

a cura di  
Nicolò Trocker  
Alessandra De Luca



■ La mediazione civile  
alla luce della direttiva  
2008/52/CE



STUDI E SAGGI

- 98 -



La mediazione civile  
alla luce della direttiva  
2008/52/CE

a cura di  
NICOLÒ TROCKER  
ALESSANDRA DE LUCA

FIRENZE UNIVERSITY PRESS  
2011

La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/  
CE / a cura di Nicolò Trocker e Alessandra De Luca.  
– Firenze : Firenze University Press, 2011.  
(Studi e saggi ; 98)

<http://digital.casalini.it/9788864532417>

ISBN 978-88-6453-238-7 (print)  
ISBN 978-88-6453-241-7 (online PDF)  
ISBN 978-88-6655-014-3 (online EPUB)

Il volume raccoglie gli atti della giornata di studio “La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE”. La giornata di studio e la pubblicazione degli atti sono stati finanziati dalla Fondazione Monte dei Paschi di Siena (Bando n. 10 del 18/03/2008, n. 36029).

Progetto grafico di Alberto Pizarro Fernández

© 2011 Firenze University Press

Università degli Studi di Firenze  
Firenze University Press  
Borgo Albizi, 28, 50122 Firenze, Italy  
<http://www.fupress.com/>

*Printed in Italy*

## SOMMARIO

PRESENTAZIONE <i>Nicolò Trocker e Alessandra De Luca</i>	VII
FORMANTE GIUDIZIARIO E MEDIAZIONE: CONFLUENZE E DIFFERENZE <i>Maria Rosaria Ferrarese</i>	1
THE DUTY TO CONSIDER MEDIATION: SALVAGING VALUE FROM THE EUROPEAN MEDIATION DIRECTIVE <i>Neil Andrews</i>	13
LA MEDIATION EN FRANCE ET LA DIRECTIVE 2008/52/CE DU PARLEMENT EUROPEEN ET DU CONSEIL DU 21 MAI 2008 <i>Yvon Desdevises</i>	35
MEDIATION IN GERMANY AND THE EUROPEAN DIRECTIVE 2008/52/EC <i>Rolf Stürner</i>	45
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 <i>Silvia Barona Vilar</i>	53
CHI VUOLE ESSERE MEDIATORE? COMPETENZE E RESPONSABILITÀ DEL NUOVO MEDIATORE CIVILE E COMMERCIALE <i>Francesca Cuomo Ulloa</i>	69
MEDIAZIONE E (ABUSO DEL) PROCESSO: LA DEROGA AL PRINCIPIO DELLA SOCCOMBENZA COME INCENTIVO ALLA CONCILIAZIONE <i>Alessandra De Luca</i>	79

- MEDIAZIONE E FAMIGLIA FRA INNOVAZIONE E CONTINUITÀ:  
TENDENZE EUROPEE E SCELTE NAZIONALI** 99  
*Elena Urso*
- LA DIRETTIVA CE 2008/52 IN MATERIA DI MEDIAZIONE: UNA  
SCELTA PER IL RINNOVAMENTO DELLA GIUSTIZIA CIVILE IN  
EUROPA** 159  
*Nicolò Trocker*
- MATERIALI. EDIZIONE DIGITALE\***
- 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
- DECRETO LEGISLATIVO 28 marzo 2010, n. 4 recante attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali
- DECRETO 18 OTTOBRE 2010 n. 180 Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28
- IMPLEMENTATION OF THE EU DIRECTICE ON MEDIATION (Policy information paper)
- PROJET DE LOI N° 718 enregistré à la Présidence du Senat le 22 septembre 2010 portant transposition de diverses directives du Parlement européen et du Conseil en matière civile et commerciale
- DECRET N° 2010-1395 du 12 novembre 2010 relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale
- GESETZENTWURF DER BUNDESREGIERUNG Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, 8.12.2010
- ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES, 19 febrero 2010

\* I materiali sono disponibili in formato digitale ad accesso aperto sul sito dell'editore (<http://www.fupress.com>).

