se la valutazione si svolge in un unico momento, ed almeno due valutazioni distinte della durata di almeno un'ora nei casi in cui la valutazione avviene in giorni diversi. (iii) I criteri di valutazione devono includere almeno le condizioni seguenti: (a) il candidato mediatore deve essere in grado di scegliere un ambiente adeguato e sicuro che possa essere favorevole all'identificazione di una soluzione; (b) il candidato deve essere in grado di articolare il ruolo del mediatore in maniera completa ed idonea; (c) il candidato deve evidenziare i principi di riservatezza, neutralità e di facilitazione; (d) il candidato deve essere in grado di creare un rapporto di fiducia ed un adeguato rapporto settembre 2012

I mediatori non devono aver conseguito una qualifica in materie giuridiche, ma, nel settore civile-commerciale, è necessario avere una conoscenza basilare del diritto dei contratti⁵⁷. In pratica, molti mediatori (specie se in materia commerciale) sono o sono stati professionisti del diritto, ovvero *barristers*, *solicitors* o anche giudici⁵⁸.

2.1.2. La condotta del mediatore

Per quanto riguarda il comportamento dei singoli mediatori, il *Council* affida tale responsabilità ai codici di condotta (*Codes of Conduct*), emessi dalle agenzie di fornitura; sono questi documenti, dunque, a contenere ed imporre ai mediatori i principi di terzietà ed indipendenza. Lo stesso accreditamento delle agenzie dipende dalla adozione e dall'attuazione di un testo adeguato da far seguire ai propri iscritti. Nel 2004, il *Civil Mediation Council* ha adottato il Codice di Condotta per Mediatori dell'UE e si presuppone che lo stesso Codice, o un Codice di rigore equivalente, venga sottoscritto da un fornitore di mediazione accreditato⁵⁹.

Il Codice di Condotta del più grande fornitore di servizi di mediazione, il *Centre for Effective Dispute Resolution*, prevede che il mediatore o “parte neutrale” deve “in ogni momento agire, e sforzarsi di apparire di agire, in maniera equa, indipendente e completamente imparziale nei confronti dei litiganti, senza alcuna parzialità a favore di, o discriminazione contro, qualsiasi delle parti”; egli deve, inoltre, “assicurarsi che le parti ed i loro rappresentanti abbiano tutti occasioni adeguate per essere coinvolti nel procedimento”. Il mediatore deve altresì “informare le parti di qualsiasi questione di cui [sia] o venga a conoscenza e che potrebbe essere considerata come consistente in, o dante luogo a, un conflitto di interessi (apparente, potenziale o reale) con riguardo

interpersonale; (e) deve far uso delle capacità necessarie per esplorare le questioni, gli interessi e le possibili soluzioni rilevanti; (f) il candidato deve dimostrare l'abilità di gestire il rapporto tra le parti e di rendere chiaro il procedimento; (g) il candidato deve dimostrare l'abilità di avanzare verso la risoluzione attraverso la negoziazione e la capacità di comunicazione; (h) il candidato deve dare giusta considerazione alle questioni etiche che possono insorgere. (iv) Il corso di formazione deve comprendere non meno di quaranta (40) ore di insegnamento personale e di esercizi pratici seguiti da una valutazione formale. (v) Il corso di formazione deve includere non meno del 50% di esercizi pratici, di cui il 50% deve essere supervisionato. (vi) La classe non dovrebbe eccedere il numero di quaranta (40) candidati.

⁵⁷ Par. 6 (3), *Guidance Notes*: “[s]e il mediatore non ha conseguito una qualifica professionale in una disciplina che comprende il diritto, il mediatore deve dimostrare di avere una conoscenza basilare del diritto dei contratti se desidera mediare in materia civile o commerciale”.

L'assenza di una qualificazione giuridica particolare non può sorprendere, soprattutto se si considera che neppure per la nomina alla carica di *magistrate* (giudice a tempo parziale, che decide casi penali di minore importanza, quali ad esempio furti e danni di lieve entità ed infrazioni stradali) si richiede il possesso di una qualificazione giuridica, ma semplicemente il completamento di un corso di formazione della durata di ventisei giorni. Di contro, per le altre cariche giudiziarie (“maggiori”), è solitamente necessario avere una qualifica giuridica, insieme con almeno cinque o sette anni di esperienza professionale.

⁵⁸ N. ANDREWS, *La 'doppia elica' della giustizia civile*, cit.

⁵⁹ Par. 7(b), *Guidance Notes*.

alla controversia; avendo fatto ciò, non agirà o non continuerà ad agire come parte neutrale nella controversia a meno che le parti non riconoscano espressamente tale informazione e si accordino sulla prosecuzione del ruolo della parte neutrale nel procedimento”⁶⁰.

Il mediatore non può “agire per una delle parti individualmente, con riguardo alla controversia, né durante lo svolgimento della sua funzione di mediatore né in qualsiasi momento successivo, senza il consenso scritto di tutte le parti”. Il divieto si estende anche ai familiari prossimi del mediatore ed ai membri della sua attività commerciale⁶¹.

2.2. La “privatizzazione” della procedura di mediazione

In base a quanto si è sin qui visto, deve constatarsi come, nell’esperienza inglese, prevalga nettamente un orientamento verso la “privatizzazione” della procedura di mediazione. Anche se nella redazione dell’accordo che istituisce la procedura di mediazione devono essere rispettate alcune “condizioni” a garanzia della qualità della procedura, la selezione del mediatore e le modalità procedurali sono rimesse all’autonomia delle parti, svincolata da qualsiasi controllo pubblico. Questioni fondamentali, quali l’imparzialità e l’indipendenza del mediatore, sono rimesse ai codici di condotta stabiliti dai singoli enti di accreditamento o agenzie. Questo assetto, tuttavia, può rendere più concreto il pericolo che possa prevalere la legge del “più forte” e che possano essere elusi i principi che debbono caratterizzare il rimedio della mediazione, ovvero la “*fairness*” della procedura.

3. Gli oneri finanziari connessi al ricorso ai modi alternativi di risoluzione delle controversie

Gli oneri finanziari connessi alla mediazione sono generalmente sostenuti in ugual misura dalle parti. I costi comprendono il corrispettivo spettante al mediatore (il costo dei suoi servizi e le eventuali spese di trasporto), l’eventuale fitto per il luogo “neutro” in cui si svolge la mediazione, le spese per la produzione della relativa documentazione. Se le parti scelgono di avvalersi della rappresentanza di un legale, le parti sono responsabili per il pagamento della tariffa dei propri avvocati difensori per i lavori preparatori alla mediazione e per la stessa rappresentanza. Comunque, la suddivisione dei costi del procedimento di mediazione è stabilita nell’accordo

⁶⁰ Par. 4.4, *Code of Conduct*, in cui si precisa ulteriormente che le questioni che possono dar luogo ad un conflitto di interessi possono essere, ad esempio: “qualsiasi rapporto personale o commerciale con una delle parti; un interesse economico o di altra natura nel risultato della mediazione; l’aver agito (in qualità personale, o per mezzo dell’attività commerciale della parte neutrale) in una qualità ulteriore rispetto a quella di parte neutrale in un altro procedimento per una qualsiasi delle parti; essere in possesso di informazioni riservate su una delle parti o sulla materia della controversia (ad esclusione di materiale riservato consegnato alla parte neutrale da una delle parti nel corso della sua attività per la controversia in corso); qualsiasi questione relativa ad un familiare prossimo della parte neutrale”.

⁶¹ Par. 4.4. *Code of Conduct*.

preliminare e le parti possono accordarsi per una ripartizione non equa. Spesso, nelle mediazioni tra grandi aziende e consumatori, le aziende offrono di sostenere tutte le spese della mediazione al fine di incoraggiarne l'uso.

I sistemi di mediazione c.d. *court-annexed* offerte dalle corti (v. *supra*, par. 1.3.2.4.) sono gratuiti e richiedono solamente il versamento della tariffa giornaliera per l'uso della corte (*court fee*), in genere dell'ammontare di circa £ 100.

L'uso dei mediatori elencati nel *Civil Mediation Directory* prevede tariffe fisse in base alla durata richiesta per la mediazione e del valore della questione⁶². Anche in questo caso, è possibile ridurre ulteriormente i costi scegliendo la mediazione telefonica.

I procedimenti svolti mediante l'*Advisory, Conciliation and Arbitration Service* sono solitamente finanziati dal Governo e gratuiti per i privati, a meno che non si prospetti una risoluzione giudiziaria dinanzi all'*Employment Tribunal*.

Coloro che hanno diritto a ricevere il patrocinio legale gratuito da parte dello Stato possono, per quanto riguarda la mediazione, rivolgersi a *LawWorks*, una *Charity* che fornisce gratuitamente servizi di mediazione.

Da ricordare è che il sistema inglese prevede un onere importante collegato ai tentativi di mediazione: se una parte rifiuta irragionevolmente di mediare, nel corso dell'eventuale procedimento giudiziale, il giudice può imporle il pagamento di tutte o parte delle spese processuali, comprese quelle per la mediazione, anche se è risultata vittoriosa in giudizio. Ciò ha suscitato non poche critiche in dottrina: ad esempio, se la mediazione non risolve la controversia, allora contribuisce a far lievitare i costi già notevoli del processo giudiziario⁶³; inoltre, proprio questa considerazione crea una indebita pressione sulle parti affinché giungano ad un accordo a seguito di mediazione.

4. Gli effetti del mancato accordo

Nulla nell'ordinamento inglese impedisce che le parti di una controversia intraprendano o riprendano un procedimento giudiziario, se il tentativo di mediazione o conciliazione non è andato a buon fine. Il giudice ha soltanto l'obbligo di far considerare alle parti l'opportunità della mediazione, e non di farle giungere ad una mediazione.

⁶² Se la questione è di valore inferiore alle £ 5.000, ciascuna parte versa £ 50 più IVA per un'ora di mediazione (e £ 100 più IVA per due ore). Per le questioni di valore compreso tra £ 5.000 e £ 15.000, la mediazione offerta è della durata di tre ore e la tariffa è di £ 300 più IVA per ciascuna parte coinvolta; per le questioni di valore compreso tra £ 15.000 e £ 50.000, la mediazione dura quattro ore e ciascuna delle parti deve versare £ 425 più IVA. Se il valore eccede le £ 50.000, la tariffa viene concordata di volta in volta con l'agenzia che fornisce il servizio di mediazione.

⁶³ Ad esempio, nel caso *Burchell v Bullard and others* ([2005] EWCA Civ 358), la condanna del convenuto ha comportato il pagamento dell'attore di £ 5.000, ma le spese processuali erano dell'ammontare di £ 185.000.

Il giudice, tra l'altro, non può valutare i motivi della mancata mediazione, in virtù del principio della riservatezza della mediazione, a meno che le parti non abbiano concordato di limitare in qualche modo la sfera di applicazione del *privilege*.

In linea di principio, tutti i documenti e le discussioni relative al procedimento di mediazione sono riservati e non possono essere adottati come prova nel corso di un eventuale processo giurisdizionale. In genere, l'accordo che disciplina le modalità di svolgimento della mediazione contiene una clausola espressa sulla riservatezza. In ogni caso, come tutti i documenti o comunicazioni relativi ad incontri condotti allo scopo precipuo di raggiungere una soluzione ad una controversia, essi godono del c.d. *without prejudice privilege*.

Il *privilege* esiste per motivi di interesse pubblico: “le parti dovrebbero essere incoraggiate, per quanto possibile, a risolvere le loro controversie senza intentare un procedimento giudiziario e non dovrebbero venire scoraggiati dalla consapevolezza che ciò che viene detto nel corso di tali negoziazioni (che può comprendere sia il rifiuto sia una risposta concreta ad una proposta di risoluzione) potrebbe essere utilizzato a loro danno nel corso del procedimento giudiziario”⁶⁴. Il *privilege* si fonda su un accordo, esplicito o implicito, tra le parti di mantenere riservate le comunicazioni avvenute nel corso delle negoziazioni finalizzate all'ADR. Ciò significa che solamente le parti coinvolte nella controversia possono, all'unanimità, accordarsi sulla eventuale limitazione del privilegio e divulgare così alcuni specifici documenti. A tal riguardo, potrebbe ovviare in qualche modo il fatto che la prova per determinare la riservatezza di un documento si basa su criteri sostanziali e non formali: la semplice apposizione di una scritta indicante la riservatezza non garantisce automaticamente il segreto, così come l'assenza di una tale scritta non comporta necessariamente la sua divulgazione⁶⁵.

4.1. La clausola “*without prejudice except as to costs*”

La limitazione più significativa del *privilege* è quella finalizzata a far conoscere talune comunicazioni al giudice dell'eventuale giudizio, ai soli fini dell'adeguata ripartizione delle spese di giudizio (ovvero l'invocazione del *privilege without prejudice except as to costs*; sui poteri del giudice in questo ambito, v. *supra*, par. 1.3.1. e 3.). Se le comunicazioni relative alla mediazione sono riservate con questa limitazione, il *privilege* si applica solo fino al momento della pronuncia della sentenza. Nella decisione sulla ripartizione dei costi, il giudice può, invece, visionare i documenti *without prejudice except as to costs* per valutare la ripartizione idonea: come si è visto,

⁶⁴ *Cutts v Head* [1984] Ch 290.

⁶⁵ La tutela approntata per la prima di una serie di comunicazioni è sufficiente a far valere il privilegio anche per tutte le comunicazioni successive, a meno che le circostanze siano tali da far ritenere che le parti intendessero che le comunicazioni seguenti potessero essere divulgate.

se una parte si è comportata irragionevolmente⁶⁶ o in maniera non collaborativa, anche se è risultata vittoriosa, il giudice può imporgli il pagamento (di una parte) delle spese processuali.

La limitazione della riservatezza non può tuttavia avvenire se non con il consenso di tutte le parti. Ne discende che, se le parti decidono di mantenere intatta la riservatezza della mediazione, allora il giudice si troverà fortemente limitato nella sua capacità di valutare il comportamento delle parti ai fini della ripartizione ottimale delle spese. Ad esempio, nel caso *Reed Executive plc v Reed Business Information Ltd*⁶⁷, si era asserito che una delle parti aveva opposto un rifiuto irragionevole alla proposta di mediazione, rifiuto che meritava una sanzione in sede di ripartizione delle spese del giudizio. La *Court of Appeal*, pur ritenendo che i documenti dimostrassero la irragionevolezza del rifiuto, ha deciso che il *privilege without prejudice* era applicabile, e ha quindi ommesso di sanzionare il comportamento irragionevole.

4.2. La limitazione della riservatezza per altri motivi

Nel caso *Hall & another v Pertemps*⁶⁸, in seguito al fallimento della mediazione, una parte ha fatto ricorso al giudice asserendo di essere stata vittima di minacce, durante e dopo la mediazione. La corte ha affermato che, solitamente, il *privilege* della riservatezza si applica anche alle minacce effettuate in sede di mediazione. Tuttavia, nella specie, si poteva ritenere che entrambe le parti avessero acconsentito reciprocamente di sospendere l'applicazione del *privilege*, poiché la parte convenuta aveva negato, nel corso dell'udienza, di aver minacciato il ricorrente; se, invece, avesse semplicemente affermato che tutto ciò che si pronunciava in sede di mediazione era tutelato dal *privilege*, allora tale *privilege* non sarebbe venuto meno.

Questo caso dimostra anche che la gravità delle dichiarazioni asseritamente fraudolente o minacciose deve essere piuttosto elevata affinché la corte possa ritenere implicitamente revocato il *privilege* della riservatezza: è necessario dimostrare “irregolarità non equivoche”, una condotta che sia in qualche modo “oppressiva, disonesta o disonorevole”.

La riservatezza può venir meno se sorge una controversia circa l'esistenza ed i termini di un accordo raggiunto in seguito alla mediazione, accordo al quale si applica l'ordinario diritto dei contratti. La riservatezza viene meno anche se tutte le parti coinvolte sono a ciò favorevoli, con un consenso che può essere esplicito o implicito.

L'essenza delle discussioni svoltesi nel corso della mediazione può essere divulgata, inoltre, se l'accordo raggiunto risulta irragionevole, ciò che avviene, ad esempio, se la cifra pattuita risulta eccessivamente elevata.

⁶⁶ V. *supra*, par.1.3.2.2.

⁶⁷ [2004] 1 WLR 3026.

⁶⁸ [2005] EWHC 3110.

Infine, si potrebbero addurre prove altrimenti riservate per illustrare i motivi di un percepito stallo nel procedimento o per smentire una asserita acquiescenza.

5. Gli effetti del raggiungimento di un accordo

L'accordo di mediazione rappresenta l'unione della volontà delle parti. La mediazione non deve necessariamente portare ad un esito giuridicamente vincolante, ma possono esservi alcune eccezioni, subordinatamente al consenso delle parti coinvolte.

Le parti possono adire una corte per richiedere un'ordinanza che conferisca valore giuridico vincolante all'accordo. Anche in questo caso, la vincolatività è pari a quella di un contratto (non esiste una disciplina separata per il riconoscimento degli accordi conseguenti a mediazione).

In sede civile e commerciale, l'accordo conseguente a mediazione diventa vincolante al pari di un contratto ordinario una volta che le parti hanno sottoscritto il c.d. resoconto scritto (*written record*) che deve essere redatto da avvocati (*solicitors*)⁶⁹. Un accordo raggiunto a seguito di mediazione avente ad oggetto una somma di denaro è suscettibile di esecuzione forzata. Talvolta, l'accordo può rivestire la forma di un *consent order*, sul presupposto dell'avvenuta instaurazione di un vero e proprio procedimento⁷⁰. Nella prassi, gli accordi di mediazione solitamente contengono una clausola che stabilisce che nessun accordo sarà vincolante a meno che non sia scritto e che non venga firmato da entrambe le parti o da loro rappresentanti. L'esecuzione di ingiunzioni e ordini di esecuzione in forma specifica avviene per mezzo del *contempt of court*⁷¹.

Nelle mediazioni di diritto pubblico, l'accordo viene sottoscritto dall'autorità competente; basta questo per rendere vincolante, al pari di un contratto, l'accordo. Il rifiuto di una delle parti di eseguire l'accordo può essere risolto solamente in via giudiziaria.

Nelle dispute di lavoro, l'accordo finale sottoscritto dalle parti è vincolante sia per il lavoratore sia per il datore di lavoro se il procedimento di conciliazione è stato gestito dall'*Advisory, Conciliation and Arbitration Service*. Un accordo nel quale il datore di lavoro rinuncia a determinati diritti è vincolante solamente se l'accordo è stato raggiunto in presenza di un conciliatore ufficiale dell'ACAS.

⁶⁹ Si ricordi che, nel diritto inglese, non esistono particolari formalità (quale ad esempio la firma di un notaio) affinché un contratto sia vincolante.

Tuttavia, se le parti hanno scelto di mediare senza rappresentanti legali, essi devono rivolgersi ad un *solicitor* affinché possa espletare le formalità necessarie per rendere il loro accordo vincolante.

⁷⁰ Un tipo speciale di *consent order* mantiene la riservatezza nei medesimi termini della mediazione, cosicché il suo contenuto non è suscettibile di controllo (c.d. *Tomlin order*).

⁷¹ Per quanto riguarda il processo giurisdizionale, l'esecuzione forzata delle sentenze aventi ad oggetto somme di denaro avviene per mezzo del sequestro del patrimonio del debitore o dell'espropriazione presso terzi diversi dal datore di lavoro.

Nell'ambito del diritto di famiglia, invece, è necessario ottenere un'apposita ordinanza giudiziaria per rendere vincolante l'accordo di mediazione.

6. Considerazioni conclusive sul rapporto tra i modi alternativi di risoluzione delle controversie ed il diritto di accesso alla tutela giurisdizionale

Da quanto si è venuti dicendo emerge che l'ordinamento inglese presenta una tensione tra i forti segnali di incoraggiamento alla mediazione, da un lato, ed il sostegno prestato al procedimento giudiziario come unica sede atta a tutelare i diritti fondamentali, dall'altro. Anche se è ben radicata la consapevolezza che un vero e proprio obbligo di mediare costituirebbe un ostacolo al diritto ad adire un giudice, in violazione dell'articolo 6 della CEDU, è necessario tener conto dei maggiori poteri del giudice in tema di *case management* e soprattutto dei correlati poteri di sanzionare, in sede di liquidazione delle spese, la parte che irragionevolmente rifiuta la mediazione. E, dal momento che le spese possono essere molto elevate, la effettiva capacità delle parti di sottrarsi dalla mediazione può risultare significativamente compressa.

È forse proprio l'assenza di un obbligo di mediare che rende giuridicamente "tollerabile" la regolamentazione decentralizzata della mediazione, anche relativamente ad argomenti importanti quali la formazione del mediatore o la disciplina della sua condotta, contenuta nei codici di condotta degli enti di accreditamento o di fornitura di servizi di mediazione. Su molti temi, infatti, nonostante le indicazioni della direttiva europea sulla mediazione transfrontaliera, il legislatore inglese ha preferito non addentrarsi. Tuttavia, al crescere dell'interesse per una ancor maggiore diffusione della mediazione come alternativa al giudizio, un intervento legislativo significativo potrebbe finire per diventare necessario.

SPAGNA

di Carmen Guerrero Picó

1. Cenni introduttivi sulla disciplina della mediazione civile e commerciale

La conciliazione o l'arbitrato sono modi alternativi di risoluzione delle controversie introdotti da tempo nell'ordinamento spagnolo ed il loro utilizzo è ormai ampiamente consolidato. Altrettanto non può dirsi a proposito della mediazione¹. Fino al marzo 2012, non esisteva alcuna normativa statale che disciplinasse in modo sistematico la mediazione in ambito civile e commerciale, nonostante l'istituto fosse stato accolto da norme settoriali e nonostante la legislazione autonoma avesse sviluppato strumenti di mediazione familiare che avevano ottenuto un buon successo nella prassi. La necessità di evitare le sanzioni conseguenti alla mancata attuazione della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, ha fatto sì che il legislatore spagnolo disciplinasse finalmente l'istituto. Da questa spinta è poi derivata l'intenzione di progressivamente estendere l'ambito applicativo di questa ADR affinché possa radicarsi nei cittadini una vera cultura giuridica della mediazione.

1.1. Lo sviluppo della mediazione nel diritto delle Comunità autonome

Nel preambolo dell'attuale legge sulla mediazione si riconosce il ruolo centrale che ha avuto la legislazione autonoma nel riconoscimento dell'istituto in Spagna. Dal 2001, infatti, quasi tutte le Comunità autonome si sono dotate di una normativa sulla mediazione, ritenendo questa particolarmente idonea a risolvere le controversie scaturite in ambito familiare².

Alla legge n. 1/2001, del 15 marzo, di mediazione familiare in Catalogna hanno fatto seguito: in Galizia, la legge n. 4/2001, del 31 maggio; in Valencia, la legge n. 7/2001, del 26 novembre; nelle Canarie, la legge n. 15/2003, dell'8 aprile (novellata dalla legge n. 3/2005, del 23 giugno); in Castiglia-La Mancha, la legge n. 4/2005, del 24 maggio; in Castiglia-León, la legge n. 1/2006, del 6 aprile; nelle Isole Baleari, la legge n. 18/2006, del 22 novembre (novellata dalla legge n. 14/2010, del 9 dicembre); nella Comunità autonoma di Madrid, la legge n. 1/2007, del 21 febbraio; nelle

¹ Paradossalmente la dottrina ha individuato alcuni precedenti storici della mediazione molto remoti, come il *Fuero de Avilés* del 1076, dove si utilizza la parola *medianedo* ad indicare una giurisdizione straordinaria. Nel *Diccionario de Autoridades de la Lengua Española* del 1734, la voce "mediazione" è definita come interposizione di qualcuno che intende comporre una controversia o riconciliare altri soggetti tra loro in disaccordo o che pretende ottenere qualcosa per conto di un'altra persona.

² Il fondamento giuridico di queste leggi è l'obbligo che hanno i pubblici poteri di garantire la tutela della famiglia (articolo 39, comma 1, Cost.) e le conseguenti competenze autonome statutarie in materia di assistenza e protezione sociale.

Asturie, la legge n. 3/2007, del 23 marzo; nei Paesi Baschi, la legge n. 1/2008, dell'8 febbraio; in Andalusia, la legge n. 1/2009, del 27 febbraio; in Aragona, la legge n. 9/2011, del 24 marzo.

Il contenuto di queste leggi è abbastanza omogeneo. Tutte pongono i principi-cardine della regolamentazione della mediazione e descrivono lo *status* dei mediatori e degli enti di mediazione familiare, creando un apposito registro per la loro iscrizione. Disciplinano con una certa precisione le diverse fasi del procedimento di mediazione e stabiliscono che gli accordi di mediazione saranno validi ed obbligheranno le parti purché rispettino i requisiti di validità dei contratti. Contengono anche un regime sanzionatorio alquanto dettagliato.

Di recente, si è osservata la tendenza a superare la delimitazione della mediazione alla sola sfera familiare, per estenderne l'utilizzo all'intero ambito del diritto privato. In tal senso, può sottolinearsi come, in Catalogna, la legge n. 1/2001 sulla mediazione familiare sia stata abrogata e sostituita dalla legge n. 15/2009, del 22 luglio, che disciplina la mediazione nell'ambito del diritto privato; parimenti, la Cantabria ha approvato la legge n. 1/2011, del 28 marzo, sulla mediazione, dando ad essa una portata tendenzialmente generale.

1.2. La lenta emersione di una disciplina statale

1.2.1. L'evoluzione culminata nel progetto di legge del 2011

La mediazione è stata tradizionalmente considerata un mezzo di risoluzione di controversie di natura essenzialmente privata: tale configurazione ha a lungo avvalorato l'idea dell'inutilità o della inopportunità di una normativa statale che disciplinasse il procedimento o gli effetti di eventuali accordi raggiunti. Con il passare del tempo, l'inerzia legislativa è stata progressivamente abbandonata in ragione del riconoscimento delle potenzialità di questa ADR quale strumento complementare dell'amministrazione della giustizia in diversi settori; ne è derivata una legislazione settoriale che ha disciplinato la mediazione in ambito lavorativo³, in materia di proprietà intellettuale⁴, nell'ottica di tutela del consumatore⁵ o, addirittura, in materia penale⁶.

³ La legge n. 36/2011, del 10 ottobre, che regola la giurisdizione del lavoro, contempla l'obbligatorietà della tentata conciliazione o mediazione come condizione di procedibilità dei processi, salvi i casi di dispensa dal tentativo (articoli 63 ss.). In caso di assenza senza giusta causa dalla procedura di mediazione, il ricorrente vede il procedimento archiviato e l'azione proposta qualificata come *tamquam non esset*; se, invece, è il convenuto a non presentarsi (*scil.*, sempre in assenza di giusta causa), si dà conto dell'assenza nel verbale e la mediazione viene considerata tentata, ma con esiti negativi. Il giudice imporrà all'assente i costi processuali, inclusi gli onorari dell'avvocato o dell'esperto di diritto del lavoro (*graduado social*) intervenuti a tutela della controparte (sino al limite di seicento euro), nel caso la sentenza emessa successivamente coincida in linea di massima con la pretesa espressa nella domanda di mediazione. Sul tema, si veda R. GARCÍA ÁLVAREZ, *Mediación y libertad de las partes para mediar en el proceso laboral*, in *Diario La Ley*, n. 7806, 27 febbraio 2012 (consultato in versione elettronica).

⁴ Si vedano gli articoli 20 e 158 del regio decreto legislativo n. 1/1996, del 12 aprile, con cui si approva il testo *refundido* della legge sulla proprietà intellettuale.

Assai più ardua si è dimostrata, invece, l'adozione di una normativa che generalizzasse la possibilità di far ricorso alla mediazione civile e commerciale. Dopo un periodo di stallo, negli ultimi anni alcune iniziative tendenti all'approvazione di un *corpus* normativo di carattere generale sono comunque state intraprese.

La legge n. 15/2005, dell'8 luglio, che modificava il codice civile e la legge processuale civile in materia di separazione e di divorzio, aveva riconosciuto alle parti la possibilità di chiedere al giudice la sospensione del processo per sottoporsi a mediazione (articolo 770, regola 7°, della legge n. 1/2000, del 7 gennaio, d'ora in avanti legge processuale civile). Al contempo, nella terza disposizione finale della legge si imponeva al Governo di depositare in Parlamento un progetto di legge generale sulla mediazione. Il progetto doveva basarsi sui principi sanciti dalla normativa dell'Unione europea e doveva, da un lato, ispirarsi ai principi di volontarietà, imparzialità, neutralità e confidenzialità e, dall'altro, rispettare i servizi di mediazione già istituiti dalle Comunità autonome.

Nello stesso anno, il Consiglio generale del potere giudiziario si era impegnato a promuovere progetti-pilota di mediazione (endoprocessuale) penale e civile⁷, istituendo all'uopo una speciale commissione (la *Vocalía delegada para la coordinación e impulso del proyecto de mediación penal y civil*).

Una volta approvata la direttiva 2008/52/CE, lo Stato veniva ad essere costretto ad adottare una legge regolatrice di alcuni aspetti di questa materia; ciò nonostante, la decisione veniva costantemente rimandata. Nel frattempo, giungevano nuove spinte dalla commissione istituzionale alla quale era stato affidato, nell'aprile 2009, il compito di studiare la riforma della organizzazione giudiziaria. Inoltre, il Piano strategico per la modernizzazione della giustizia 2009-2012 contemplava specificamente l'introduzione generalizzata della mediazione civile, affinché le parti potessero comporre autonomamente le controversie, evitando così l'acuirsi delle controversie

⁵ Il regio decreto n. 231/2008, del 15 febbraio, che disciplina il sistema arbitrale in materia di tutela del consumatore, prevede che le giunte arbitrali specificamente competenti invitino le parti ad una mediazione, anteriormente all'arbitrato, per le controversie derivanti dalle doglianze e reclami dei consumatori, onde favorire la loro soluzione consensuale (v. gli articoli 6, 25, 37). Cfr. J. M. BUSTO LAGO, *Reclamaciones de consumo (Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor)*, 2ª edizione, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, 332-372.

⁶ Nella legge *orgánica* n. 5/2000, del 12 gennaio, che disciplina la responsabilità penale dei minori, la mediazione è contemplata al fine di conseguire la rieducazione del minore (articolo 19, comma 3). Sui tentativi posti in essere per promuovere una mediazione penale che riguardi reati commessi da adulti, v. J. A. DÍAZ LÓPEZ, *Propuestas para la práctica de la mediación penal (Delitos patrimoniales cometidos entre parientes y responsabilidad penal de las personas jurídicas)*, in *InDret*, n. 3, luglio 2011, <http://www.indret.com>.

⁷ Cfr. S. BARONA VILAR, *Introduzione della mediazione civile e commerciale nell'ordinamento giuridico spagnolo. Linee guida della proposta di legge sulla mediazione nelle cause civili e commerciali del 2010*, in N. TROCKER e A. DE LUCE (a cura di), *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, Firenze University Press, 2011, Firenze, 57-59. I dettagli sull'attività svolta tuttora del Consiglio possono essere consultati alla pagina web <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion>.

insorte e favorendo la loro risoluzione prima di dover rivolgersi alla giurisdizione. L'urgenza di approvare una legge trasparente persino dalle pronunce dei giudici civili⁸.

In questo contesto, il secondo Governo Zapatero ha presentato il 19 febbraio 2010 l'avanprogetto di legge sulla mediazione nelle controversie civili e commerciali⁹. Sul testo si sono pronunciati criticamente il Consiglio generale del potere giudiziario (con *informe* del 19 maggio 2010) ed il Consiglio di Stato (con *dictamen* del 17 febbraio 2011), ritardando non poco l'avvio l'iter legislativo. Finalmente il progetto di legge sulla mediazione civile e commerciale, che ha incorporato alcuni dei suggerimenti espressi in chiave di correzione del testo originale, è stato presentato alla Camera dei deputati l'11 aprile 2011¹⁰.

Il progetto di legge non si limitava ad attuare la direttiva 2008/52/CE, disciplinando la mediazione inerente alle controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale; la sua portata era assai più ampia, dal momento che configurava la mediazione civile e commerciale come un procedimento generale, alternativo al processo (pur senza precluderlo), flessibile, rapido ed economico. Il mediatore ricopriva un ruolo coadiuvante e non invasivo nelle scelte delle parti. Nel modello proposto, la mediazione era volontaria, però non si escludevano alcune ipotesi di mediazione obbligatoria, segnatamente quando la controversia riguardasse il pagamento di certe somme. Si riconosceva poi all'accordo effetti di *res iudicata* per le parti, di talché esso diventava titolo esecutivo, con esecutorietà immediata. Solo in fase di esecuzione sarebbe spettato al giudice controllare se il contenuto dell'accordo fosse contrario a norme imperative.

Il progetto di legge è però decaduto¹¹, in conseguenza dello scioglimento delle Camere, per l'indizione di elezioni anticipate il 20 novembre 2011.

⁸ Si vedano le sentenze della *sala* prima del Tribunale supremo del 2 luglio 2009 (ric. n. 767/2005), del 3 luglio 2009 (ric. n. 816/2005), del 17 settembre 2009 (ric. n. 2658), del 5 marzo 2010 (ric. n. 2559/2005), del 20 maggio 2010 (ric. n. 1502/2006) o del 19 gennaio 2012 (ric. n. 141/2009). In tutte queste decisioni, il giudice Xavier O'Callaghan Muñoz ha segnalato che la soluzione della controversia difficilmente avrebbe accontentato le parti, aggiungendo che la valutazione sarebbe stata diversa se fosse esistita una legge sulla mediazione, giacché, ad avviso del giudice, con questa ADR si può arrivare a soluzioni meno "traumatiche": il fondamento di una pronuncia giudiziale è unicamente l'applicazione ragionata della norma giuridica ai fatti provati, che non sempre corrisponde agli interessi reali delle parti in causa. Tutto ciò senza contare che a favore della mediazione milita chiaramente anche il fattore tempo, inevitabilmente dilatato nel caso in cui si giunga ad un processo.

⁹ Su questi primi testi, si veda S. BARONA VILAR, *Introduzione della mediazione civile e commerciale nell'ordinamento giuridico spagnolo. Linee guida della proposta di legge sulla mediazione nelle cause civili e commerciali del 2010*, cit., 53-67.

¹⁰ *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, n. A-122-1, 29/04/2011, 1 ss.

¹¹ *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, n. D-648, 28/10/2011, 5.

1.2.2. Il regio decreto-legge n. 5/2012 in materia di mediazione civile e commerciale

Il mutamento della compagine governativa in seguito alle elezioni ha fatto temere per l'accantonamento della legge sulla mediazione, ma la Commissione europea aveva già avviato la procedura d'infrazione nei confronti della Spagna per non aver comunicato le misure nazionali di attuazione della direttiva 2008/52/CE. Vista la precaria situazione economica del paese ed al fine di evitare il pagamento delle sanzioni comunitarie, il Governo del *leader* popolare Mariano Rajoy si è attivato per approvare urgentemente un nuovo testo già all'inizio della legislatura: il regio decreto-legge n. 5/2012, del 5 marzo, in materia di mediazione civile e commerciale¹². Il governo ha giustificato il ricorso a questo particolare strumento normativo per l'urgenza nell'attuazione della direttiva comunitaria, il cui termine per il recepimento era scaduto il 21 maggio 2011. Il decreto è stato convalidato il 29 marzo ed è stato contestualmente presentato come progetto di legge, con l'obiettivo di introdurre modifiche migliorative nell'articolato.

1.3. La legge n. 5/2012 sulla mediazione civile e commerciale

Il 27 luglio è entrata in vigore la legge n. 5/2012, del 6 luglio, sulla mediazione civile e commerciale¹³, che ha abrogato il regio decreto-legge n. 5/2012. Allo stato attuale, il quadro normativo è ancora incompleto, poiché si è ancora in attesa dell'emanazione del regolamento di attuazione.

La legge n. 5/2012 consta di un preambolo, ventisette articoli distribuiti in cinque titoli (dedicati, rispettivamente, alle disposizioni generali, ai principi- cardine della mediazione, allo *status* del mediatore, al processo di mediazione ed alla procedura per l'esecuzione degli accordi), quattro disposizioni aggiuntive, una disposizione derogatoria e dieci disposizioni finali, tendenti a coonestare l'incastro del procedimento di mediazione con il processo¹⁴. Si novella, inoltre, la legge n. 34/2006, del 30 ottobre, che non concerne la mediazione, ma che disciplina l'accesso alla

¹² *Boletín Oficial del Estado*, n. 56, 06/03/2012, 18783 ss.

¹³ *Boletín Oficial del Estado*, n. 162, 07/07/2012, 49224 ss. (v. la correzione degli errori nel *Boletín Oficial del Estado*, n. 178, 26/07/2012, 53554 ss.).

¹⁴ Si operano, tra le altre, modificazioni alle norme processuali civili per facilitare la mediazione endoprocessuale. Le parti possono disporre dell'oggetto del processo e decidere di sottoporsi a mediazione, così come il giudice può invitare le parti a giungere ad un accordo e ad informarsi a tale fine sulla possibilità di ricorrere alla mediazione (terza disposizione finale, primo paragrafo). D'altra parte, si prevede la *declinatoria* (eccezione di incompetenza del tribunale) come rimedio di fronte all'inadempimento dei patti di sottoposizione a mediazione o di fronte alla presentazione di una domanda quando la mediazione sia già iniziata. La riforma della legge processuale comprende, infine, l'inclusione dell'accordo di mediazione tra i titoli esecutivi.

professione di avvocato e di *procurador*¹⁵ dei tribunali, e si autorizza il cumulo in un unico processo dell'azione di separazione o divorzio con l'azione di divisione dei beni comuni¹⁶.

La legge definisce la “mediazione” come quel mezzo di soluzione delle controversie, qualunque sia la sua denominazione, in cui due o più parti cercano volontariamente di raggiungere un accordo con l'intervento di un mediatore (articolo 1). Le sue disposizioni si applicano alle mediazioni in temi civili o commerciali, ivi compresi i conflitti transfrontalieri¹⁷, purché interessino diritti ed obblighi disponibili. La legge si applicherà quando almeno una delle parti sia domiciliata in Spagna e la mediazione avvenga in territorio spagnolo.

La legge non si applica a: *a)* la mediazione penale, *b)* la mediazione con le pubbliche amministrazioni, *c)* la mediazione in materia di lavoro e *d)* la mediazione in materia di tutela del consumatore (articolo 2, comma 2). L'intenzione del legislatore, peraltro, non è quella di limitare il ricorso alla mediazione in tali ambiti, ma di preservare le loro particolarità con apposite norme settoriali. Attualmente, il Governo sta valutando la possibilità di ampliare la mediazione penale e di introdurre determinati meccanismi di mediazione in ambito amministrativo¹⁸.

La mediazione cui si riferisce la legge n. 5/2012 è essenzialmente stragiudiziale, ma si contempla anche – seppure non sistematicamente – la mediazione endoprocessuale¹⁹.

Questo testo normativo presenta molte somiglianze, dal punto di vista della struttura e del contenuto, con i testi che erano stati proposti dal Governo socialista. Non mancano, tuttavia, anche significative differenze, tra cui l'abbandono della mediazione obbligatoria a beneficio della totale

¹⁵ Tale figura professionale ha esclusivi compiti di rappresentanza della parte innanzi alle giurisdizioni.

¹⁶ La legislazione catalana aveva previsto, in passato, il cumulo delle azioni, ma il Tribunale costituzionale lo aveva dichiarato illegittimo perché violava la competenza esclusiva dello Stato in materia di legislazione processuale (STC 21/2012, del 16 febbraio). Il legislatore, rivalutando gli effetti benefici che la norma autonoma aveva avuto da un punto di vista pratico, ha deciso di accogliere le sue disposizioni a livello nazionale.

¹⁷ Una controversia è transfrontaliera quando almeno una delle parti sia domiciliata o risieda abitualmente in uno Stato diverso da quello in cui sia domiciliata un'altra delle parti al momento in cui si dia luogo alla mediazione o quando sia obbligatorio iniziare un procedimento di mediazione in conformità alla legge applicabile. Sono transfrontalieri anche i conflitti in cui, a seguito del cambio di domicilio di alcuna delle parti, si intenda dare esecuzione all'accordo di mediazione o ad alcune delle sue conseguenze nel territorio di uno Stato differente (articolo 3, comma 1). Nelle controversie tra parti che risiedono in differenti Stati membri dell'Unione europea, il domicilio si determina conformemente agli articoli 59 e 60 del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, relativo alla competenza giudiziale, al riconoscimento ed all'esecuzione di risoluzioni giudiziali in materia civile e commerciale (articolo 3, comma 2).

¹⁸ Lo ha dichiarato il Ministro della giustizia, Alberto Ruiz-Gallardón Jiménez, durante il dibattito antecedente all'approvazione della legge sulla mediazione (*Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente*, n. 46, 28/06/2012, 37).

¹⁹ Sul tema, si veda V. MAGRO SERVET, *Hacia la articulación de un protocolo de mediación intrajudicial*, in *Diario La Ley*, n. 7892, 2 luglio 2012 (consultato in versione elettronica).

volontarietà, il diverso valore giuridico dell'accordo di mediazione (che non sarà più direttamente eseguibile), il controllo della legalità dell'accordo ed i requisiti per diventare mediatore.

I tre assi della mediazione sono: 1) la *desjudicialización*, 2) la *deslegalización* e 3) la *desjuridificación*. Si opta per la *desjudicialización* delle controversie che interessano diritti soggettivi di natura disponibile, perché la mediazione offre soluzioni più adatte alle necessità ed agli interessi delle parti di quelle che potrebbero desumersi dall'applicazione rigorosa delle norme giuridiche. È un istituto ordinato alla pace giuridica, aiuta a concepire i tribunali come ultimo rimedio e può essere un valido contributo alla riduzione del loro carico di lavoro. La *deslegalización* implica la perdita del ruolo centrale della legge a beneficio del principio dispositivo. Il quadro legale è minimo e flessibile; disegna un procedimento semplice, basato sul rispetto dell'autonomia delle parti, la cui volontà, manifestata nell'accordo che conclude la mediazione, potrà avere la considerazione di titolo esecutivo con la sua elevazione a scrittura pubblica. La legge n. 5/2012 non pretende di racchiudere tutta la varietà e la ricchezza della mediazione, ma pone soltanto le basi e cerca di favorire quest'alternativa alla soluzione del conflitto per il tramite di un processo. Infine, la *desjuridificación* si concretizza nella decisione di non determinare in modo vincolante il contenuto dell'accordo ripristinatorio o riparatorio.

Il modello di mediazione accolto si fonda, quindi, sulla volontarietà, sulla flessibilità e sul rispetto dell'autonomia privata²⁰. La capacità della mediazione di dare soluzioni pratiche, efficaci, poco costose e di breve durata, la rende una valida alternativa al processo o all'arbitrato, dai quali si distingue in quanto è costruita attorno ad un professionista neutrale che guida le parti, permettendo loro di conservare i rapporti sottostanti e di detenere il controllo sul procedimento e sulla conclusione della controversia. Poiché questa ADR deve essere alla portata di tutti i cittadini, si adottano misure specifiche per le persone portatrici di *handicap*²¹ e si dà la possibilità di mediare utilizzando mezzi telematici.

Onde evitare che la mediazione produca effetti giuridici non desiderati e possa essere utilizzata come strategia dilatoria nei confronti dell'adempimento degli obblighi contrattuali, si è optato per sospendere (ma non interrompere) il termine di prescrizione quando si dia inizio al procedimento di mediazione²².

La legge prevede, infine, che, entro due anni dalla sua approvazione, il Governo presenti in Parlamento un rapporto sulla sua applicazione per valutare il suo funzionamento. Nel rapporto si potranno indicare nuove misure per migliorare l'istituto.

2. I principi-cardine della mediazione

2.1. Volontarietà e libera disposizione

Una delle virtù più generalmente riconosciute alla mediazione è quella di attribuire alle parti il ruolo di protagoniste in ogni momento, sia nella decisione di cercare di raggiungere un accordo consensuale che in quella di ricorrere ad un terzo affinché le supporti in tale compito. Il legislatore ha scelto così di discostarsi dalla proposta di mediazione obbligatoria avanzata dal Governo socialista nei testi del 2010 e del 2011.

²⁰ Il legislatore spagnolo si è mosso sulla scorta del modello Uncitral sulla conciliazione in materia commerciale internazionale del 24 giugno 2002.

²¹ Devono garantirsi l'accessibilità degli ambienti, l'uso della lingua dei segni e dei mezzi di supporto per la comunicazione orale, il Braille, l'uso della comunicazione tattile o di qualsiasi altro mezzo o sistema che permetta alle persone con disabilità di partecipare a pieno titolo al procedimento di mediazione (quarta disposizione aggiuntiva). Le garanzie di accesso devono essere attuate anche quando si tratti di mediazione telematica.

²² Secondo l'articolo 4, la richiesta di inizio della mediazione sospende la prescrizione o la decadenza di azioni dalla data in cui il mediatore la riceva o sia depositata presso l'istituzione di mediazione. Se entro quindici giorni dalla ricezione della richiesta di inizio della mediazione non venisse firmato il verbale della seduta costitutiva, il termine di prescrizione o di decadenza ricomincerà a decorrere. La sospensione si prolungherà fino alla data della firma dell'accordo di mediazione o, in suo difetto, della firma del verbale finale, o quando giunga a fine della mediazione per una qualunque altra causa prevista dalla legge.

2.1.1. La proposta iniziale di mediazione obbligatoria

Il progetto di legge del 2011 stabiliva, all'articolo 7, che "sottoporsi a mediazione è volontario, salvo che l'inizio della mediazione sia obbligatorio secondo quanto previsto dalla legislazione processuale".

All'anzidetta previsione conseguiva la modifica di alcune norme processuali. Il nuovo comma 3 dell'articolo 437 della legge processuale civile obbligava ad intentare la mediazione come condizione di procedibilità nei giudizi con rito *verbal* riguardanti il pagamento di somme fino a seimila euro, eccezione fatta per i processi sulle materie elencate all'articolo 250, comma 1, della legge processuale civile (mancato pagamento di canoni di locazione o affitto, recupero del pieno possesso di un immobile rurale o urbano, sospensione di nuova opera, azione di rettifica di fatti inesatti o pregiudizievoli, etc.) e per quelli in materia di tutela del consumatore. La mediazione si doveva intentare nei sei mesi antecedenti alla presentazione della domanda giudiziale.

D'altra parte, il nuovo comma 2 dell'articolo 439 della legge processuale civile sanciva che, nel caso in cui il querelante non producesse il verbale finale in cui si dava conto della tentata mediazione, la domanda sarebbe dichiarata inammissibile.

L'inadempimento dell'obbligo di mediare aveva altre ripercussioni. Il nuovo l'articolo 394 della legge processuale civile apprezzava l'esistenza di temerarietà agli effetti della imposizione degli oneri processuali quando la parte non avesse assistito alla seduta informativa della mediazione.

La mediazione obbligatoria è stata criticata per motivi di politica del diritto da autori che sostengono che le formule di mediazione che non si basino sulla volontarietà totale comportano inevitabilmente che le parti siano più restie a giungere ad accordi. Altre osservazioni critiche hanno colpito il fatto che l'obbligatorietà riguardasse controversie sul pagamento di modiche quantità di denaro (il che, di per sé, pareva evidenziare la mancanza di fiducia del legislatore nei confronti della decisione che aveva preso) e non materie in cui l'esperienza ha dimostrato che la mediazione può rivelarsi molto efficace, come i processi in ambito matrimoniale (in particolare quando non venga meno l'esigenza di comunicare per le parti, come nel caso in cui siano coinvolti minori)²³, oppure in tema di proprietà orizzontale²⁴.

Per contro, altri autori hanno difeso l'obbligatorietà della mediazione prima del processo, in ossequio alla funzione di divulgazione e di legittimazione sociale dell'istituto che l'obbligo avrebbe potuto assicurare. Si è sostenuto che, quando i cittadini avranno preso coscienza della sua esistenza e dei vantaggi che offre, scommetteranno sempre più spesso sulla mediazione, come è già successo in passato quando si è dato un forte impulso alla conoscenza dell'arbitrato in materia di tutela dei

²³ Cfr. J.C. ORTIZ PRADILLO, *Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil*, in *Boletín del Ministerio de Justicia*, n. 2135, ottobre 2011, 10-14.

²⁴ Cfr. E. CARRETERO MORALES, *Comentarios al anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, in *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, n. 1, 2011, 28, <http://www.riedpa.com>.

consumatori²⁵. In definitiva, si è ritenuto che l'obbligatorietà avrebbe avuto benefici riflessi sull'obiettivo fondamentale per cui i sistemi di ADR sono pensati: il decongestionamento del sistema giudiziario²⁶.

2.1.2. Obbligatorietà della mediazione versus diritto alla tutela giurisdizionale effettiva

Nei testi presentati dal Governo socialista non è mai stato previsto l'obbligo di portare avanti un procedimento di mediazione né di giungere a un accordo di mediazione. Trattandosi di "mediazione obbligatoria", l'unico onere che le parti dovevano rispettare era quello di assistere alla prima seduta informativa, seduta che in questi casi doveva essere gratuita.

La scelta per la "obbligatorietà" della mediazione ha subito molte critiche da parte degli organi incaricati di dare un parere sull'avanprogetto di legge, oltre che, come si è visto, da parte della dottrina. Tuttavia, considerando che l'obbligatorietà era limitata a casi di scarso valore pecuniario e che l'obbligo si risolveva nel presenziare una seduta gratuita, le doglianze non si appuntavano tanto sulla violazione del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale (articolo 24, comma 1, Cost.) quanto semmai sulla sua inutilità.

Il Consiglio generale del potere giudiziario, nell'*informe* del 19 maggio 2010 sull'avanprogetto del 2010, ha ritenuto che "l'introduzione di un meccanismo di mediazione obbligatoria [...] presuppone[va] la restaurazione di un sistema molto simile a quello già abbandonato dal nostro legislatore quando abrogò la condizione di procedibilità dell'atto di conciliazione precedente alla domanda di giudizio dichiarativo, previsto nell'articolo 460 della legge processuale civile del 1881²⁷, [abrogazione che avvenne] mediante l'articolo 8 della legge n. 34/1984, del 6 agosto. I termini allora scelti per spiegare la modifica nell'esposizione dei motivi della legge erano molto eloquenti riguardo al rendimento che [la conciliazione preventiva] aveva avuto nella prassi ([la riforma ha lo scopo di] «conferire all'atto di conciliazione che, come dimostra l'esperienza, ha dato risultati poco soddisfacenti²⁸, un carattere puramente facoltativo»). In effetti, è dubbio che dal

²⁵ Cfr. J.C. ORTIZ PRADILLO, *La mediación en asuntos civiles y mercantiles: propuestas para la incorporación de la Directiva 2008/52/CE al Derecho español*, in *Revista General de Derecho Procesal*, n. 26, 2012, 14.

²⁶ Cfr. J.C. ORTIZ PRADILLO, *Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil*, cit., 11.

²⁷ Altro esempio che si cita è il tentativo di conciliazione penale previsto nell'articolo 804 della legge processuale penale.

²⁸ Andrés de la Oliva Santos qualifica il precedente della conciliazione obbligatoria come un assoluto fallimento, poiché la percentuale di conciliazioni conclusesi con successo non arrivò all'1% delle controversie civili e commerciali. La riforma del 1984 fu accolta con generale soddisfazione, perché con essa spariva "un fattore di dilazione e di incremento dello sforzo e del costo dei processi civili. Ciò che l'esperienza aveva dimostrato è che le persone decise ad agire lo facevano, sia una volta esauriti per conto loro i tentativi di giungere ad un accordo, sia per non essere disposti a giungere a un accordo di alcun tipo, sia perché determinati ad ottenere una concreta sentenza favorevole. Non si è registrato cambiamento alcuno nella cultura giuridica spagnola che permetta di presupporre che l'obbligatorietà della

ricorso obbligatorio alla mediazione o alla conciliazione consegua un'autentica riduzione della litigiosità; anzi, si corre il rischio che essa finisca per diventare una sorta di formalità adempiuta in modo routinario e, in definitiva, un intoppo per accedere al sistema giudiziario.

“Lo stesso avanprogetto dà per scontato che questo e non altro sarà lo scenario più prevedibile, quando all'articolo 19, comma 1, riferendosi alle sedute informative preventive alla mediazione, dispone che «[nel]le ipotesi di mediazione obbligatoria le sedute informative saranno gratuite», ed aggiungendo che «[in] tale caso, si potrà ritenere tentata la mediazione ed adempiuto l'obbligo legale giustificando l'assistenza [a tali sedute]». La norma trova un seguito all'articolo 24, comma 3, in virtù del quale «la mediazione richiesta dalla legge si riterrà tentata producendo il verbale in cui consti la mancata presenza di una qualsiasi delle parti». Per di più, la *Memoria del Análisis de Impacto Normativo* che accompagna l'avanprogetto analizza questo tentativo obbligatorio di mediazione utilizzando termini alquanto illustrativi, quando afferma che non sarà un ostacolo lesivo del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, ma «una semplice formalità di carattere preventivo che permetta di adempire all'obbligo legale nella seduta informativa se non si arrivasse ad iniziare la mediazione». Non sembra che abbia molto senso instaurare ipotesi di mediazione obbligatoria quando lo stesso legislatore presume che diventeranno semplici formalità preventive prive di una vera effettività, perché comporteranno solo l'addizione di nuovi oneri chiamati ad appesantire l'esercizio del diritto di accesso alla giustizia.

“A giudizio di questo organo, affinché la mediazione possa trasformarsi in un'autentica alternativa alla risoluzione giurisdizionale dei conflitti, deve dotarsi di efficacia grazie alla predisposizione degli opportuni mezzi umani e materiali, in modo tale che le parti ricorrano a questa per i suoi vantaggi reali e non per l'imperativo legislativo. Altrimenti, si potrà garantire che le parti compiano la formalità di tentare una mediazione, ma sarà poco probabile che questi tentativi si concludano con accordi di soluzione del conflitto”.

Dello stesso parere è stato il Consiglio di Stato, che si è pronunciato sul testo dell'avanprogetto con il *dictamen* del 17 febbraio 2011. Il Consiglio ha ritenuto che l'imposizione dell'inizio o della verifica della possibilità della mediazione prima di determinati processi fosse compatibile con il principio di volontarietà della mediazione, inteso come libertà delle parti di proseguire il procedimento e di concludere o meno un accordo. Questione diversa era se la previsione dell'obbligatorietà come condizione di procedibilità in certi casi potesse offrire un autentico impulso alla diffusione dell'istituto, ciò che si è negato. Ad avviso del Consiglio di Stato, infatti, affinché la mediazione possa diventare un'autentica alternativa alla risoluzione giurisdizionale delle controversie è necessario che i cittadini la percepiscano, non come un peso, bensì come un

mediazione proiettata nelle controversie civili sarà ora effettiva quando in precedenza la conciliazione è risultata un mero intoppo [...]. Che il tentativo di mediazione sia obbligatorio per controversie di ammontare non superiore a seimila euro può servire solo, semmai, per dissuadere [dal portare avanti] controversie minori, dato il costo della mediazione, superiore a quello dell'abbandonata conciliazione previa. Ma, in tale caso, sarebbero le persone senza grandi risorse economiche le più interessate negativamente per quell'innovazione asseritamente progressista”. Cfr. A. DE LA OLIVA SANTOS, *Mediación y justicia: síntomas patológicos*, in *Otrosí*, n. 8, ottobre-dicembre 2011, 10.

procedimento molto semplificato, a basso costo, nel quale dispongono di libertà in ogni momento e di piena capacità di decisione.

Il consigliere José Luis Manzanares Samaniego ha manifestato, in un *voto particular*, la sua convinzione che la mediazione obbligatoria fosse “un focolaio di problemi risolti male, perché non risolve[va] le possibili difficoltà delle parti riguardo alla scelta del mediatore, implica[va] una spesa contro la volontà degli interessati, [era] circoscritta – contrariamente a quanto si [sarebbe potuto] auspicare – ai processi di scarso valore pecuniario e [poteva] arrecare danno al diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva, ostacolando e ritardando la pronuncia giurisdizionale”.

Di fronte alla proposta di mediazione obbligatoria, la dottrina ha evidenziato, al pari di quanto fatto dagli organi consultivi, che essa non violava l’articolo 24, comma 1, Cost., poiché il progetto di legge non impediva l’esercizio del diritto delle parti ad accedere alla giurisdizione. La motivazione era che, così come era stata ideata, la mediazione obbligatoria, pur non essendo una condizione difficile da adempiere tanto da impedire o rendere comunque difficoltoso l’accesso ai tribunali, si sostanzialmente in una attività preliminare simile a quella che era esistita (inutilmente) durante i centotredici anni in cui era stata in vigore la vecchia legge processuale civile.

A dimostrazione di questa tesi si citava la giurisprudenza del Tribunale costituzionale. Secondo il massimo interprete costituzionale si viola il diritto di cui all’articolo 24, comma 1, Cost. con norme che impongano condizioni impeditive ed ostative, e perfino puramente limitative o dissuasive, all’esercizio di azioni o ricorsi legalmente stabiliti per difendere in sede giurisdizionale diritti o interessi legittimi²⁹. Peraltro, ciò non osta a che il legislatore possa stabilire talune condizioni di procedibilità nel rispetto di certe limitazioni. La violazione del diritto alla tutela giurisdizionale avverrà solo quando gli ostacoli legali, oltre a non essere necessari, siano eccessivi e difettino di ragionevolezza e di proporzionalità rispetto ai fini che può perseguire lecitamente il legislatore nel quadro della Costituzione³⁰⁻³¹. Difatti, il Tribunale costituzionale ha dichiarato non

²⁹ Ad esempio, STC 206/1987, del 21 dicembre.

³⁰ Si veda M. J. RODRÍGUEZ CRESPO, *La conciliación extrajudicial y la no obstaculización del derecho de tutela judicial efectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional*, in *Temas laborales*, n. 62/2001, 127-154, e *Los procedimientos autónomos de solución de conflictos y el derecho de tutela judicial efectiva. En especial, la conciliación como trámite previo al proceso*, in *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, n. 15, gennaio-giugno 2005, <http://www.ripj.com>.

³¹ Si veda, ad esempio, la STC 4/1988, del 21 gennaio, che giudica il ricorso in via incidentale presentato nei confronti dell’art. 32 della legge n. 23/1984, del 2 agosto, in tema di ordinamento e supervisione delle assicurazioni private, e dell’art. 4, comma 6, del regio decreto-legge n. 10/1984, dell’11 luglio, recante misure urgenti per il risanamento del settore delle assicurazioni private e per il rafforzamento dell’organismo di controllo. Il *plenum* del Tribunale ha dichiarato che “il diritto di azione in giudizio a difesa di diritti o interessi può essere validamente differito, se ciò non comporta la perdita o l’estinzione del diritto la cui tutela si pretende o del suo possibile esercizio e difesa posteriori, e se non presuppone una dilazione indebita o irragionevole della possibilità di chiedere e ottenere una decisione giudiziaria sulla pretesa. Inoltre, perfino l’esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale può essere sottoposto a [l’accertamento di] condizioni preliminari che comportino la ricerca di una soluzione stragiudiziale della controversia, anche con procedimenti diretti da organi amministrativi [come nel caso che aveva dato origine al ricorso]; questa settembre 2012

conforme alla Costituzione, con STC 174/1995, del 23 novembre, il primo paragrafo dell'articolo 38, comma 2, della legge n. 16/1987, del 30 luglio, sui trasporti terrestri, che imponeva un arbitrato obbligatorio nelle controversie di valore inferiore o uguale a tremila euro. In quel caso, l'accesso alla giurisdizione era condizionato al consenso espresso, formalizzato in un accordo, di tutte le parti coinvolte nella controversia. Per rivolgersi al giudice, era dunque necessario ottenere il consenso della controparte.

2.1.3. L'articolo 6 della legge n. 5/2012

Nella legge n. 5/2012, la totale volontarietà è insita nel concetto stesso di mediazione, tanto da essere enunciata tra i principi che informano l'istituto. L'assenza di mediazione obbligatoria non è peraltro di ostacolo a che eventuali clausole contrattuali o compromessi di mediazione comportino un obbligo di promovimento.

Così recita l'articolo 6 della legge: “1. La mediazione è volontaria. 2. Quando esista un patto scritto che esprima il consenso a sottoporre a mediazione le controversie insorte o che possano insorgere, si dovrà tentare il procedimento concordato in buona fede, prima di rivolgersi alla giurisdizione od a un'altra soluzione extragiudiziale. Tale clausola produrrà questi effetti anche quando la controversia riguardi la validità o l'esistenza del contratto in cui è inserita. 3. Nessuno è obbligato a proseguire un procedimento di mediazione né a giungere ad un accordo”.

Il legislatore ha cercato di potenziare ulteriormente il ricorso alla mediazione accompagnando la preferenza per la volontarietà e per la libera disposizione con una serie di norme volte a dare conoscenza all'istituto. Le istituzioni di mediazione potranno organizzare sedute informative aperte per le persone che possano essere interessate a utilizzare questa ADR (articolo 17, comma 2). Queste sedute aperte in nessun caso si sostituiranno alla seduta informativa della singola mediazione di cui all'articolo 17, comma 1. Inoltre, le amministrazioni pubbliche competenti per l'approvvigionamento di mezzi materiali al servizio dell'amministrazione della giustizia potranno a disposizione di giudici e cittadini informazione sulla mediazione come alternativa al processo (seconda disposizione aggiuntiva, comma 1). Possono suscitare ugualmente un cambiamento di mentalità dei cittadini a favore di una cultura della mediazione le proposte in tal senso fatte dai giudici all'inizio del processo o la promozione della prassi di includere nei contratti clausole compromissorie che rimettano ipotetiche controversie a mediazione.

intenzione di soddisfare i diritti materiali o gli interessi delle parti non è in contrasto con il carattere di rimedio ultimo del processo, purché si possa accedere a questo una volta fallite quelle vie stragiudiziali preventive e queste siano orientate, effettivamente, a tale scopo. Altrimenti, lungi dal perseguire tale finalità, [le suddette condizioni] costituiscono meri requisiti formali privi di scopo o il cui adempimento si fa dipendere da terzi, dall'altra parte interessata o dall'organo amministrativo che ha il potere di direzione del procedimento stragiudiziale, [ed in tal caso, le condizioni] possono ostacolare [illegittimamente] chi propone un'azione in giudizio nell'esercizio dei suoi diritti” (*fundamento jurídico* 5).

2.2. Uguaglianza delle parti, imparzialità e neutralità del mediatore e confidenzialità

Durante il procedimento di mediazione si deve garantire che le parti intervengano con pari opportunità, mantenendo l'equilibrio tra le loro posizioni e nel rispetto dei punti di vista espressi, senza che il mediatore possa agire a scapito o in favore di alcuna di esse (articolo 7). I procedimenti di mediazione si svolgeranno in modo tale da permettere alle parti in conflitto di raggiungere autonomamente un accordo di mediazione, agendo il mediatore con imparzialità (articolo 8).

La legge presta una particolare attenzione al dovere di confidenzialità, la cui violazione dà luogo a fattispecie di responsabilità (articolo 9). Il procedimento di mediazione e la documentazione che in esso viene utilizzata sono confidenziali. L'obbligo di confidenzialità si estende al mediatore, protetto dal segreto professionale, alle istituzioni di mediazione ed alle parti intervenute, che non potranno rivelare le informazioni cui hanno avuto accesso durante il procedimento.

La confidenzialità della mediazione impedisce che i mediatori o le persone che partecipino al procedimento siano obbligate a dichiarare o a produrre la documentazione in un processo o in un arbitrato. A tale principio si fa eccezione in due casi: *a)* quando le parti, in modo espresso e per iscritto, si dispensano reciprocamente dal dovere di confidenzialità; *b)* quando la richiesta giunge, con decisione motivata, da giudici penali.

Ai suddetti principi la legge aggiunge alcune regole attinenti al comportamento delle parti durante la mediazione (articolo 10). Fermo restando che la mediazione viene organizzata nel modo che le parti ritengano più conveniente, queste debbono prestare collaborazione e offrire un permanente sostegno al mediatore; inoltre, devono agire tra di loro conformemente ai principi di lealtà, buona fede e rispetto reciproco. Ne consegue che, durante il tempo in cui si svolga la mediazione, nessuna delle parti potrà esercitare alcuna azione giudiziaria o stragiudiziale riguardo alla controversia oggetto del procedimento, ad eccezione della richiesta di misure cautelari o di altre misure urgenti che siano imprescindibili per evitare la perdita irreversibile di beni e diritti (da notare è che tale eccezione non era contemplata dal regio decreto-legge n. 5/2012)³². Per questo motivo, e per rafforzare ulteriormente la scelta delle parti di attivare una mediazione, la clausola contrattuale che impegna a sottoporsi a mediazione o l'avvenuto inizio della mediazione impediscono ai tribunali di giudicare su queste controversie per il tempo in cui si svolga il procedimento: allo scopo, è sufficiente che la parte interessata faccia valere questa eccezione mediante richiesta di *declinatoria*. Inoltre, si presume in mala fede, per cui sarà condannata a pagare gli oneri processuali, la parte che non abbia partecipato al procedimento di mediazione tentato prima di presentare la domanda (articolo 395 della legge processuale civile come novellato dalla terza disposizione finale, nono paragrafo): tale presunzione non viene meno neppure se la parte assente è quella che prevale nella successiva sede giudiziale.

³² Sul tema, si veda V. PÉREZ DAUDÍ, *La mediación y las medidas cautelares*, in *InDret*, n. 3, luglio 2012, <http://www.indret.com>.

3. I modi alternativi di risoluzione delle controversie e le competenze giuridiche dei soggetti coinvolti

3.1. Le istituzioni di mediazione

Il legislatore riconosce pienamente l'importante ruolo che le istituzioni di mediazione svolgono per gestire ed incentivare i procedimenti di mediazione; tali istituzioni, tuttavia, non possono prestare direttamente il servizio di mediazione e potranno intervenire solo quando lo preveda la legge.

Le istituzioni di mediazione sono enti pubblici o privati, spagnoli o stranieri, e corporazioni di diritto pubblico che abbiano tra le loro finalità quella di promuovere la mediazione, facilitando l'accesso ad essa e la sua amministrazione, ivi compresa la nomina di mediatori (articolo 5).

La legge dispone che possono essere istituzioni di mediazione le camere di commercio e gli ordini professionali, che possono anche essere organi di arbitrato nazionale ed internazionale³³. Per il caso in cui le istituzioni di mediazione annoverino tra le loro finalità l'arbitrato, sarà loro premura adottare le misure necessarie per separare i due rami di attività. Per quanto riguarda, invece, le istituzioni o servizi di mediazione già istituiti o riconosciuti dalle pubbliche amministrazioni, potranno assumere le funzioni di mediazione purché adempiano alle condizioni stabilite dalla legge (prima disposizione aggiuntiva).

Le istituzioni di mediazione sono obbligate a garantire la trasparenza nella nomina dei mediatori. Debbono rendere nota l'identità dei mediatori che agiscono nel loro ambito e fornire informazioni riguardo (almeno) alla loro formazione, alla loro specializzazione ed alla loro esperienza nell'ambito della mediazione.

È previsto che le istituzioni di mediazione possano predisporre sistemi di mediazione attraverso strumenti telematici, specialmente quando si tratti di controversie sui pagamenti.

L'attività delle istituzioni di mediazione sarà sottoposta al controllo del Ministero della giustizia e delle pubbliche amministrazioni.

3.2. I mediatori

Il mediatore può essere monocratico o collegiale, qualora lo richieda la complessità della materia o se è ritenuto opportuno dalle parti. Al verificarsi quest'ultima ipotesi, i mediatori debbono agire in maniera coordinata (articolo 18).

³³ Si veda, rispettivamente, la prima disposizione finale, che novella la lettera ñ) dell'articolo 5 della legge n. 2/1974, del 13 febbraio, sugli ordini professionali, e la seconda disposizione finale, che aggiorna la lettera i) dell'articolo 2, comma 1, della legge n. 3/1993, de 22 de marzo, legge *básica* sulle camere ufficiali di commercio, industria e navigazione.

3.2.1. La formazione del mediatore

L'articolo 11 disciplina nel dettaglio le condizioni necessarie per svolgere il ruolo di mediatore. Possono essere mediatori le persone fisiche che siano nel pieno esercizio dei diritti civili, purché non lo impedisca la legislazione cui sono sottoposte in ragione della loro professione. Le persone giuridiche dedite alla mediazione dovranno nominare una persona fisica che integri i requisiti previsti dalla legge.

Il mediatore ha un ruolo essenziale nel procedimento per cui anche la sua formazione è un aspetto fondamentale per il legislatore. Considerando che l'attività di mediazione si svolge in molteplici ambiti professionali e sociali, richiedendo abilità che dipendono molto spesso dalla natura del conflitto, la legge esige che il mediatore abbia una formazione generale, senza richiedere specificamente un profilo giuridico. Con riguardo alla partecipazione degli avvocati delle parti, la si rende necessaria soltanto in sede di esecuzione dell'accordo di mediazione se questa comporti il pagamento di somme superiori ai duemila euro (novità introdotta dalla terza disposizione finale, paragrafo diciassette). Naturalmente, questo silenzio non è di ostacolo alla possibile assistenza e consulenza legale alle parti durante il procedimento o al momento di redigere l'accordo di mediazione³⁴.

Il mediatore deve essere in possesso di un titolo ufficiale universitario o di formazione professionale superiore³⁵ e contare fin dall'inizio (a differenza di quanto previsto dai testi normativi del 2010 e del 2011) su una formazione specifica per esercitare la mediazione (in linea anche con la legislazione autonoma in materia di mediazione familiare)³⁶. Ne discende che il mediatore deve frequentare uno o più corsi specifici impartiti da istituzioni debitamente accreditate, che saranno validi per l'esercizio dell'attività di mediazione in qualsiasi parte del territorio nazionale.

Il Ministero della giustizia e le altre pubbliche amministrazioni, in collaborazione con le istituzioni di mediazione, sono tenuti a promuovere e richiedere l'adeguata formazione iniziale e

³⁴ Durante il dibattito parlamentare alcuni gruppi hanno criticato sia la mancata esigenza di formazione giuridica al mediatore sia i possibili pregiudizi nei confronti degli avvocati, pregiudizi che sono stati in parte superati introducendo una modifica al testo del regio decreto-legge per permettere che gli ordini professionali (e, quindi, anche ordini degli avvocati) possano diventare istituzioni di mediazione.

³⁵ L'esigenza di qualificazione attestata da titoli è una novità rispetto il regio decreto-legge n. 5/2012, che non la esigeva.

L'avanprogetto del 2010 richiedeva che il mediatore avesse un titolo universitario di primo grado ed obbligava la pubblica amministrazione a promuovere la formazione continua dei mediatori; mentre il progetto di legge del 2011 aggiungeva la possibilità (e non l'obbligo) di avere una formazione iniziale specifica in tema di mediazione. Tali previsioni erano state criticate come insufficienti dal Consiglio generale del potere giudiziario e dal Consiglio di Stato, poiché incidavano negativamente sulla qualità della mediazione.

³⁶ Dalle leggi autonome si evince la preoccupazione che i mediatori abbiano una solida formazione in mediazione (in generale, accreditata da titoli universitari). Alcune esigono che i corsi frequentati comprendano un periodo di praticantato, affinché i mediatori possano mettere a frutto gli insegnamenti e le tecniche di mediazione studiate, concretizzandole e sviluppando le proprie abilità.

continua dei mediatori, e debbono elaborare codici di condotta volontari per mediatori ed istituzioni di mediazione (articolo 12). Il Governo è legittimato ad istituire, con regolamento, un Registro di mediatori e di istituzioni di mediazione presso il Ministero della giustizia, che dovrà coordinarsi con i registri esistenti nelle Comunità autonome (ottava disposizione finale).

3.2.2. La condotta del mediatore

Le linee che devono guidare la condotta del mediatore sono stabilite nell'articolo 13 della legge n. 5/2012.

È compito del mediatore facilitare la comunicazione tra le parti e vigilare affinché queste possano contare sulle informazioni e sull'assistenza sufficienti. Deve avvicinare le parti nel rispetto dei principi sanciti dalla legge.

Il mediatore può rinunciare allo svolgimento della mediazione, ma ha l'obbligo di consegnare alle parti un verbale in cui consti la sua rinuncia.

Il mediatore non può iniziare o, se del caso, deve abbandonare la mediazione quando sussistano circostanze che pregiudichino la sua imparzialità. Deve rivelare (prima o durante il procedimento) qualsivoglia circostanza che possa incidere sulla sua imparzialità oppure generare un conflitto di interessi, ed in particolare: *a)* ogni tipo di rapporto personale, contrattuale o imprenditoriale con una delle parti; *b)* qualunque interesse diretto o indiretto al risultato della mediazione; *c)* il fatto che egli stesso o un membro della sua impresa od organizzazione abbiano agito in precedenza in favore di una o più delle parti in qualunque circostanza, fatta eccezione per la mediazione. In questi casi, il mediatore può accettare di svolgere o continuare a svolgere la mediazione solo quando sia in grado di assicurare di poter mediare con totale imparzialità e purché le parti lo consentano e lo facciano constare esplicitamente.

Il mediatore deve sottoscrivere un'assicurazione o garanzia equivalente che copra la responsabilità civile eventualmente derivante della sua attività nei conflitti in cui intervenga (articolo 11, comma 3).

L'accettazione della mediazione obbliga il mediatore ad adempiere fedelmente all'incarico; in difetto, egli risponderà per i danni e pregiudizi causati (si elimina ogni riferimento alla mala fede, dolo o temerarietà, cui faceva invece riferimento il regio decreto-legge). Il danneggiato può proporre azione diretta contro il mediatore e, se del caso, nei confronti dell'istituzione di mediazione corrispondente, indipendentemente delle azioni di regresso che questa possa intentare contro il mediatore (articolo 14). La legge ha aggiunto, rispetto al regio decreto-legge, che la responsabilità dell'istituzione di mediazione nasce dalla nomina del mediatore o dall'inadempimento degli obblighi che le spettano.

Spetta al Ministero della giustizia ed alle pubbliche amministrazioni controllare la correttezza dell'attività dei mediatori.

4. Il procedimento di mediazione

Il procedimento di mediazione può essere instaurato: *a)* di comune accordo tra le parti; *b)* da una delle parti, nell'adempimento di un patto di assoggettamento alla mediazione. Nella prima delle ipotesi, la richiesta d'inizio include la designazione del mediatore o dell'istituzione di mediazione e l'accordo riguardo al luogo in cui si svolgeranno le sedute, nonché l'indicazione della lingua o delle lingue che si potranno utilizzare (articolo 16, comma 1).

La richiesta deve essere formulata presso le istituzioni di mediazione o direttamente al mediatore proposto da una delle parti o già designato di comune accordo (articolo 16, comma 2). Se le parti decidono volontariamente di dar luogo ad una mediazione quando è in corso un processo, possono richiedere, di comune accordo, la sua sospensione in conformità alla legislazione processuale (articolo 16, comma 3).

Una volta pervenuta la richiesta d'inizio, e salvo patto contrario delle parti, il mediatore o l'istituzione di mediazione convoca le parti per una *seduta informativa*. L'assenza ingiustificata di una qualunque delle parti implica la rinuncia alla mediazione e l'informazione riguardante la parte o le parti che non hanno partecipato non può considerarsi confidenziale (articolo 17, comma 1).

Durante l'incontro, il mediatore dà conto alle parti delle possibili cause che possano incidere sulla sua imparzialità, della sua professione, della sua formazione e della sua esperienza. Comunica anche le caratteristiche della mediazione, il suo costo, l'organizzazione del procedimento e le conseguenze giuridiche di un eventuale accordo, nonché il termine per sottoscrivere il verbale della seduta costitutiva.

Superata la fase informativa, la mediazione comincia con una *seduta costitutiva* in cui le parti esprimono il loro desiderio di mediare. Il verbale della seduta costitutiva contiene: *a)* i dati identificativi delle parti; *b)* la designazione del mediatore e, se del caso, dell'istituzione di mediazione, o l'accettazione della persona designata da una delle parti; *c)* l'oggetto della controversia che si sottopone a mediazione; *d)* il programma di attività da compiere e la durata massima prevista per lo svolgimento del procedimento, senza pregiudizio della sua possibile modificazione³⁷; *e)* il costo della mediazione o i criteri per la sua determinazione, con indicazione separata degli onorari del mediatore e di altre possibili spese; *f)* la dichiarazione delle parti di accettazione volontaria della mediazione e degli obblighi da essa derivanti; *g)* il luogo di svolgimento e la lingua del procedimento (articolo 19, comma 1). Il documento deve essere sottoscritto da tutte le parti e dal mediatore o dai mediatori. In caso contrario, il verbale dà conto che la mediazione è stata tentata senza produrre effetti (articolo 19, comma 2).

Durante il procedimento il mediatore convoca le parti per ogni seduta con sufficiente preavviso, dirige le sedute e facilita l'esposizione delle rispettive posizioni e la loro comunicazione in modo paritario ed equilibrato. Le comunicazioni tra il mediatore e le persone in conflitto non devono

³⁷ La legge insiste sul fatto che la durata sia la più breve possibile e che le attività si concentrino nel minor numero possibile di sedute (articolo 20).

necessariamente essere simultanee. Il mediatore comunica a tutte le parti le riunioni che terrà separatamente con alcuna di esse (il c.d. *caucus*), senza pregiudizio della confidenzialità di quanto trattato. Il mediatore non potrà né comunicare né distribuire le informazioni o la documentazione che una parte gli abbia fornito, salvo che ne abbia l'autorizzazione esplicita (articolo 21).

La legge prevede che le parti possano concordare che tutte o solo alcune delle attività di mediazione (ivi compresa la seduta costitutiva e le sedute successive per le quali se ne ravvisi l'opportunità) avvengano attraverso strumenti telematici, per videoconferenza o un altro mezzo analogo di trasmissione della voce o dell'immagine, a patto che resti garantita l'identità di chi interviene ed il rispetto dei principi della mediazione. Le controversie riguardanti il pagamento di una somma non superiore a seicento euro si svolgeranno preferibilmente³⁸ con strumenti telematici, a meno che l'impiego di questi non sia possibile per alcuna delle parti (articolo 24). Questa modalità innovativa di risoluzione dei conflitti offre grandi vantaggi per quanto riguarda i costi e la rapidità delle comunicazioni³⁹. Inoltre, agevola la possibilità di accesso alla mediazione da parte di imprese o di persone residenti in località lontane o comunque impossibilitate a spostarsi.

Il procedimento di mediazione può concludersi con l'accordo oppure in assenza di questo, perché tutte o alcune delle parti abbiano esercitato il loro diritto di dare per concluse le attività (comunicandolo al mediatore), o perché sia trascorso il termine massimo di durata del procedimento, oppure perché il mediatore valuti, in modo giustificato, che le posizioni delle parti sono inconciliabili o, infine, perché intervenga un'altra causa che determini la conclusione (infruttuosa) del procedimento.

Con la conclusione del procedimento si restituiscono a ciascuna parte i documenti che siano stati prodotti. Con i documenti che non sono soggetti a restituzione si forma un fascicolo che il mediatore (o l'istituzione di mediazione) deve conservare e custodire una volta terminato il procedimento, per un periodo di quattro mesi (articolo 22, comma 1)⁴⁰.

La rinuncia del mediatore a proseguire il procedimento o il rifiuto delle parti della sua mediazione porta alla conclusione del procedimento solo quando non si riesca nominare un nuovo mediatore (articolo 22, comma 2).

Il *verbale finale* determina la conclusione del procedimento. Esso deve riportare gli accordi raggiunti in forma chiara e comprensibile, o deve dar conto della terminazione della mediazione per qualsiasi altra causa. Il verbale deve essere sottoscritto da tutte le parti e dal mediatore o dai mediatori. A tutti i firmatari si consegna una copia in originale. La legge ha aggiunto che, nel caso

³⁸ Nel progetto di legge del 2011 e nel regio decreto-legge del 2012, le controversie riguardanti una somma inferiore a trecento euro dovevano dar luogo obbligatoriamente a mediazione mediante strumenti telematici, salvo che ciò fosse impossibile per alcuno dei partecipanti.

³⁹ La settima disposizione finale della legge n. 5/2012 prevede che il Governo possa predisporre un procedimento semplificato di mediazione con strumenti esclusivamente telematici quando la controversia riguardi il pagamento di somme pecuniarie. La durata massima del procedimento sarà, in tal caso, di un mese, salvo proroga.

⁴⁰ Il termine risulta, dunque, contratto rispetto ai sei mesi previsti nel regio decreto-legge n. 5/2012.

in cui una delle parti non intenda firmare il verbale, il mediatore lo farà constare nell'atto, consegnando una copia alle parti che lo richiedano (articolo 22, comma 3).

L'accordo di mediazione può riguardare una parte o la totalità delle questioni sottoposte a mediazione, ma deve contenere le seguenti indicazioni: l'identità ed il domicilio delle parti, il luogo e la data di sottoscrizione, gli obblighi che ogni parte si assume, se è stato seguito un procedimento di mediazione rispettoso delle previsioni della legge, indicando il mediatore o i mediatori intervenuti e, se del caso, l'istituzione di mediazione presso cui si è svolto il procedimento.

L'accordo di mediazione deve essere sottoscritto dalle parti o dai loro rappresentanti⁴¹. Si deve consegnare una copia dell'accordo a ciascuna delle parti e un'altra deve restare al mediatore, che è tenuto a conservarla. Il mediatore informa le parti della natura vincolante dell'accordo raggiunto nonché della possibilità di richiedere la sua elevazione a scrittura pubblica, allo scopo di configurare tale accordo come titolo esecutivo (articolo 23, commi da 1 a 3).

Per contestare quanto convenuto nell'accordo di mediazione può esercitarsi soltanto l'azione di annullamento sulla base delle cause di invalidità dei contratti (articolo 23, comma 4).

5. Gli oneri finanziari connessi al ricorso alla mediazione

La legge non ha stabilito criteri orientativi per determinare le tariffe dei servizi di mediazione. La regola è che gli oneri finanziari della mediazione si dividano equamente tra le parti, salvo patto contrario, e ciò a prescindere dal raggiungimento o meno di un accordo (articolo 15, comma 1). È previsto, inoltre, che i mediatori e le istituzioni di mediazione possano esigere dalle parti lo stanziamento di somme che ritengano necessarie per coprire le spese legate alla mediazione. Se una o tutte le parti non vi provvedano entro il termine previsto, il mediatore o l'istituzione di mediazione può dare per conclusa la mediazione. Tuttavia, nel caso facesse difetto solo il pagamento di alcuna delle parti, prima di dichiarare la conclusione del procedimento è necessario dare comunicazione di questa circostanza alle altre parti, le quali, se fossero interessate a proseguire, potrebbero provvedere a supplire al mancato pagamento entro il termine fissato (articolo 15, comma 2).

La legge non ha previsto che la mediazione sia gratuita per chi sia privo di risorse economiche, ma il comma 2 della seconda disposizione aggiuntiva, dedicata all'impulso alla mediazione, sancisce che le pubbliche amministrazioni debbono (semplicemente) *cercare di* includere la mediazione tra le attività di assistenza e di orientamento antecedenti al processo gratuiti, previsti dall'articolo 6 della legge n. 1/1996, del 10 gennaio, sul patrocinio gratuito⁴²⁻⁴³.

⁴¹ Si è eliminata la necessità di presentarsi al mediatore entro dieci giorni per firmare, come invece previsto dal regio decreto-legge n. 5/2012.

⁴² Il progetto di legge del 2011 non prendeva nemmeno in considerazione la mancanza di risorse economiche delle parti. La disposizione aggiuntiva è però molto lassa; non si era mai vista una simile previsione. È probabile che la mancata obbligatorietà di riconoscere il patrocinio gratuito venga della situazione di crisi del paese. Può supporre un settembre 2012

6. Gli effetti del mancato accordo

La mediazione risponde alla necessità di risolvere senza appesantimenti i conflitti al di fuori delle vie processuali. Tale finalità non può, tuttavia, essere perseguita a detrimento delle garanzie offerte dall'ordinamento giuridico. In caso di mancato accordo, dunque, le parti hanno la possibilità di ricorrere al giudice. Non a caso, l'*incipit* del preambolo della legge reca, significativamente, le seguenti parole: “senza nulla togliere alla funzione essenziale in uno Stato di diritto di garantire la tutela giudiziaria dei diritti dei suoi cittadini [...]”.

7. Gli effetti dell'accordo di mediazione

Diversamente da quanto stabilito nel progetto di legge del 2011, l'accordo di mediazione non è di per sé un titolo esecutivo. Le parti possono elevare a scrittura pubblica⁴⁴ l'accordo raggiunto dopo un procedimento di mediazione sottoponendolo ad un notaio. L'accordo deve essere, in tal caso, accompagnato dalla copia dei verbali della seduta costitutiva e della seduta finale del procedimento, senza che sia necessaria la presenza del mediatore. Onde elevare a scrittura pubblica l'accordo di mediazione, il notaio è tenuto a verificare che siano state rispettate le condizioni previste dalla legge e che il suo contenuto non sia contrario a norme imperative (articolo 25, commi 1 e 2). Quando, però, l'accordo è stato raggiunto con una mediazione endoprocessuale, le parti possono richiedere allo stesso tribunale l'omologazione dell'accordo, conformemente alla legge processuale civile (articolo 25, comma 4).

Con riguardo al giudice competente per l'esecuzione degli accordi di mediazione, la legge prevede che sia il tribunale di primo grado del luogo dove è stato sottoscritto l'accordo di mediazione (conformemente all'articolo 545, comma 2, della legge processuale civile), mentre l'esecuzione degli accordi risultanti da una mediazione iniziata quando era in corso un processo può essere richiesta dinanzi al tribunale che ha omologato l'accordo (articolo 26).

Alcuni autori ritengono che la decisione di non dotare l'accordo di esecutività immediata e di sottoporlo previamente a controllo sia più in linea con la direttiva 2008/52/CE. Tuttavia, nonostante

importante carico economico per lo Stato se esiste un numero rilevante di mediazioni, ed è rischioso includere questo costo in già il conflittuale ambito del pagamento ai fornitori di servizi di giustizia gratuita (cfr. H. SOLETO MUÑOZ, *La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil*, in *Diario La Ley*, n. 7834, 10 aprile 2012, consultato in versione elettronica).

⁴³ La maggior parte delle leggi autonome stabiliscono la gratuità della mediazione per le persone che riuniscono la condizione per beneficiarie del diritto al patrocinio gratuito. A volte quando il patrocinio gratuito spetta a una delle parti, l'altra dovrà abbonare la metà del costo della mediazione, d'accordo con le tariffe previste (ad esempio, articoli 21 della legge delle Canarie, 27 della legge andalusa e 6, comma 2, della legge valenziana).

⁴⁴ Nel caso in cui l'accordo di mediazione deve essere eseguito in un altro Stato, oltre all'elevazione a scrittura pubblica è necessario il rispetto degli ulteriori requisiti che possano esigere gli accordi internazionali di cui la Spagna sia parte e le norme dell'Unione europea (articolo 25, comma 3).

la rilevanza del compito di controllo affidato ai notai, il cui scopo è quello di alleviare il carico di lavoro dei giudici, si tratta di una misura che si pone in distonia con l'impianto complessivo della legge, diretto a rendere quanto più possibile agile la mediazione⁴⁵: l'accordo deve infatti superare un doppio controllo, prima del notaio, per elevarlo a scrittura pubblica, e poi del giudice quando se ne richieda la esecuzione.

Nel caso specifico degli accordi di mediazione transfrontaliera, la legge prevede che, salvo quanto disposto dalla normativa dell'Unione europea e dagli accordi internazionali in vigore in Spagna, un accordo di mediazione che abbia acquisito forza esecutiva in un altro Stato potrà essere esecutivo in Spagna solo quando la suddetta forza esecutiva derivi dall'intervento di un'autorità competente che svolga funzioni equivalenti a quelle esercitate delle autorità spagnole. Un accordo di mediazione che non sia stato dichiarato esecutivo da un'autorità straniera potrà essere reso esecutivo in Spagna solo previa elevazione a scrittura pubblica fatta da un notaio spagnolo su richiesta delle parti o di una di esse con il consenso espresso delle altre. Tuttavia, il contenuto del documento straniero non potrà dar luogo ad esecuzione quando esso risulti manifestamente contrario all'ordine pubblico spagnolo (articolo 27).

8. Considerazioni conclusive sul rapporto tra i modi alternativi di risoluzione delle controversie ed il diritto di accesso alla tutela giurisdizionale

La tutela giurisdizionale effettiva è un diritto fondamentale per la cui effettività si richiede una disciplina legislativa. Nell'attuazione da parte delle fonti primarie, il diritto può essere limitato a beneficio dell'effettività o della promozione di altri diritti, interessi o beni giuridici costituzionalmente protetti. Il Tribunale costituzionale ha confermato che, a certe condizioni, il legislatore può in effetti ritardare il suo esercizio.

L'accesso alla giurisdizione può essere sottoposto all'accertamento di condizioni preliminari, come può essere l'obbligo di sottoporsi a mediazione, purché ciò non presupponga una dilazione indebita o irragionevole della possibilità per le parti di chiedere ed ottenere una decisione giudiziaria sulla loro controversia. La ricerca di una soluzione stragiudiziale della controversia, dunque, non è di per sé in contrasto con il carattere di rimedio ultimo del processo, per cui, fatte salve le anzidette condizioni, la decisione di imporre o meno la mediazione nelle controversie civili e commerciali resta una decisione di politica del diritto.

Nel caso della legge n. 5/2012, il legislatore ha preferito sottolineare la volontarietà dell'istituto, nella convinzione che il massimo sviluppo della libertà delle parti possa favorire, in ultima analisi, il successo di questa ADR.

⁴⁵ Cfr. T. HUALDE MANSO, *Del Proyecto de Ley española de mediación (2011) al RD-Ley de mediación (2012)*, 02/03/2012, 4-6, <http://www.mediacionarbitraje.eu/wp-content/uploads/2012/04/Reflexiones-sobre-la-nueva-normativa-de-mediación.pdf>.

STATI UNITI

di Sarah Pasetto e Diego Praino*

1. Cenni introduttivi sulla mediazione nel sistema statunitense

Nell'ordinamento statunitense, le forme di risoluzione alternativa delle controversie, non solo hanno un'origine più risalente rispetto al medesimo fenomeno in altri ordinamenti, ma sono state inoltre favorite dall'assenza di schemi istituzionali rigidi. Non a caso, dunque, il sistema presenta un panorama normativo decisamente vasto, offrendo modelli diversi di definizione delle dispute.

Anche nell'ordinamento statunitense, la forma di ADR più diffusa è, oltre all'arbitrato, la mediazione, sviluppatasi prima nel diritto del lavoro¹, per poi diffondersi, soprattutto negli ultimi decenni, a quasi ogni settore del diritto, da quello commerciale a quello di famiglia, sino addirittura a quello penale². La mediazione è un istituto flessibile caratterizzato dalla riservatezza, dal consenso e dalla non vincolatività, che prevede la partecipazione di un terzo, neutrale, che ha il compito di facilitare la discussione tra le parti: a seconda della tipologia di mediazione, il mediatore può semplicemente agevolare la discussione, oppure anche proporre soluzioni alle parti³.

La mediazione è ritenuta vantaggiosa poiché permette ai contendenti di non rivolgersi in giudizio, evitandone costi e tempi, e permette di mantenere, se non addirittura migliorare, un rapporto collaborativo tra le parti⁴; inoltre, la mediazione permette una maggiore flessibilità nella

* La ricerca, condotta congiuntamente dai due autori con il coordinamento di Paolo Passaglia, rientra nel programma di *stage* che il dott. Praino sta svolgendo presso il Servizio Studi.

¹ Nel 1882 è stato emanato l'*Interstate Commerce Act*, che ha istituito un sistema di rinvio alla mediazione volontaria per la risoluzione di dispute relative a contratti di lavoro concernenti le ferrovie statunitensi.

² Nel *Ninth Circuit*, infatti, anche questioni penali di notevole importanza – relativamente, ad esempio, alla pena di morte – possono essere soggette a mediazione (si v. la relazione preparata dalla Corte d'appello del *Ninth Circuit*, che comprende gli Stati nord-occidentali del paese, reperibile al seguente indirizzo *Internet*: <http://www.ca9.uscourts.gov/mediation/>).

³ L'incidenza del terzo varia a seconda della volontà delle parti, dei regolamenti degli enti di "appartenenza" del mediatore, ma anche in ragione della personalità del mediatore stesso. Si può avere, così, la *facilitative mediation*, in cui il mediatore predispose un procedimento (organizzando discussioni, ponendo domande, evidenziando ciò che le parti hanno in comune) volto a facilitare il raggiungimento di un accordo; la *evaluative mediation*, sviluppatasi in un secondo momento, in cui il mediatore può anche dare il proprio parere circa le rispettive posizioni e pretese delle parti; la *transformative mediation*, la tipologia più recente, in cui si pone l'enfasi sul superamento della controversia e sull'apprezzamento dei pareri legali, dei punti di forza e della situazione delle parti (ponendo così le basi per la "trasformazione" del rapporto tra i contendenti).

⁴ Pregi peraltro colti già dal Presidente Abraham Lincoln, il quale aveva consigliato agli avvocati di "[c]onvincere i [propri] vicini a giungere ad un compromesso, ogniqualvolta fosse possibile", giacché "il vincitore nominale è spesso in realtà un perdente, per quanto riguarda le spese legali, relative al processo, e la perdita di tempo" (cit. in T.L.

risoluzione e comporta in genere costi assai più contenuti rispetto al procedimento giudiziario⁵.

2. La *judicial mediation*

Prendendo le mosse dalla *judicial mediation*, ossia dalla procedura che si svolge in sede processuale con l'intervento del giudice, bisogna considerare che negli Stati Uniti il processo, inserito in un sistema in cui il diritto è rivolto intrinsecamente al raggiungimento di accordi, essendo concepito come strumento che rende più agevoli le trattative private⁶, è tradizionalmente considerato una sede privilegiata per la transazione (*settlement*)⁷. Da un lato, infatti, la stessa struttura del processo *adversary*, che presuppone un'intensa attività di comunicazione fra le parti (ed i loro difensori) e lo scambio di dati sulle rispettive posizioni di forza nella fase preliminare della *discovery*, comporta una naturale tendenza alla negoziazione, indipendentemente da uno specifico intervento del giudice a tal fine; dall'altro, passando in rassegna ulteriori aspetti dell'ordinamento in esame, emerge non solo un rilevante collegamento fra la propensione all'accordo ed il ruolo conciliativo svolto dalla giuria, intesa come luogo di mediazione tra le opinioni dei giurati, ma anche il peso preponderante della stessa disciplina dei costi processuali, che da un lato favorisce la litigiosità, ma dall'altro suggerisce sovente una chiusura anticipata della causa.

Invero, già verso la fine degli anni '60, la conciliazione giudiziale, nonostante non fosse ancora riconosciuta a livello normativo, iniziò a diventare un fenomeno centrale nel sistema statunitense. In particolare, il potere del giudice di far arrivare alla conciliazione faceva da contraltare alla crescente complessità delle controversie, che tra l'altro diventavano sempre più numerose.

Nell'ambito della riforma generale delle *Federal Rules of Civil Procedure*, si arrivò, nel 1983 (ma altri interventi successivi si sono susseguiti), al riconoscimento formale del potere conciliativo del giudice, ora delineato come potere direttivo e gestionale (ovvero di *case management*), da esercitarsi nel corso della *discovery*. Nello specifico, la *Rule 16* configura in capo al giudice un potere-dovere di iniziativa in favore della conciliazione, il quale si tramuta per le parti in un vero e proprio obbligo di partecipazione – e qui non basta una mera presenza formale, dovendo la

TRANTINA, *An Attorney's Guide to Alternative Dispute Resolution (ADR): "ADR 101"*, 2003, 1. Il testo è reperibile al seguente indirizzo Internet: <http://apps.americanbar.org/buslaw/newsletter/0008/adr/adr101.pdf>.

⁵ COMMITTEE ON ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION, *The Uniform Mediation Act and Mediation in New York* (2002), New York, The New York State's Bar Association, 1-2.

⁶ Tale aspetto viene indicato con l'espressione *facilitating law* ed è contrassegnato dal carattere procedurale del diritto privato: cfr. FERRARESE, *Il diritto americano e l'imprenditorialità dei privati*, in *Pol. dir.*, 1995, 97-113; F. C. ULLOA, *La conciliazione: modelli di composizione dei conflitti*, Padova, Cedam, 2008, 56.

⁷ Non a caso, la conciliazione copre circa i due terzi degli esiti complessivi del contenzioso civile: HAZARD, TAIT, FLETCHER, BUNDY, *Pleading and Procedure*, New York, 2005, 919; F. C. ULLOA, *La conciliazione: modelli di composizione dei conflitti*, cit., 55 ss.

partecipazione, sia delle parti che dei difensori, essere in buona fede⁸ – al tentativo posto in essere dal giudice, pena l'applicazione di sanzioni e la considerazione del comportamento riluttante ai fini della decisione sulle spese⁹.

Tuttavia, tale potere non va oltre l'iniziativa conciliativa, potendo il giudice costringere le parti soltanto al tentativo, ma non anche all'esito positivo della conciliazione; ciò in osservanza del principio della volontarietà della mediazione, riconosciuto a livello federale anche dallo *Uniform Mediation Act* del 2001 (su cui, v. *infra*, par. 3). D'altro canto, limite invalicabile della funzione conciliativa del giudice è il rischio che la propria posizione d'imparzialità venga messa in discussione; non a caso è diffusa la pratica di assegnare le attività relative ad un giudice diverso da quello che condurrà il processo in caso di mancato accordo (*infra*, parr. 4.3 e 5.3).

Accanto alla conciliazione giudiziale, la *Rule 68* prevede anche un particolare meccanismo endoprocessuale che funge da minaccia alla parte irragionevolmente litigiosa, ma rispetto al quale il giudice rimane perlopiù estraneo, intervenendo soltanto nella fase finale: il convenuto, entro dieci giorni dall'inizio del dibattimento, può sottoporre un'offerta transattiva all'attore¹⁰, il quale, nel caso in cui rifiuti, ma poi ottenga a conclusione del processo una sentenza meno favorevole rispetto all'offerta, può essere condannato dal giudice a pagare i costi processuali del convenuto¹¹. In tal caso, la minaccia della sanzione dovrebbe condurre ad una soluzione consensuale della controversia.

Al di là della funzione di iniziativa conciliativa sopra esaminata, il giudice non svolge alcuna attività di fronte agli accordi già raggiunti dalle parti, limitandosi a prenderne atto senza entrare nel merito del loro contenuto. In particolare, se oggetto della lite è il pagamento di una somma, l'attore

⁸ Ciò è stabilito espressamente al paragrafo (f) della *Rule* sulle sanzioni, che recita: “(1) *In generale*. Su richiesta delle parti o di propria iniziativa, la corte può emanare qualsiasi ordinanza [ritenuta] opportuna [...], se una parte o il suo difensore legale [...] (B) è significativamente impreparato a partecipare – o non partecipa in buona fede – alla [pretrial] conference”. Nella formulazione originale, la *Rule* non elencava le sanzioni applicabili per la sua violazione. Tuttavia, le corti non hanno esitato a dare efficacia alla *Rule* con misure adeguate: si v. ad esempio *Link v. Wabash R. Co.*, 370 U.S. 628 (1962), *Admiral Theatre Corp. v. Douglas Theatre*, 585 F.2d 877 (8th Cir. 1978). La modifica della *Rule* ha tenuto conto di questa evoluzione giurisprudenziale, ma anche della nuova *policy* di incoraggiare un *case management* più incisivo da parte dei giudici. Per maggiori dettagli, v. *infra*, par. 4.1.

Tra le sanzioni possibili figurano il rigetto del ricorso e la sospensione del procedimento, ma l'elenco redatto non è tassativo, di talché il giudice ha un certo margine di discrezionalità (v. le *Notes of Advisory Committee on Rules – 1983 Amendment*, reperibili al seguente indirizzo Internet: http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_16).

⁹ Il modello di conciliazione esaminato, dunque, si configura come giudiziale, endoprocessuale ed obbligatorio: F. C. ULLOA, *La conciliazione: modelli di composizione dei conflitti*, cit., 58.

¹⁰ Da notare è che l'attore non dispone di un analogo potere, a differenza di quanto avviene ad es. nel sistema britannico (v. il capitolo sull'Inghilterra della presente ricerca).

¹¹ La giurisprudenza interpreta restrittivamente tale previsione, ammettendo la condanna al pagamento delle sole spese processuali: R.D. SIMON, *Rule 68 at the crossroads: the relationship between offers of judgment and statutory attorney's fees*, in 53 *U. Cin. L. R.*, 1984, 889, 891; F. C. ULLOA, *La conciliazione: modelli di composizione dei conflitti*, cit., 60 ss.

rinunzia all'azione in seguito al pagamento consensuale (facendo valere una *voluntary dismissal*), mentre se l'accordo contempla la previsione di specifiche condotte, il giudice semplicemente ne recepisce il contenuto con un *consent decree*.

Contrariamente alla regola generale, nel caso delle *class actions*, l'accordo, per essere efficace e definitivo, deve essere approvato dal giudice, che svolge quindi una funzione attiva di controllo. La disciplina della *Rule 23* – la quale è stata anche di recente modificata nel senso di un rafforzamento dei controlli sugli accordi, al fine di superare le possibili distorsioni nell'uso dei *settlements* – prevede un particolare subprocedimento (la c.d. *fairness hearing*) che deve essere attivato in caso di soluzione mediatrice della lite e stabilisce che, al termine di tale fase, la soluzione possa essere approvata dal giudice solo se questi la consideri *fair, reasonable e adequate*. Dunque, il giudice deve compiere una verifica nel merito, secondo parametri – specificati dalla dottrina e dalla giurisprudenza federale – che impongono di considerare sia le modalità di formazione dell'accordo, sia la ragionevolezza del suo contenuto.

Sono evidenti, tuttavia, le notevoli problematiche applicative legate a questa disciplina, giacché risulta estremamente difficile per il giudice adoperare i parametri di riferimento, dovendo procedere ad una comparazione fra l'accordo concreto e quello che sarebbe stato l'esito "giusto" della lite, senza però disporre, in sede di *fairness hearing*, dei dati necessari a tale comparazione, dati che sarebbero acquisibili solamente attraverso il processo che l'accordo mira ad evitare. Non a caso, in occasione della riforma della *Rule 23*, sono stati rafforzati i mezzi informativi del giudice: la norma novellata, infatti, prevede che all'udienza di approvazione dell'accordo debbano partecipare, oltre ai membri della classe, anche gli altri soggetti portatori di interessi contigui, i quali potranno sia contestare i profili dell'accordo, sia permettere al giudice una valutazione più approfondita attraverso la presentazione di materiale di valutazione aggiuntivo rispetto a quello fornito dalle parti. Infine, come mezzo di tutela, il giudice può subordinare l'approvazione dell'accordo alla condizione che sia prevista un'ulteriore possibilità di autoesclusione per i membri della classe, da esercitare dopo essere venuti a conoscenza dei termini dell'accordo stesso.

3. La *mediation* stragiudiziale

Per quanto concerne la conciliazione stragiudiziale, ossia quella procedura conciliativa affidata a soggetti privi di funzioni giudicanti, dalla metà degli anni '70 sono emersi fenomeni con caratteristiche molto diverse fra loro, legati solo da una comune natura a-giurisdizionale e dall'ampia libertà delle parti di stabilire le regole da seguire.

Si pensi, ad esempio, ai centri privati o agli sportelli e centri di vicinato, gestiti da enti o associazioni, che offrono servizi di risoluzione dei conflitti, oppure alle procedure istituzionali dirette da agenzie amministrative per la risoluzione delle liti relative ai loro ambiti di intervento, le quali costituiscono strumenti di attuazione di politiche federali e statali¹². Ancora, di perdurante

¹² Ponendosi, in tal modo, come una alternativa rispetto alla mediazione intesa in senso tradizionale.

interesse è l'esperienza della *labor mediation* (nel settore delle relazioni sindacali), la più risalente – come detto – nel sistema statunitense, per tacere della più recente attività di mediazione delle *employment discrimination disputes*, per la risoluzione delle controversie fra datore di lavoro e lavoratore, e le esperienze conciliative del contenzioso familiare (divorzio e crisi familiari).

Nel 2001, è stato approvato dalla *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (nota anche come *Uniform Law Commission*) il cosiddetto *Uniform Mediation Act* (d'ora innanzi, UMA), legge-modello in materia di *mediation*, alla quale gli Stati sono liberi di aderire o meno, e che predispone una base normativa (di principio) uniforme, che la legislazione statale potrà integrare in sede di recepimento¹³⁻¹⁴.

Di grande interesse appaiono le norme concernenti l'imparzialità del mediatore¹⁵, che costituisce l'elemento centrale dell'istituto, essendo previsto l'obbligo del *mediator* di compiere un'indagine ragionevole su tutti i possibili conflitti di interesse. Il fulcro della disciplina è comunque rappresentato dalla tutela della riservatezza, la quale è garantita dall'applicazione di un *privilege*, vale a dire di un segreto probatorio che impedisce la rivelazione e l'utilizzo in sede processuale di tutte le comunicazioni poste in essere nel corso della mediazione¹⁶.

Per quanto riguarda, in particolare, il rapporto fra conciliatore e autorità giudiziaria, la *section 7* prevede un divieto per il *mediator* di redigere relazioni o altre forme di comunicazione rivolte al giudice che deciderà sulla lite (divieto che si applica essenzialmente ai dati relativi al merito della controversia; sono ammesse solo informazioni concernenti l'inizio o la conclusione della conciliazione). Lo UMA contiene poi una norma generale con valenza extraprocessuale, in virtù della quale gli Stati vengono invitati ad individuare deroghe al principio di riservatezza di fronte ad interessi superiori; viene però al contempo tutelata l'autonomia delle parti, le quali possono definire

¹³ Nell'*Act* si definisce, tra l'altro, la *mediation* come qualunque "processo nel quale un *mediator* facilita la comunicazione e la negoziazione tra le parti allo scopo di aiutarle a raggiungere un accordo volontario relativamente alla loro controversia" (UMA, *section 2*). In particolare, tale definizione sembra dare ampio rilievo all'intervento del mediatore ed alla comunicazione ed esclude, espressamente, le tipologie di ADR in cui il terzo riveste un ruolo di "giudice" e/o di inquirente.

¹⁴ Ad oggi, hanno aderito all'*Act* il *District of Columbia* e Stati quali Idaho, Illinois, Iowa, Nebraska, New Jersey, Ohio, Dakota del Sud, Utah, Vermont e Washington; la sua attuazione è in fase di valutazione nel Minnesota, New York, Minnesota, Massachusetts e Connecticut; in Delaware, Florida, Montana, Nevada, Oregon e Wyoming, infine, sono state adottate leggi simili allo UMA.

¹⁵ Sull'imparzialità del mediatore si v. anche *infra*, par. 5.3.

¹⁶ Il segreto si rivolge, oltre che alle parti, anche al mediatore ed ai terzi partecipanti (UMA, *section 4*). Tuttavia, solo le parti possono impedire la rivelazione delle comunicazioni rese da parte di chiunque, mentre il mediatore ed i terzi possono solo impedire la rivelazione delle proprie comunicazioni (UMA, *section 5*). In ogni caso, il segreto è suscettibile di rinuncia e incontra varie eccezioni, allorquando l'interesse alla rivelazione è ritenuto superiore (UMA, *section 6*, paragrafi (a) e (b)). In particolare, non sono coperti dal segreto gli accordi di mediazione scritti, mentre sono coperti quelli conclusi oralmente. Inoltre, dovrebbe essere sempre ammessa la rivelazione di informazioni che provino la responsabilità del *mediator* (*professional misconduct*; UMA, *section 6(a)(5)*). Il testo dell'*Act* è reperibile al seguente indirizzo Internet: http://www.uniformlaws.org/shared/docs/mediation/uma_final_03.pdf.

la portata della riservatezza nei rapporti con i terzi tramite accordo contrattuale.

Infine, per quanto concerne la figura del terzo, l'*Act* non richiede il possesso di specifici requisiti professionali per chi intenda svolgere la funzione di mediatore¹⁷.

4. I programmi di *court annexed mediation*

Nell'ordinamento statunitense, si è verificato un processo di progressiva convergenza fra i due tipi di mediazione sopra esaminati, con la conseguente affermazione di un terzo modello, insieme giudiziale e stragiudiziale¹⁸.

4.1. Cenni storici

Nel 1983, con la riforma delle *Federal Rules of Civil Procedure*, la nuova versione della *Rule 16* ha prospettato per il giudice anche la possibilità di ponderare assieme alle parti l'opportunità di ricorrere a forme stragiudiziali di risoluzione della controversia. Nel 1988, poi, il Congresso ha approvato la legge federale intitolata *Judicial Improvements and Access Act*, la quale permetteva in via sperimentale a venti corti distrettuali di adottare programmi di *court annexed ADR*; due anni più tardi, la sperimentazione è stata estesa a tutte le corti distrettuali – con il *Civil Justice Reform Act*, che imponeva anche a tredici corti federali di adottare programmi di ADR e richiedeva a tutte le altre di delineare piani di riduzione dei costi e dei ritardi del contenzioso considerando il ricorso generalizzato a procedure di *court annexed ADR*. Ancora, nel 1993 la *Rule 16* è stata di nuovo modificata nel senso di circoscrivere il generale potere di indirizzo del giudice nell'ambito dei programmi di *court annexed procedures*¹⁹.

Invero, una volta terminato il periodo di sperimentazione, i dati raccolti non sono stati particolarmente positivi in termini di deflazione del contenzioso e della riduzione dei costi e tempi dei processi. Ciononostante, in seguito a pressioni pervenute principalmente dal settore giudiziario e

¹⁷ In merito, lo UMA pone la norma generale secondo la quale il terzo nominato deve rivelare alla parte che lo richiama le proprie competenze professionali. Sulla formazione ed accreditamento dei mediatori, v. *infra*, par. 5.2.

¹⁸ Già nel 1976, prospettando una corte “a molte porte”, Sander aveva delineato le tappe di questa convergenza, disegnando il modello di quella che sarebbe divenuta la *court annexed mediation*: una mediazione stragiudiziale che il giudice può imporre o suggerire alle parti a processo iniziato, come alternativa al giudizio: F. SANDER, *Varieties of Dispute Processing – Address Delivered at the National Conference on the Causes for Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice (April 7-9, 1976)*, in 70 *F.R.D.*, 1976, 111 ss.; F. C. ULLOA, *La conciliazione: modelli di composizione dei conflitti*, cit., 75.

¹⁹ In particolare, si è sostituita la generica espressione “*extrajudicial procedures*” con il preciso riferimento a “*special procedures to assist in resolving the dispute when authorized by statute or local rule*”; in altre parole, si sono limitati alle sole forme di mediazione *court annexed* i poteri del giudice di rinvio a forme di risoluzione extraprocessuali.

dai mediatori, nel 1998 è stato approvato l'*Alternative Dispute Resolution Act* (ADRA)²⁰, una legge federale di portata generale che ha istituzionalizzato le forme di *court annexed procedures* in tutte le giurisdizioni federali, anche di appello, tramite l'estensione a tutte le corti di programmi ADR, i quali sono stati inseriti all'interno dei processi, ma il cui svolgimento è stato affidato a soggetti esterni²¹.

4.2. L'*Alternative Dispute Resolution Act*

Per quanto riguarda l'impianto generale dell'ADRA, è da sottolineare che esso non disciplina soltanto la mediazione (che mantiene comunque un ruolo preponderante), ma istituzionalizza anche le altre procedure ADR già testate presso le corti federali: l'arbitrato, la *Early Neutral Evaluation*, il *Summary Jury Trial*, il *Mini Trial* e altri procedimenti ibridi²².

Sul piano della struttura normativa, l'ADRA non presenta una disciplina specifica delle singole procedure, ma solamente un quadro generale entro il quale i singoli programmi ADR vanno ricostruiti. Il par. 652(a), che è la norma fondamentale del testo federale, garantisce, in effetti, un'ampissima discrezionalità regolamentare alle singole giurisdizioni federali, restando fermi il carattere stragiudiziale ed endoprocessuale della procedura.

In particolare, non sono presenti norme vincolanti concernenti le modalità di accesso, limitandosi la legge a consentire programmi ai quali la partecipazione è obbligatoria, anche solo per alcune

²⁰ L'*Act* è reperibile al seguente indirizzo Internet: <http://www.adr.gov/pdf/adra.pdf>.

²¹ La presunta preferenza delle parti nei confronti della mediazione è stata contestata sia dal punto di vista politico che empirico: alcuni studi dimostrano infatti una tendenziale insoddisfazione delle parti nei riguardi dei meccanismi conciliativi. Secondo parte della dottrina statunitense (J. RESNIK, *Mediating preferences: litigant preferences for process and judicial preferences for settlement*, in *J. Disp. Res.*, 2002, 155 ss.; F. C. ULLOA, *La conciliazione: modelli di composizione dei conflitti*, cit., 79), dietro il crescente interesse dei giudici per le ADR ci sono, da un lato, l'esigenza di smaltire il carico di lavoro pendente e di condividere la responsabilità della decisione con le parti ed i mediatori e, dall'altro, una sfiducia generalizzata nei confronti del sistema processuale (ed in particolare del ruolo giocato dagli avvocati).

²² Il procedimento di arbitrato si conclude con la emanazione di un lodo che, se accettato dalle parti, viene recepito nella sentenza del giudice, in caso contrario, il giudizio può essere instaurato di nuovo. Nella *Early Neutral Evaluation*, gli avvocati delle parti espongono le proprie difese in un'udienza svolta in forma riservata innanzi ad un terzo neutrale che poi fornisce una valutazione non vincolante sui rispettivi punti di forza e debolezza. Il *Summary Jury Trial* prevede l'istituzione di un processo simulato il cui verdetto finale non è vincolante, ma può essere recepito dalle parti o utilizzato come base per ulteriori trattative. Nel *Mini Trial* gli avvocati espongono in modo sommario le proprie difese davanti ad un collegio composto da un terzo neutrale e dai rappresentanti delle parti, i quali, dopo aver ascoltato i propri avvocati in contraddittorio, svolgono una sessione di trattative anche avvalendosi dell'assistenza del terzo. Tra i procedimenti ibridi figurano, ad esempio, il cosiddetto *Med-Arb*, procedimento che inizia come conciliazione e, in caso di fallimento, si trasforma in un arbitrato in cui l'arbitro è lo stesso soggetto che fungeva da conciliatore. Per maggiori dettagli sui procedimenti di ADR, v. *infra* par. 6.

Di questi procedimenti, in linea generale, si fa apprezzare la *Early Neutral Evaluation*, mentre per le altre forme di ADR emergono non poche perplessità in termini di efficienza.

categorie di controversie, ma non escludendo l'eventualità di delineare programmi solo *voluntary*²³.

4.2.1. I programmi di mediazione obbligatoria

Le differenze regolamentari in tema di modalità di accesso rispecchiano le differenti posizioni sostenute in dottrina: se, da un lato, per alcuni l'imposizione dell'obbligo della procedura confligge con la natura stessa della mediazione (volontaria e fondata su un reciproco riavvicinamento), dall'altro tale obbligo potrebbe essere giustificato se si parte dal presupposto di una presunta diffidenza delle parti nei confronti della conciliazione (alla quale però corrisponde una tendenziale soddisfazione *ex post* tra coloro che hanno preso parte alla procedura). Nella prassi, la mediazione c.d. obbligatoria gode di un successo non molto inferiore rispetto a quella volontaria²⁴. Inoltre, da ricordare è che l'obbligo è solamente di *partecipazione*, e non di accoglimento dell'esito della mediazione²⁵.

4.2.1.1. Le problematiche costituzionali: il due process of law

Il successo della prassi non ha impedito l'insorgere di problematiche a livello costituzionale, riguardo in particolare alla garanzia del *due process of law* (che in ambito mediatorio assume spesso il nome di *fundamental fairness*), affermata dagli Emendamenti V e XIV in relazione ai procedimenti dinanzi alle corti federali e statali.

In giurisprudenza, il diritto di azione è stato interpretato come un diritto di proprietà tutelato dalla c.d. *due process clause*. Nella sentenza *United States v Raddatz*²⁶, del 1980, la Corte suprema ha deciso un ricorso contro una legge federale che stabiliva che alcune questioni preliminari potevano essere determinate in sede di apposite udienze, presiedute da magistrati. Il ricorso, fondato sul *due process*, è stato respinto, ma solo sull'assunto che le raccomandazioni così prodotte non costituissero decisioni finali. Le decisioni finali venivano, infatti, rese solo successivamente, da un giudice, il quale poteva accogliere la raccomandazione resa all'udienza preliminare oppure indirne un'altra al fine di decidere la questione disputata. I diritti di *due process*, quindi, non erano stati violati poiché l'udienza preliminare era riservata alla discussione di alcuni punti, e non prevedevano

²³ In ogni caso, ciascuna corte deve prevedere almeno l'obbligo per le parti di considerare il ricorso ad una procedura ADR offerta dalla corte. Per una trattazione in maggior dettaglio di un programma di mediazione *court annexed*, si v. *infra*, par. 6.

²⁴ Il tasso di successo è del 40%, rispetto al 60% della mediazione volontaria: *ADR 101*, cit., 7.

²⁵ R. NIEMIC, D. STIENSTRA, R. E. RAVITZ, *Guide to Judicial Management of Cases in ADR*, Federal Judicial Center, 2001, 49-50; ivi il riferimento ai casi *Kothe v. Smith*, 771 F.2d 667 (2d Cir. 1985) e *Dawson v. United States*, 68 F.3d 886, 897 (5th Cir. 1995), che ribadiscono l'impossibilità di costringere le parti ad accettare l'esito raggiunto in fase di mediazione. Il testo è reperibile al seguente indirizzo Internet: [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/adrguide.pdf/\\$file/adrguide.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/adrguide.pdf/$file/adrguide.pdf).

²⁶ *United States v. Raddatz*, 447 U.S. 667 (1980).

lo svolgimento di un vero e proprio processo completo (processo nell'ambito del quale le stesse udienze rientravano); inoltre, vi era la libertà del giudice del processo di respingere le raccomandazioni ivi prodotte.

In Florida e Pennsylvania, erano state approvate leggi che imponevano la mediazione preprocessuale nei casi di controversie relative a questioni mediche. In un primo momento, le leggi erano state dichiarate valide dalle corti supreme statali, ma successivamente sono state invalidate. La Corte suprema della Florida ha stabilito che il processo creato per legge era eccessivamente "arbitrario e imprevedibile in pratica"; quella della Pennsylvania ha accertato che il sistema di ADR aveva provocato ritardi eccessivamente gravi²⁷. Similmente, il programma della Florida aveva portato a ritardi tali da rendere non esercitabile il diritto delle parti lese, stabilito per legge, di avviare una mediazione. In entrambi i casi, le leggi soddisfacevano in teoria i requisiti per il *due process*; in pratica, però, comportavano oneri eccessivamente gravosi, donde la loro invalidità²⁸.

Dall'esame dei casi passati in rassegna si può dunque concludere che, nell'ordinamento statunitense, la mediazione obbligatoria non è tale da costituire, in sé e per sé, una violazione della Costituzione, ma lo può diventare se le sue specifiche modalità sono tali da essere eccessivamente onerose per le parti in causa²⁹.

4.2.1.2. *L'obbligo di partecipazione alla procedura*

Lo stato del diritto è ambiguo anche sul contenuto effettivo dell'obbligo di partecipazione e sulle eventuali sanzioni applicabili in caso di violazione; specie con riferimento alla opportunità di configurare l'obbligo, non soltanto in termini di partecipazione alla procedura (e qui la stessa portata della partecipazione risulta ambigua), ma di partecipazione in buona fede. Alcune corti richiedono che la partecipazione sia in buona fede o comunque "significativa" (*meaningful*); in dottrina si ritiene che tale requisito sia fondamentale per garantire l'utilità del procedimento e per rafforzare i poteri del giudice, che può così intraprendere azioni maggiormente coercitive nei confronti delle parti e sanzionare i comportamenti imprevedibili che siano contrari allo spirito della risoluzione alternativa. Secondo altri, invece, le formulazioni possibili del requisito sono eccessivamente vaghe e soggette ad interpretazioni che sarebbe assai arduo specificare in concreto.

²⁷ Solamente 134 dei 2909 ricorsi presentati erano stati decisi. I casi cui si fa riferimento sono, rispettivamente, *Carter v Sparkman*, 335 So.2d 802, 808 (Fla. 1976) e *Parker v. Children's Hospital of Philadelphia*, 394 A.2d 932 (Pa. 1978).

²⁸ MANN, KIMBERLY J., *Constitutional Challenges to Court-ordered Arbitration*, in 24 *Florida State University Law Review*, 2001, 703-1067 (testo reperibile al seguente indirizzo Internet: <http://www.law.fsu.edu/journals/lawreview/frames/244/mannfram.html>).

²⁹ Sono stati sollevati dubbi anche circa la mediazione obbligatoria ed i diritti processuali della parte, soprattutto in relazione al VII Emendamento, che sancisce il diritto al ricorso ad un processo con giuria. Nella giurisprudenza federale, si è stabilito che i diritti sanciti dal VII Emendamento non sono lesi dal rinvio obbligatorio alla mediazione²⁹. Inoltre, lo stesso legislatore ha riconosciuto che tale istituto può essere anzi giustificato dalle esigenze generali del sistema, avendo come obiettivo un uso più efficiente delle risorse giudiziarie (*Section 2*, paragrafo (2) dell'ADRA).

Inoltre, tale problematica si sovrappone a quella concernente la riservatezza, giacché la configurazione di una verifica incisiva al fine di sanzionare le condotte anticonciliative potrebbe confliggere con la tutela della *confidentiality*. Infatti, valutare una partecipazione come in malafede potrebbe ledere la riservatezza (v. *infra*, par. 4.3.), poiché per giungere ad una decisione in materia il giudice deve effettivamente esaminare il procedimento nel merito³⁰. Per questo motivo, alcuni uffici giudiziari hanno delineato il semplice obbligo per le parti di considerare l'opportunità di provare la mediazione, oppure di avviare la procedura, ma con la possibilità di essere dispensate se dimostrano l'eccessiva onerosità della mediazione³¹.

4.2.1.3. *Le sanzioni per il mancato adempimento dell'obbligo*

Per quanto riguarda l'insieme delle sanzioni previste nei confronti di chi si sottrae all'obbligo imposto, il quadro è estremamente variegato, visto il gran numero di disposizioni locali attuative dell'ADRA. Tuttavia, si può riscontrare un'omogenea severità nei confronti sia della parte che dei difensori³²; tali disposizioni rappresentano inoltre una specificazione dei principi contenuti nella *Rule 16* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, che funge quindi da parametro anche in sede applicativa. Infatti, secondo tale *Rule*, il giudice può imporre sanzioni se, ad esempio, una parte non si presenta ad un'udienza preprocessuale, o anche se una parte o il suo difensore non si comportano in buona fede nel corso di una tale fase.

In ogni caso, onde superare la serie di difficoltà pratiche create dalle forme obbligatorie di mediazione, la tendenza più recente delle corti federali è quella di dare maggiore spazio alle forme facoltative, nell'ambito delle quali il ruolo del giudice diventa quello di convincere le parti ad avviare la procedura alternativa³³. Invero, le parti possono anche scegliere il mediatore, fra i giudici ed i *magistrate judges* o fra i terzi abilitati presso la corte, mentre se non raggiungono un accordo in merito, questo viene nominato dal gestore del programma, ovvero dal responsabile amministrativo dell'organizzazione e di altri aspetti dei procedimenti di ADR.

³⁰ *Guide to Judicial Management of Cases in ADR*, cit., 64. Tra le corti che impongono il requisito di partecipazione in buona fede, la *Guide* cita quelle del *Southern District of Alabama*, *District of Arizona* e del *Northern District of New York*.

³¹ Così, ad esempio, è previsto nel programma della corte dell'Illinois.

³² Perlopiù si tratta di sanzioni pecuniarie commisurate alla spesa sostenuta dalla controparte per partecipare alla procedura, che possono essere imposte sia alla parte sia al difensore responsabile della mancata partecipazione della parte che assiste.

³³ Un esempio è il programma del Massachusetts, istituito nel 2000: qui la conciliazione è una delle forme alternative alle quali le parti possono ricorrere di comune accordo o dietro un'indicazione non vincolante del giudice.

4.2.1.4. Le clausole contrattuali di mediazione

Collegata alla questione dell'accesso alla mediazione è anche quella del valore giuridico delle clausole contrattuali in cui le parti hanno stipulato che, per poter procedere in giudizio per questioni relative al loro rapporto, sia necessario preliminarmente tentare un percorso di mediazione.

In generale, la tendenza è quella ad imporre il rispetto di clausole di questo tipo.

Nella sentenza *Klinge v Bentien*³⁴, la Corte suprema dello Stato dell'Iowa ha stabilito che la mancata richiesta, da parte del ricorrente, della mediazione prima di agire in giudizio privava la corte così adita della giurisdizione necessaria a decidere il caso. In *DeValk Lincoln Mercury, Inc. v. Ford Motor Co.*³⁵, la Corte d'appello del 7° circuito ha stabilito che “la clausola di mediazione stabilisce che essa è una condizione per qualsiasi procedimento contenzioso”: “la clausola di mediazione impone la più stretta aderenza alla sua disposizione”³⁶.

4.2.2. I costi dei sistemi di court annexed mediation

Le problematiche relative ai costi del *court annexed ADR* sono estremamente delicate, non avendo l'ADRA del 1998 previsto – almeno per le corti di primo grado – nuovi finanziamenti per l'attuazione dei programmi, pur avendone imposto l'adozione. La gratuità del servizio, infatti, dipende dalla possibilità per i singoli uffici giudiziari di avvalersi di conciliatori che operino su base volontaria o di disporre di altre forme di finanziamento; in caso contrario, il costo del servizio ricadrà sulle parti. In quest'ultima ipotesi, nei casi di conciliazione facoltativa, la sussistenza di un onere economico potrebbe scoraggiare l'avvio della procedura, mentre in caso di ADR obbligatoria potrebbe sorgere il dubbio dell'opportunità di un istituto che addirittura appesantisce i costi della giustizia e che non è in grado di garantire l'imparzialità del mediatore³⁷.

Nella mediazione *court annexed*, può accadere che le corti non abbiano provveduto a stabilire le modalità di calcolo e pagamento delle tariffe del mediatore. È dunque compito del giudice adito

³⁴ *Klinge v Bentien*, 725 NW 2d.13 (Iowa State Supreme Court, 2006).

³⁵ *DeValk Lincoln Mercury, Inc. v. Ford Motor Co.*, 811 F.2d 326 (7th Cir. 1987), 335-336.

³⁶ In Australia, un altro sistema di *common law*, si è stabilito che i contratti che mirino ad eliminare la giurisdizione delle corti attraverso la sostituzione di un processo di ADR sono illegali e quindi nulli. Dunque, un provvedimento secondo cui la mediazione è la sola possibilità di risoluzione delle dispute, ad esclusione del contenzioso giudiziario, non ha valore legale. Cfr. N. ALEXANDER, *International and Comparative Mediation: Legal Perspectives*. Wolters Kluwers Law and Business, Alphen aan den Rijn, 184-185. Il caso in cui è stato posto tale principio è *Bulk Chartering and Consultants Australia Pty Ltd v T and T Metal Training Pty Ltd “The Krasnogorsk”* (1993) 31 NSWLR 18.

³⁷ Se i costi sono sostenuti dalle parti, infatti, il conciliatore che opera privatamente potrebbe essere indotto a favorire i cosiddetti litiganti abituali, i quali hanno maggiore probabilità di utilizzare di nuovo i servizi offerti: E. RYAN, *Development in the law – the paths of civil litigation: VI. ADR, the Judiciary, and Justice: coming to terms with the alternatives*, in 113 *Harv. L. R.*, 2000, 1851 ss.; F. C. ULLOA, *La conciliazione: modelli di composizione dei conflitti*, cit., 91 ss.

determinare tali questioni. Nella prassi, i giudici hanno fatto riferimento alla tariffa di mercato richiesta dal mediatore (che può essere una tariffa oraria o a mediazione; il giudice si riserva comunque il diritto di valutare la ragionevolezza della richiesta), oppure hanno imposto una tariffa di loro iniziativa. In alcune corti, esistono programmi di mediazione *pro bono* (gratuiti per gli indigenti), in cui i mediatori non chiedono una tariffa ma hanno solo un rimborso spese³⁸. Nella determinazione della modalità di calcolo della tariffa, i giudici dovrebbero aver riguardo alla probabile volontà delle parti, nonché al loro interesse economico ed alle dimensioni ed importanza della disputa.

Per quanto riguarda la suddivisione dei costi della mediazione, le parti possono decidere di sostenerli in misura pari; la corte generalmente raggiunge un tale risultato anche nei casi in cui le parti non riescono ad accordarsi sulla ripartizione dei costi. In alcuni casi, però, una parte può sostenere tutti i costi della mediazione al fine di incoraggiare una risoluzione privata.

A tal riguardo, è necessario segnalare che può rilevare, ai fini della determinazione giudiziaria, il carattere volontario o obbligatorio del rinvio alla mediazione. L'ADRA (*sections* 652(a) e 658(a)), nel consentire di imporre alle parti di sostenere i costi della mediazione, non distingue tra i casi di mediazione obbligatoria e quelli di mediazione facoltativa. Peraltro, specie nei casi di mediazione obbligatoria, potrebbe essere percepito come ingiusto richiedere alle parti di sostenerne i costi, in quanto le parti indigenti potrebbero essere effettivamente costrette a giungere ad un accordo in sede di mediazione. Inoltre, il sistema giudiziario potrebbe essere percepito come ingiusto, soprattutto alla luce delle spese relativamente esigue richieste dalle corti per i procedimenti giurisdizionali³⁹; i costi della mediazione potrebbero quindi sembrare ulteriori costi per accedere alla pubblica giustizia. Infine, si sono sollevate questioni circa l'equità delle procedure giudiziali laddove procurano profitti a privati⁴⁰.

4.2.3. La collocazione temporale della court annexed mediation

Un altro aspetto – collegato alla questione della modalità di accesso – è quello della collocazione temporale della procedura. L'ADRA non si pronuncia sul punto, mentre in dottrina sussistono opinioni divergenti. Per alcuni, infatti, la mediazione endoprocessuale dovrebbe collocarsi alla fine della fase di *discovery*, quando le parti sono già in grado di valutare l'opportunità della conciliazione; per altri, invece, la procedura dovrebbe essere anticipata all'inizio della *discovery*, per consentire di incidere realmente sui costi del processo ed evitare un eccessivo inasprimento

³⁸ Un esempio degno di nota è rappresentato dalla corte federale del Massachusetts, il cui programma prevede che se le parti utilizzano i conciliatori dell'ufficio giudiziario, non sono previsti costi aggiuntivi (a parte quelli relativi alla partecipazione degli avvocati): la gratuità del servizio è mirata alla promozione dei programmi ADR. Se le parti scelgono un *provider* esterno, invece, le spese sono interamente a loro carico.

³⁹ La tariffa per intentare una causa di fronte alle corti federali di primo grado (*District Courts*) non supera i \$350, somma che si annulla per gli indigenti.

⁴⁰ *Guide to Judicial Management of Cases in ADR*, cit., 103.

della lite. Nel silenzio dell'atto federale, le soluzioni normative sono le più disparate, anche se è possibile cogliere una tendenziale preferenza per una collocazione intermedia (fase avanzata o finale del procedimento di *discovery*).

4.2.4. Mediazione e termini di decadenza

Anche la relazione tra la ADR intrapresa su rinvio delle corti ed i termini di decadenza dal diritto all'azione in giudizio è una questione che evoca la discrezionalità delle singole corti. L'opzione maggiormente diffusa a tal riguardo è nel senso dell'aderenza al programma temporale (*pretrial schedule*) stabilito originariamente dal giudice; dunque, le parti possono ad esempio continuare il procedimento di *discovery* anche durante il tentativo di risoluzione alternativa, oppure sottoporre richieste pre-processuali al giudice. L'obiettivo generale è quello di portare a termine il caso senza ritardi o costi evitabili; inoltre, la prossimità delle diverse scadenze processuali potrebbe incentivare le parti a giungere ad una risoluzione.

Alcune corti, invece, non richiedono alle parti di proseguire col contenzioso giudiziario se sono ancora impegnate nel procedimento alternativo; in queste corti, ad esempio, può darsi una sospensione delle diverse scadenze per un determinato periodo di tempo oppure fino al completamento della ADR. Ciò permette alle parti di concentrarsi esclusivamente sul procedimento alternativo, il che può essere utile soprattutto se la ADR si prospetta di breve durata o di probabile successo⁴¹. Numerose corti hanno stabilito un periodo di tempo entro il quale deve tassativamente avvenire il procedimento alternativo⁴².

4.3. La disciplina della riservatezza

Considerando che la *court annexed mediation* si inserisce nell'ambito del procedimento contenzioso, rappresentandone una fase (anche se stragiudiziale), tema particolarmente delicato è quello del passaggio di informazioni dal momento mediatorio a quello giudiziale e, conseguentemente, dell'uso che il giudice può fare di tali dati.

Se la conciliazione va a buon fine, sono le parti stesse a decidere il contenuto dell'accordo e la portata della riservatezza. Le parti possono anche scegliere di non dare forma giudiziale all'accordo raggiunto, mantenendone così la riservatezza e la sua valenza "semplicemente" contrattuale; potranno eventualmente produrlo in un successivo procedimento giudiziario per richiederne l'adempimento o la risoluzione. Se, invece, le parti non raggiungono l'accordo, si delineano due

⁴¹ *Guide to Judicial Management of Cases in ADR*, cit., 15-16. La prima possibilità si materializza nella corte dell'*Eastern District of Missouri*, e la seconda nel *District of New Jersey*; in quest'ultimo caso, in base al rinvio giudiziale alla mediazione, tutti i procedimenti sono sospesi per un periodo di sessanta giorni.

⁴² Ad esempio, nel *Western District of Michigan*, la cui corte distrettuale stabilisce che la data per il procedimento di mediazione deve essere stabilita entro quattordici giorni dal rinvio giudiziale, data che deve cadere entro sessanta giorni dallo stesso rinvio. Nel Nebraska, la mediazione deve avvenire non oltre sessanta giorni dal rinvio giudiziale.

scenari differenti: da un lato, la assoluta impermeabilità dei due contesti⁴³, dall'altro un possibile scambio di dati fra giudice e mediatore, onde permettere una verifica del comportamento delle parti in sede mediatrice, comportamento che può rilevare in sede di ripartizione delle spese processuali, in quanto il giudice può sanzionare la parte che abbia ostacolato il buon esito della procedura. Rimane in ogni caso ferma l'inutilizzabilità delle informazioni per fini probatori, salve ipotesi eccezionali⁴⁴.

Sul punto, l'ADRA reca solo una norma generica: la *section 652(d)* dispone che ciascuna corte distrettuale deve provvedere a disciplinare, attraverso il proprio potere regolamentare, la riservatezza delle procedure ADR ed a vietare la rivelazione delle comunicazioni confidenziali rese in sede di procedura alternativa. Sulla base di questa disposizione, le corti federali hanno disciplinato in modo diverso la normativa in tema di riservatezza, in considerazione anche della differente configurazione dei programmi *court annexed*: ad esempio, nei casi in cui la partecipazione è obbligatoria – specie se è richiesta la buona fede – il blocco totale del flusso di informazioni tra le due fasi vanificherebbe il senso dell'obbligo, non essendo possibile verificarne il rispetto.

In giurisprudenza, si sono avute occasioni in cui il giudice ha sanzionato la violazione del principio di riservatezza, sia in quanto tale⁴⁵ sia perché sancito dalle regole, stabilite dalla corte di appartenenza, relative alla ADR⁴⁶.

5. La figura del mediatore

5.1. La selezione del mediatore

Per quanto riguarda le questioni di natura organizzativo-gestionale del procedimento mediatore, la letteratura offre una ulteriore suddivisione, tra la mediazione c.d. gestita (*administered*) e quella, invece, *non-administered* (o *party-administered*).

Nel primo caso, la mediazione si svolge sotto l'egida di una corte o di un ente di ADR autonomo; tali entità organizzano e gestiscono lo svolgimento della procedura ADR, riguardo

⁴³ La fase conciliativa e quella giudiziale dovrebbero quindi restare nettamente distinte, così come avviene per la procedura extraprocessuale.

⁴⁴ Come ad esempio asseriti comportamenti in malafede delle parti, oppure di parzialità del mediatore; v. i parr. 4.2.1.2. e 4.2.1.3., *supra*, e 5.3., *infra*.

⁴⁵ *Lake Utopia Paper Ltd. v. Connelly Containers, Inc.*, 608 F.2d 928, 930 (2d Cir. 1979), *Clark v. Stapleton Corp.*, 957 F.2d 745, 746 (10th Cir. 1992), in cui le corti hanno sanzionato, rispettivamente, la divulgazione di affermazioni effettuate dal mediatore nel corso della mediazione, e dettagli circa le offerte – respinte – di transazione in fase mediatrice.

⁴⁶ Regole di questo tipo sono state emesse nell'*Eastern District of Missouri* e nel *Northern District of Oklahoma*; si v. la *Guide to Judicial Management of Cases in ADR*, cit., 104.

questioni quali la selezione del mediatore, la predisposizione del luogo in cui si terrà la mediazione, e la procedura di emissione e riscossione delle relative fatture. Per quanto riguarda la mediazione *court annexed*, gli uffici giudiziari di due giurisdizioni (quelle dello Stato della Georgia e del *District of Columbia*) richiedono che i mediatori che prendono parte ad un programma di mediazione *court annexed* appartengano ad un apposito registro. Nel *District of Columbia*, tali mediatori devono anche aver conseguito l'abilitazione forense prima di poter mediare casi civili che non siano di diritto familiare. Negli Stati in cui esistono linee-guida o prerequisiti per i mediatori chiamati ad intervenire in casi rinviati dalle corti, i giudici operanti il rinvio dispongono generalmente di una certa discrezionalità nella loro individuazione.

Tra gli enti non-giudiziali attivi nel settore della mediazione possiamo figurare l'*American Arbitration Association*⁴⁷ ed il *CPR Institute*⁴⁸. Tali tipi di enti generalmente richiedono una tariffa per i propri servizi oltre a quella richiesta per il mediatore.

L'*American Arbitration Association* invia ad entrambe le parti un elenco di mediatori appartenenti al proprio *Panel of Mediators*, mediatori sottoposti ad un loro "quality control" e, talvolta, anche formati nel loro seno. L'elenco è compilato in base all'esperienza dei mediatori ed alla loro idoneità a facilitare la risoluzione della disputa in questione (tenendo conto anche di possibili conflitti di interesse). L'*Association* propone dieci o quindici possibili mediatori, a seconda del valore pecuniario della controversia e del desiderio delle parti⁴⁹. Se le parti non riescono ad accordarsi, l'*Association* ha il potere, sancito nelle proprie regole interne, di nominare un mediatore direttamente. Il *CPR Institute* ha un approccio leggermente diverso, tentando prima una mediazione proprio al fine di selezionare il mediatore.

Nella mediazione *non-administered* o *party-administered*, il procedimento ha luogo secondo i termini stabiliti da un accordo tra le parti (dello stesso valore di un contratto ordinario), nel quale essi selezionano un mediatore *a priori* o provvedono alle modalità ed ai criteri per la sua selezione. Il terzo in questione ha il controllo di tutti gli aspetti del procedimento che non sono disciplinati dall'accordo tra le parti. L'accordo può anche prevedere la partecipazione limitata di soggetti esterni (quali una corte, un ente di ADR, o uno o più individui) per la selezione del mediatore⁵⁰.

⁴⁷ L'*American Arbitration Association* è un'organizzazione senza scopo di lucro di estensione nazionale. Essa ha il compito di gestire le dispute dal momento della presentazione delle richieste di ADR alla loro conclusione, nonché quello di assistere nella nomina di mediatori, di fissare le udienze e di fornire informazioni sulle possibilità di risoluzione alternativa delle controversie (<http://www.adr.org/aaa>).

⁴⁸ Il *CPR Institute* (ex-*Center for Public Resources*) è un osservatorio senza scopo di lucro fondato nel 1979 al fine di promuovere l'innovazione e l'eccellenza nella risoluzione di dispute di carattere pubblico e privato. Esso riunisce operatori importanti del settore e formula nuovi protocolli, procedure e regole e mantiene un proprio *Panel* di mediatori, l'accesso al quale però è possibile solamente in seguito all'iscrizione all'*Institute* (<http://www.cpradr.org>).

⁴⁹ Le regole interne dell'*Association* dispongono che in casi di dispute di valore pecuniario eccedente i \$250.000, in cui l'accordo non specifica il numero di mediatori richiesti, oppure se lo desiderano le parti, l'elenco contiene invece quindici nomi.

⁵⁰ *ADR 101*, cit., 48.

L'adozione di regole "standardizzate" ha l'evidente vantaggio di abbreviare i contratti tra le parti, ma anche quello di assicurare l'ulteriore osservanza del principio del *fundamental fairness*.

5.2. Formazione ed accreditamento del mediatore

Negli Stati Uniti, non sono presenti norme che stabiliscono i criteri di formazione o accreditamento dei mediatori. Né a livello federale né a quello statale esistono criteri "ufficiali" per la formazione o l'accREDITAMENTO dei mediatori o per la loro iscrizione in appositi registri pubblici⁵¹. L'ADRA si limita a stabilire che i terzi che forniscono servizi di ADR nelle corti devono essere "qualificati e formati" nei rispettivi procedimenti ADR di specializzazione; ne risulta dunque un quadro fortemente frammentario, diviso anche "internamente", visto che emerge una dicotomia tra i mediatori *court annexed* e quelli esterni, per i quali non esiste un obbligo di qualificazione. Piuttosto, la necessità di qualificazione ed i relativi criteri sono questioni lasciate alla discrezionalità degli enti pubblici o privati che forniscono servizi di ADR.

La *American Arbitration Association* dispone una serie di criteri minimi che i mediatori devono soddisfare prima di poter essere annoverati nel loro *Panel*. I mediatori devono possedere almeno dieci anni di esperienza professionale a livello elevato (*senior-level*) nel commercio, in un settore industriale o professionale e devono avere determinate qualifiche accademiche (lauree e/o certificazioni professionali). Per quanto riguarda la formazione da mediatore, i candidati devono poter dimostrare, producendo un certificato o una lettera dall'ente di formazione, di aver completato almeno ventiquattro ore di formazione sulla mediazione⁵². Inoltre, essi devono poter dimostrare di aver agito, nei tre anni precedenti, da mediatore in almeno cinque procedimenti, nella specializzazione desiderata, ruolo che può essere stato svolto sia in via privata sia nell'ambito di un sistema di mediazione giudiziaria; in alternativa, il candidato deve poter dimostrare di aver agito da mediatore in via informale almeno quattro volte nei due anni precedenti⁵³. Infine, il candidato deve appartenere ad almeno una associazione commerciale o professionale.

Non è affatto chiaro, in pratica, se il ruolo di mediatore costituisca una forma di "pratica del diritto" tale da richiedere una forma di abilitazione statale alla professione legale e se, pertanto, i

⁵¹ MEDIATION TRAINING INSTITUTE INTERNATIONAL, *State Requirements for Mediators*, reperibile al seguente indirizzo Internet: <http://www.mediationworks.com/medcert3/staterequirements.htm>.

⁵² La formazione deve riguardare i seguenti argomenti: teoria del conflitto, negoziazione, dinamiche del procedimento mediatorio, identificazione delle questioni rilevanti, produzione di scelte risolutive, gestione dell'interazione tra le parti, etica, strategie di *impasse*, filosofie di mediazione e tipologie di mediazione, ruolo del mediatore ed esercizi pratici soggetti a valutazione.

⁵³ Per mediazioni informali si intendono quelle mediazioni non condotte sotto l'egida di un fornitore di servizi di ADR oppure entro un sistema di mediazione *court annexed*. Le prove richieste sono, in assenza della sospensione del privilegio di riservatezza della mediazione operata dalle parti in conflitto, semplicemente i nomi e recapiti dei rappresentanti delle parti disputanti che hanno partecipato alla mediazione.

mediatori che abbiano conseguito l'abilitazione legale o mediatoria in stati diversi da quello in cui si svolge la mediazione possano andare incontro a sanzioni legali⁵⁴.

Nel caso degli Stati in cui sussistono programmi di mediazione finanziati o sostenuti dal potere giudiziario o da altri poteri pubblici, solitamente è necessario possedere prerequisiti simili a quelli richiesti ai funzionari pubblici. Inoltre, nella maggior parte delle corti federali, l'appartenenza ai *Panels* di mediazione richiede il possesso di una laurea in giurisprudenza ed una certa esperienza professionale in ambito legale⁵⁵.

5.3. Terzietà ed indipendenza del mediatore

Il silenzio legislativo si estende anche alla previsione delle garanzie di terzietà ed indipendenza del mediatore, garanzie che sono quindi affidate ai codici di condotta redatti dai singoli operatori attivi nell'offerta di *Panels* di mediatori. La *American Arbitration Association* ed il *CPR Institute* obbligano tutti i mediatori che intendono essere inclusi nei loro *Panels* a sottoporsi a valutazioni in merito; i mediatori sono anche obbligati ad osservare le regole redatte dalle singole organizzazioni, regole che contengono disposizioni anche in materia di imparzialità ed indipendenza.

La *Association* ha redatto il *Model Standards of Conduct for Mediators*, un codice di condotta comportamentale che contiene norme "imperative" ed altre meno vincolanti⁵⁶. Il documento, ad ogni modo, non ha valore giuridicamente vincolante (se non è previamente adottato da una corte o da altra autorità con poteri normativi) e può essere superato da altri testi, quali ad esempio regolamenti stabiliti dalle corti per il proprio programma di mediazione *court annexed*, oppure eventuali interventi legislativi. La *Association* sottolinea, peraltro, che i *Model Standards*, o almeno il loro "spirito", godono di una certa autorevolezza, in quanto redatti ed adottati da enti particolarmente eminenti nel settore.

⁵⁴ CPR-GEORGETOWN COMMISSION ON ETHICS AND STANDARDS IN ADR, *Model Rule for The Lawyer as Third Party Neutral*, novembre 2002, reperibile al seguente indirizzo Internet: <http://www.cpradr.org/Resources/ALLCPRArticles/tabid/265/ID/622/Model-Rule-for-The-Lawyer-as-Third-Party-Neutral.aspx>. Oggi, i *Model Rules of Professional Conduct* dell'*American Bar Association*, la principale associazione professionale degli avvocati statunitensi, stabiliscono semplicemente che gli avvocati che agiscono da terzi neutrali in una disputa (ad esempio da mediatore o arbitro) debbano informare le parti in conflitto che non rappresenta gli interessi giuridici delle parti, adducendo se necessario spiegazioni ulteriori (v. il seguente indirizzo Internet: http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_2_4_lawyer_serving_as_third_party_neutral.html).

⁵⁵ *Guide to Judicial Management of Cases in ADR*, cit., 74.

⁵⁶ Il modello è stato elaborato unitamente all'*American Bar Association* ed all'*Association for Conflict Resolution*. Di simile tenore è anche la proposta del *CPR Institute* di inserire, nelle regole di condotta professionale vincolante per gli avvocati, una regola riguardante gli avvocati che agiscono da mediatori (*Model Rule for The Lawyer as Third Party Neutral*, cit.).

L'imparzialità del mediatore è uno dei parametri di comportamento sanciti dai *Model Standards*⁵⁷, i quali stabiliscono che “[u]n mediatore deve rifiutare di partecipare ad una mediazione se non è in grado di condurla in maniera imparziale. Imparzialità significa la libertà da favoritismi, parzialità o pregiudizi. Un mediatore condurrà una mediazione in maniera imparziale ed eviterà comportamenti che diano luogo all'apparenza di parzialità. Un mediatore non dovrebbe agire con parzialità o pregiudizi fondati su una qualunque caratteristica personale, sulla storia personale, su valori o credo religioso di un partecipante, oppure sul suo comportamento in sede di mediazione, o su qualunque altra base. Un mediatore non dovrebbe né fare né ricevere doni, favori, prestiti o altri oggetti di valore che facciano insorgere dubbi circa l'imparzialità effettiva o percepita del mediatore. Un mediatore può accettare o fare doni *de minimis* o oggetti o servizi incidentali che sono forniti al fine di facilitare una mediazione oppure al fine di rispettare norme culturali, a meno che tali pratiche non diano luogo a dubbi circa l'imparzialità effettiva o percepita del mediatore. Se in qualunque momento un mediatore non è in grado di condurre una mediazione in maniera imparziale, il mediatore deve ritirarsi dal procedimento”⁵⁸.

Per quanto riguarda i conflitti di interesse, il testo prevede che “un mediatore deve evitare un conflitto di interesse oppure un apparente conflitto di interesse sia durante sia dopo una mediazione. Un conflitto di interesse può nascere dal coinvolgimento del mediatore nell'argomento della controversia, o da qualsiasi rapporto, passato o attuale, professionale o personale, tra il mediatore e qualunque partecipante alla mediazione, che ragionevolmente dia luogo a dubbi circa la parzialità del mediatore. Il mediatore deve effettuare una indagine ragionevole volta ad accertare l'esistenza di fatti che un individuo ragionevole riterrebbe atti a dar luogo ad un conflitto di interesse parziale o effettivo per un mediatore. Le azioni necessarie ad adempiere al requisito dell'indagine ragionevole possono variare in base al contesto. Il mediatore deve rendere noto alle parti, appena possibile, ogni conflitto di interesse effettivo e potenziale ragionevolmente noto al mediatore e che potrebbe ragionevolmente essere percepito come sollevante questioni circa l'imparzialità del mediatore. In seguito alla divulgazione, se tutte le parti sono d'accordo, il mediatore può procedere con la mediazione”.

L'obbligo di divulgazione permane anche con riguardo a fatti conosciuti dal mediatore in seguito all'accettazione dell'incarico di mediazione. Se il conflitto di interesse può essere ragionevolmente percepito come pericoloso per l'integrità del procedimento di mediazione, il mediatore deve ritirarsi dal procedimento oppure rifiutarsi di procedere, a prescindere dalla volontà delle parti. In seguito al completamento del procedimento di mediazione, il mediatore non può instaurare altri rapporti con i

⁵⁷ Gli altri sono l'autodeterminazione delle parti, l'assenza di conflitti d'interesse, la competenza del mediatore, la riservatezza della mediazione, la qualità del procedimento, la veridicità della pubblicizzazione dei servizi di mediazione, l'accuratezza nella fornitura di stime circa le tariffe e le spese collegate alla mediazione ed il comportamento generale finalizzato a favorire l'uso di servizi di mediazione, ad esempio incoraggiando la diversità etnica, etc., nella mediazione, oppure facendo sforzi per rendere la mediazione accessibile a tutti coloro che desiderino usufruirne, anche offrendo i propri servizi a tariffe agevolate o gratuitamente, etc.

⁵⁸ *Model Standards of Conduct for Mediators*, cit., *Standard II*.

partecipanti con riguardo a qualsiasi questione che potrebbe dare luogo a dubbi circa l'integrità del procedimento mediatorio⁵⁹.

È assai probabile, anche se non del tutto pacifico nella prassi, che le regole etiche valide per gli avvocati si applichino anche quando questi agiscano da mediatori⁶⁰.

5.3.1. Imparzialità dei mediatori di programmi court annexed

Per quanto riguarda la *court annexed mediation* in cui il giudice può agire da mediatore, il *Code of Conduct for United States Judges* stabilisce che “un giudice può, col consenso delle parti, riunirsi separatamente con le parti e con i loro rappresentanti legali nel tentativo di mediare o raggiungere una transazione su questioni ancora aperte”. Il *Code* prevede anche che “un giudice deve astenersi da procedimenti giudiziari se l'imparzialità del giudice potrebbe essere ragionevolmente messa in dubbio”. Poiché il *Code* si riferisce espressamente alla possibilità del giudice adito in un procedimento giudiziario di presiedere anche gli incontri preprocessuali di transazione, il *Judicial Conference's Committee on Codes of Conduct* ha ritenuto che nulla nella disciplina impedisca ad un giudice di presiedere incontri di ADR, e ciò nonostante che l'esito negativo della ADR porti alla situazione in cui lo stesso giudice giudicherà della medesima controversia. In tal caso, l'incompatibilità è da ritenersi sussistente solamente nei casi in cui l'imparzialità del giudice possa essere ragionevolmente messa in dubbio a causa di ciò che è avvenuto nel corso di tali discussioni.

I casi devono essere esaminati individualmente, valutando, segnatamente, questioni quali il consenso delle parti all'eventuale giudizio ed anche l'apparenza dell'imparzialità giudiziaria. Tali problematiche possono essere evitate se il procedimento di ADR viene affidato ad un altro giudice della stessa corte adita, ma che è del tutto estraneo all'azione giudiziaria e non vi prenderà parte se questa si rivelerà necessaria⁶¹.

In ultima analisi, sono le corti a poter determinare i parametri da applicare ai propri mediatori. A tal fine, essi possono far riferimento agli *standards* che disciplinano le altre professioni alle quali potrebbero appartenere i mediatori (ad es., quelli relativi agli avvocati o ai giudici), oppure anche ai numerosi – più o meno autorevoli – codici comportamentali proposti da enti attivi nel settore della mediazione⁶².

⁵⁹ *Model Standards of Conduct for Mediators*, cit., *Standard III*.

⁶⁰ *ADR 101*, cit., 52; ma si v. anche il *Model Rule for The Lawyer as Third Party Neutral*, cit., in cui il CPR-Georgetown propone l'inserimento di una nuova *Rule* proprio nel codice professionale degli avvocati, con riguardo alla situazione in cui un avvocato agisce da mediatore.

⁶¹ *Guide to Judicial Management of Cases in ADR*, 79. La *Guide* segnala che non è del tutto chiaro se le regole sull'idoneità dei mediatori, che ogni corte è obbligata ad adottare in seguito all'ADRA, si possono applicare anche per quanto riguarda l'imparzialità dei giudici. In ogni caso, l'ADRA impone che qualsiasi potenziale mediatore deve aver completato un percorso formativo relativo alla tipologia di ADR cui intendere prendere parte.

⁶² Quale, ad esempio, il *Model Rule for The Lawyer as Third Party Neutral*, cit.

5.3.2. L'immunità del mediatore

L'ADRA conferisce immunità e tutele quasi-giudiziali agli arbitri, ma tace in ordine all'applicabilità delle stesse anche ad altri terzi neutrali, compresi anche i mediatori. Nella prassi, le corti hanno conferito tali garanzie ai mediatori operanti nel contesto dei propri programmi di *court annexed ADR* ed alcune le hanno addirittura incorporate nelle proprie *rules*⁶³.

6. Un caso-studio: il *Northern District of California*

Un modello emblematico di programma di *court annexed ADR* è quello gestito dal *Northern District of California*. Tale modello è disciplinato dalle *Local Rules for Alternative Dispute Resolution in the United States District Court for the Northern District of California* (d'ora in poi LR) emanate in ottemperanza all'obbligo stabilito dalla *section 651 (c)* dell'ADRA, le quali delineano, tra l'altro, uno specifico programma mirato a favorire l'utilizzo delle forme alternative di risoluzione delle controversie.

Le LR prevedono una specifica *ADR Unit*, la quale è composta da un Direttore dei programmi e da avvocati, amministratori e personale di supporto autorizzati dalla Corte. In particolare, la *Unit* è responsabile della configurazione, attuazione e amministrazione dei programmi di ADR e della supervisione dei *neutrals* (arbitri, valutatori, mediatori) che prestano servizio. Inoltre, la Corte distrettuale nomina un *ADR Magistrate Judge* (tra i suoi *magistrate judges*), il quale sovrintende l'*ADR Unit*, decide sulle richieste di esonero dal comparire nelle sedute dei procedimenti alternativi ed esamina i ricorsi contro eventuali violazioni delle LR.

Per quanto concerne la qualificazione professionale dei *neutrals*, essi vengono designati dalla Corte nell'ambito di una specifica lista tenuta dall'*ADR Unit*⁶⁴. Gli avvocati che intendono prestare servizio devono essere membri del *bar* della Corte o di una scuola di diritto accreditata e devono aver completato con successo i corsi di *training* iniziali e periodici richiesti dalla Corte⁶⁵. In particolare, per quanto riguarda i mediatori, vengono generalmente preferiti gli avvocati "esperti" (*id est*, che abbiano almeno sette anni di esperienza professionale), mentre i non avvocati possono

⁶³ Ad esempio la *U.S. District Court for the Western District of Michigan* e la *U.S. District Court for the District of Rhode Island*, nonché la *District Court of Oregon*.

⁶⁴ Il personale qualificato in materie legali e l'*ADR Unit* possono prestare servizio in qualità di *neutrals*.

⁶⁵ In particolare, i mediatori devono co-mediare le loro prime tre mediazioni, oppure far partecipare un mediatore del *Panel* come osservatore; nel primo anno di servizio, essi devono partecipare ad un *Advanced Mediation Practice Group* (un gruppo di mediatori che si riunisce mensilmente per un incontro di due ore in cui si discute dei rispettivi casi) oppure instaurare un rapporto di *mentoring* con un mediatore in possesso di una esperienza significativa; i mediatori devono anche prendere parte a tre ore ogni anno di formazione in materie relative alla mediazione; infine, essi devono impegnarsi per almeno dieci ore ogni anno nella lettura di libri, articoli o giurisprudenza relativa alla mediazione (<http://www.cand.uscourts.gov/becomeaneutral>).

essere nominati solo previo consenso delle parti e se in possesso di appropriate qualifiche professionali ed adeguate conoscenze del processo federale.

Come sopra accennato, le LR delineano un programma speciale chiamato *ADR Multi-option Program*, il quale mira a promuovere l'utilizzo delle forme alternative attraverso una specifica assistenza che aiuti le parti ad individuare la procedura più appropriata al loro caso. In tale programma, la scelta della procedura è affidata alle parti ed ai loro difensori, ma in mancanza di accordo viene stabilita dal giudice incaricato, a meno che egli non ritenga inutile il ricorso ad una delle procedure previste. L'assegnazione al *Program* può avvenire in automatico⁶⁶ oppure per ordine del giudice, a seguito di un accordo tra le parti, di un'istanza di parte o per iniziativa del giudice stesso. Si prefigura, dunque, la possibilità di una forma di mediazione obbligatoria; l'obbligo, peraltro, sembra limitarsi al solo dovere di partecipazione (*sub specie* di presenza) all'incontro di mediazione⁶⁷.

Nei casi assegnati al Programma, i difensori devono consultarsi il prima possibile, e comunque entro i termini indicati dal giudice, per tentare un accordo sul procedimento alternativo che intendono utilizzare. Se le parti concordano nell'adottare una delle opzioni previste dalla corte o un procedimento alternativo privato, i difensori devono inoltrare uno specifico modulo di attestazione; altrimenti essi devono dare comunicazione dell'esigenza di una conferenza telefonica, nel corso della quale un membro dello *staff* legale aiuterà ad individuare il procedimento maggiormente compatibile con le esigenze del caso specifico.

Se le parti non raggiungono un accordo sul procedimento prima della *Case Management Conference*, ne discuteranno in tale sede con il giudice, il quale, qualora il disaccordo persista, sceglierà l'opzione più idonea al caso specifico oppure stabilirà l'esonero dal Programma (esonero che può avvenire se le parti convincono il giudice dell'inutilità del rinvio alla ADR⁶⁸). Se non diversamente indicato dal giudice, la seduta del procedimento alternativo deve essere tenuta entro

⁶⁶ Le parti interessate possono in ogni caso chiedere di essere dispensate dall'assegnazione automatica, dispensa che viene conferita in caso di inutilità comprovata del procedimento di ADR oppure se le parti desiderano rivolgersi ad un procedimento di ADR privato.

Tutti i casi civili possono essere sottoposti a mediazione; la Corte indica che sono particolarmente idonei i casi in cui, tra l'altro, sono presenti più parti contendenti, quelli in cui le parti necessitano di una soluzione "creativa" o devono assicurare la conservazione del rapporto di lavoro o personale (UNITED STATES DISTRICT COURT, *Dispute Resolution Procedures in the Northern District of California*, reperibile al seguente indirizzo Internet: <http://www.cand.uscourts.gov/adrlocrules>).

⁶⁷ Cfr. LR 6-10. L'esenzione dalla presenza può essere conferita solamente dall'*ADR Magistrate Judge*, con comunicazione scritta almeno quattordici giorni prima della data fissata per la mediazione; la lettera deve dimostrare che la presenza comporterebbe una difficoltà straordinaria o comunque ingiustificabile, e deve recare i motivi della richiesta, il valore pecuniario della disputa e, se del caso, l'assenso o l'obiezione delle altre parti in conflitto. La comunicazione deve essere inviata anche all'*ADR Unit*, a tutti i difensori ed al mediatore. La parte così esonerata deve comunque essere reperibile telefonicamente.

⁶⁸ LR 3-5(3).

novanta giorni dalla data della decisione che rimette il caso ad esso.

Passando ad analizzare le varie opzioni, i principali procedimenti disciplinati dalle LR (le *Court-sponsored ADR options*) sono l'arbitrato non vincolante, l'*Early Neutral Evaluation* (d'ora in poi ENE) e la mediazione. Sono poi previsti la *Early Settlement Conference* ed altri procedimenti di ADR, nonché la possibilità di ricorrere a procedimenti alternativi privati.

L'arbitrato – disciplinato dalla *Rule 4* delle LR – viene definito come un procedimento nel quale un arbitro o un collegio di tre arbitri⁶⁹ emana una decisione nel merito non vincolante dopo una breve udienza in contraddittorio, mentre le parti possono rifiutare la decisione e richiedere un processo *ex novo*. Tale procedimento avviene in una fase iniziale del caso ed è più celere ed economico rispetto al processo, oltre ad essere particolarmente indicato nei casi che vertono sull'attendibilità delle testimonianze, che sono sottoposte a giuramento ed al meccanismo del *cross-examination*.

L'arbitro viene nominato dall'*ADR Unit*⁷⁰; subito dopo la nomina predispone una conferenza telefonica preliminare con i difensori⁷¹ e, sentite le parti, fissa la data ed il luogo dell'udienza. Non oltre sette giorni prima dell'udienza le parti presentano all'arbitro e notificano alle altre parti una dichiarazione scritta di arbitrato, nella quale riassumono le richieste e le difese, espongono le ragioni di fatto e di diritto ed identificano i testimoni ed i legali rappresentanti. Ciascuna parte deve presentarsi personalmente all'udienza⁷², accompagnata dal proprio difensore. L'arbitro presiede l'udienza, assicurandosi che si svolta in modo corretto ed efficiente, ma non è autorizzato a favorire accordi fra le parti⁷³.

Le parti possono richiedere un processo *ex novo* entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito del lodo⁷⁴, altrimenti il lodo assume la stessa forza ed effetto delle sentenze civili della Corte. Nell'eventuale nuovo processo non sono ammesse prove che facciano riferimento al fatto che l'arbitrato abbia avuto luogo (e quindi al procedimento ed al suo esito)⁷⁵.

Proseguendo nell'analisi delle varie opzioni, l'*Early Neutral Evaluation* – disciplinata dalla *Rule 5* delle LR – è un procedimento nel quale le parti e i loro difensori, in una seduta riservata, espongono le loro richieste e difese (nonché le prove essenziali) e ricevono una valutazione non vincolante da parte di un avvocato esperto in quella data materia, il quale può anche aiutare le parti

⁶⁹ La composizione collegiale può essere richiesta congiuntamente dalle parti.

⁷⁰ Il compenso è corrisposto dalla Corte: duecentocinquanta dollari al giorno quando presta servizio in composizione monocratica, centocinquanta quando è membro del collegio di tre arbitri.

⁷¹ Nel corso della quale essi discutono della data dell'udienza, delle procedure che devono essere seguite, dei nomi dei testimoni che verranno ascoltati, etc.

⁷² In determinati casi, la parte può essere dispensata, ma deve comunque rendersi disponibile telefonicamente.

⁷³ A tal fine, le parti possono richiedere la mediazione, l'*Early Neutral Evaluation* o la conferenza apposita.

⁷⁴ A meno che non abbiano rinunciato per iscritto a tale diritto.

⁷⁵ Tuttavia, le parti possono liberamente disporre in senso difforme.

ad individuare specifici punti di accordo e fornire suggerimenti.

Il valutatore viene nominato dall'*ADR Unit*⁷⁶; subito dopo la nomina procede ad organizzare una conferenza telefonica preliminare con i difensori – non dissimile da quella prevista per l'arbitrato – e, ascoltate le parti, fissa il luogo e la data dell'udienza. Tranne che per le questioni relative al calendario dei lavori, non sono consentiti contatti (neanche concernenti tentativi di accordo) tra le parti (ed i rispettivi difensori) e il valutatore prima che quest'ultimo abbia messo per iscritto la propria valutazione e le parti abbiano concordato che tali contatti possano avere luogo.

Non oltre sette giorni prima della seduta dell'*Early Neutral Evaluation*, le parti devono presentare al valutatore (e notificare alle altre parti) una dichiarazione scritta in cui devono essere contenute, in modo conciso, tutte le informazioni che possono essere utili al valutatore, nonché altre indicazioni concernenti il caso e la possibilità di eventuali accordi, come ad esempio i nomi delle persone legate alla parte avversaria la cui presenza possa migliorare l'utilità del procedimento alternativo, ovvero una breve descrizione dell'azione e delle prove essenziali. Le LR prevedono inoltre specifici adempimenti per i casi concernenti brevetti, diritti d'autore o marchi registrati.

Tutte le parti devono essere presenti di persona nella relativa seduta, accompagnate dai propri difensori⁷⁷. Il valutatore invita le parti (tramite i loro difensori o altrimenti) ad esporre le proprie richieste e difese ed a descrivere le principali prove a sostegno, quindi: aiuta le parti a trovare punti di accordo; valuta le relative forze e debolezze delle prove e affermazioni delle parti ed espone loro le ragioni di tale valutazione; stima, dove possibile, le probabili responsabilità e la portata del risarcimento; aiuta le parti a valutare in modo realistico i costi della controversia e, se sono interessate, a prendere in considerazione la possibilità di chiudere la questione.

Le sedute sono condotte informalmente e non sono applicate le regole ordinarie sulla prova; di conseguenza, non sono ammessi il meccanismo della *cross-examination* dei testimoni e la registrazione delle deposizioni. La valutazione è esposta oralmente su richiesta di parte, ma copie scritte possono essere consegnate a discrezione del valutatore. Le parti possono concordare di discutere di eventuali accordi prima o dopo la presentazione della valutazione.

Per quanto riguarda le norme concernenti la riservatezza, l'impianto locale qualifica come confidenziali tutte le informazioni relative a quanto accaduto o dichiarato nel corso del procedimento, le quali quindi non possono essere rivelate a terzi e al giudice assegnato; il divieto vale per tutti coloro che hanno preso parte al procedimento. In ogni caso, l'eventuale *disclosure* delle informazioni è possibile per consenso delle parti, ai fini del controllo su eventuali violazioni delle LR o sul funzionamento del Programma o se richiesto dalla legge.

Passando, infine, alla mediazione, la quale è disciplinata dalla *Rule 6* delle LR, essa viene

⁷⁶ Il tempo di preparazione e le prime quattro ore di sessione sono gratuite; in seguito, il valutatore può continuare a prestare servizio gratuitamente o addebitare alle parti trecento dollari all'ora.

⁷⁷ Anche nel caso dell'*Early Neutral Evaluation*, in determinate circostanze, le parti possono essere dispensate, ma devono sempre rendersi disponibili telefonicamente.

definita come un procedimento flessibile, riservato e non vincolante, in cui un terzo imparziale (il mediatore) aiuta le parti a raggiungere un accordo, favorendo la comunicazione fra di esse e la comprensione dei rispettivi interessi e punti di forza⁷⁸. La mediazione può essere richiesta in qualsiasi momento del procedimento giurisdizionale. Il mediatore non ha, in ogni caso, il potere di obbligare le parti a transigere o ad accettare una particolare condizione.

Il mediatore viene nominato dall'*ADR Unit* e deve aderire agli *standards* di condotta professionale adottati dalla Corte, ovvero a quelli applicabili alla propria professione di appartenenza⁷⁹; inoltre, non devono sussistere, almeno all'apparenza, possibili conflitti d'interesse. Per quanto riguarda il compenso, il mediatore deve prestare servizio gratuitamente durante la preparazione e per le prime quattro ore di mediazione, dopodiché può continuare a prestare servizio gratuitamente o ricevere trecento dollari all'ora. In ogni caso, il mediatore viene retribuito dalle parti, anche se deve riferire alla Corte l'ammontare ricevuto.

Subito dopo la nomina egli deve organizzare una conferenza telefonica preliminare con i difensori⁸⁰; sentite le parti, fissa la data ed il luogo dell'udienza. Non oltre sette giorni prima della seduta, le parti devono presentare al mediatore (e notificare alle altre parti) una dichiarazione di mediazione, la quale contenga tutte le informazioni che possono essere utili allo svolgimento della mediazione, e, in particolare, al raggiungimento dell'accordo. Anche per questo procedimento sono previsti adempimenti particolari per i casi concernenti brevetti, diritti d'autore o marchi registrati.

Prima della mediazione, il *neutral* può chiedere a ciascuna parte un'ulteriore dichiarazione riservata scritta⁸¹ oppure può discutere del caso telefonicamente con gli avvocati. Anche qui, le parti devono presenziare di persona all'udienza accompagnate dal proprio difensore⁸². La mediazione viene condotta informalmente, ed il mediatore può strutturarla discrezionalmente per massimizzare l'efficienza del procedimento; al medesimo fine, può altresì tenere incontri riservati con le singole

⁷⁸ Generalmente, il mediatore non fornisce, invece, una sua valutazione complessiva del caso.

⁷⁹ La LR 6-3(b) stabilisce che “i mediatori del *Panel* della Corte accettano di aderire agli *standards* di condotta professionale applicabili adottati ufficialmente dalla Corte”. La LR 2-5, sui *neutrals* dell'*ADR Program*, stabilisce che, per quanto riguarda la loro qualifica, si debbano osservare i parametri di condotta “applicabili”, citando espressamente, ma solo nel caso dei giudici, i relativi *standards* di condotta professionale (*Section 455, Title 28 dello U.S. Code*).

Inoltre, la LR 2-5(c) stabilisce che tutti i *neutrals* dei programmi di ADR della Corte devono prestare il giuramento dei *Justices* e dei giudici degli Stati Uniti, espresso alla *Section 453, Title 28 dello U.S. Code*, il quale recita: “io, [nominativo], giuro (o affermo) solennemente che amministrerò la giustizia senza riguardo alle persone, e renderò equa giustizia ai poveri ed ai ricchi, e che svolgerò fedelmente ed imparzialmente tutti i miei doveri come [nominativo] ai sensi della Costituzione e del diritto degli Stati Uniti. Mi aiuti Iddio” (<http://codes.lp.findlaw.com/uscode/28/I/21/453>).

⁸⁰ Non dissimile da quelle previste per l'arbitrato e per l'*Early Neutral Evaluation*.

⁸¹ Nella quale vengono affrontate le questioni dei rispettivi punti di forza, degli interessi della parte, le varie eventuali alternative, etc.

⁸² Ma possono essere dispensate, non diversamente da quanto previsto per l'arbitrato e per l'*Early Neutral Evaluation*.

parti (anche senza difensori, se le parti lo ammettono)⁸³.

Anche per tale procedimento è prevista una specifica disciplina sulla riservatezza: tutte le informazioni su quanto accaduto o dichiarato nel corso della mediazione sono ritenute confidenziali, e quindi non possono essere rivelate al giudice incaricato o a terzi esterni. Tuttavia, è, anche in questo caso, ammessa la *disclosure* delle informazioni per consenso delle parti, ai fini del controllo su eventuali violazioni delle LR o sul funzionamento del programma o se richiesto dalla legge.

Di interesse è anche la disciplina prevista per le *Settlement Conferences* (*Rule 7* delle LR), nelle quali un ufficiale giudiziario – di solito un *Magistrate Judge*⁸⁴ – favorisce gli sforzi delle parti a raggiungere un accordo (anche attraverso le tecniche proprie della mediazione).

In caso di mancato accordo, i diritti processuali delle parti rimangono inalterati; il caso rientra, quindi, nella normale procedura giudiziaria.

Nei casi deferiti all'*ADR Multi-option Program* la parte può in ogni momento, dopo la conferenza telefonica preliminare, chiedere al giudice incaricato una *Settlement Conference*; in tutti gli altri casi, la parte lo può richiedere dopo che il processo sia iniziato. Entro i limiti fissati dal giudice rimettente, il giudice della conferenza notifica alle parti la data dell'udienza, nonché i requisiti concernenti la pre-conferenza e la presenza delle parti all'udienza.

Anche per le *Settlement Conferences* è prevista una specifica disciplina per la riservatezza delle informazioni emerse nel corso del procedimento, le quali vengono considerate confidenziali; tale disciplina, anche per quanto riguarda le eccezioni, non è dissimile da quella esposta sopra per gli altri procedimenti di ADR.

La *Rule 8* delle LR prevede poi altre forme di risoluzione alternativa delle controversie. In particolare, vengono considerati il *Summary Bench* (e *Jury Trial*) e la figura degli *Special Masters*. Il primo è un processo flessibile e non vincolante – di fronte ad un giudice o ad una giuria – che si conclude con un “verdetto consultivo” che può essere utilizzato dalle parti come base per successive negoziazioni. Gli *Special Masters*, invece, sono esperti nominati dalla Corte⁸⁵ che svolgono svariate funzioni procedurali ed il cui potere e la cui responsabilità sono di volta in volta precisati in base alla portata del caso in oggetto.

Infine, le LR richiamano la possibilità di usufruire di servizi di ADR forniti da soggetti privati, se le parti lo richiedono. In particolare, il giudice assegnato verifica che il deferimento ad uno di tali servizi non risulti in un'imposizione di un onere economico eccessivo per una delle parti.

⁸³ Il contenuto di tali incontri è confidenziale e non può essere comunicato all'altra parte senza previo consenso.

⁸⁴ In alcuni limitati casi la conferenza è condotta da un *District Judge*.

⁸⁵ Generalmente, gli *Special Masters* sono retribuiti dalle parti.