## PRESENTAZIONE

*Nicolò Trocker e Alessandra De Luca*

Il volume «La mediazione civile alla luce della Direttiva 2008/52/CE» raccoglie gli atti dell'incontro fiorentino del 21 ottobre 2010 che ha visto un gruppo di studiosi italiani e stranieri riflettere sulle scelte operate dalla Direttiva 2008/52 CE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, sull'impegno che attende gli Stati membri chiamati a darne attuazione all'interno degli ordinamenti nazionali come pure, e più in generale, sul contributo che la sua recezione può offrire al rinnovamento della giustizia civile in Europa.

Il fenomeno dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie o ADR (secondo l'acronimo ormai comunemente usato dall'espressione inglese «Alternative Dispute Resolution») costituisce da tempo uno dei grandi temi della letteratura non solo giuridica, ed è oggetto, in numerosi ordinamenti, di una molteplicità variegata di esperienze che si differenziano nei metodi seguiti e nelle tecniche adoperate, oltre che per gli obiettivi prefissati e per i settori in cui operano. A questi 'precedenti storici' si tende spesso fare riferimento negli studi in materia, per sottolineare che la produzione di forme 'alternative' alla giurisdizione non è un fatto nuovo dei nostri giorni. Maria Rosaria Ferrarese rileva però giustamente che la riproposizione di forme alternative di risoluzione dei conflitti deve indurre – specie in Europa – più che alla ricerca di una loro 'genealogia', ad un loro collocamento nella prospettiva attuale, illustrando linee di continuità ma soprattutto di discontinuità rispetto al passato. In un elegante saggio introduttivo l'autrice ci offre un raffinato quadro delle specificità che rendono la mediazione – che pure è anch'essa «esportazione del litigio in una sfera di terzietà» – una modalità di risoluzione dei conflitti particolarmente 'eterodossa' rispetto al formante giudiziario classico, ed illustra le esigenze cui essa tende a dare espressione nelle società attuali, spinte a configurare modalità di elaborazione delle regole in cui i soggetti possano dare un proprio contributo e sensibili a mantenere il tessuto relazionale tra le parti non solo quando sono in gioco moventi di tipo economico<sup>1</sup>.

Nell'orizzonte delle specificità e della differenziazione delle prestazioni che caratterizzano il percorso mediatore, si iscrive anche la scelta degli

<sup>1</sup> M.R. FERRARESE, *Formante giudiziario e mediazione: confluenze e differenze*, in questo volume p. 1 ss.



organi europei di promuovere la risoluzione alternativa delle controversie non mediante un *favor* generalizzato verso tutti i meccanismi ADR, bensì con la promozione di quella particolare metodologia definita *mediazione*. Nell'ottica dell'iniziativa europea, la mediazione non vuole e non deve essere intesa come una risposta all'insoddisfazione dei cittadini verso il sistema giurisdizionale o come un accorgimento per portare la soluzione di ampie categorie di controversie fuori dalle aule di una giustizia irrimediabilmente inefficiente. La mediazione è strumento destinato a *diversificare* ed *arricchire* l'offerta di giustizia; è strumento funzionale ad indirizzare determinati bisogni di tutela verso una struttura procedurale diversa dal processo (e la sua logica *adversarial*), meglio idonea ad assicurare le «utilità» che i singoli si ripromettono di conseguire, quando si tratta di comporre situazioni di contesa che coinvolgono una gamma più vasta di interessi di quelli filtrati attraverso specifiche disposizioni normative o si mira a preservare una durevole relazione sociale o economica tra le parti in conflitto.

In questa luce va apprezzata anche la decisione degli autori della Direttiva di abbandonare l'approccio settoriale delle prime iniziative in materia, allorché la Commissione delle Comunità europee (sfruttando le proprie competenze nell'ambito della politica comunitaria sulla protezione dei consumatori) si era attivata a sollecitare il ricorso alle metodologie alternative di risoluzione delle controversie, facendo forza sull'argomento che, sotto il profilo economico – del rapporto tra costo del processo e valore in contestazione – la soluzione stragiudiziale poteva rappresentare l'unico modo adeguato per comporre liti in cui il costo del contenzioso giudiziario è solitamente superiore o comunque non proporzionale rispetto al valore della controversia<sup>2</sup>. In tal modo si rischiava però di favorire l'equivoco dell'Alternative Dispute Resolution come mezzo funzionalmente preordinato a dirimere controversie civili di modico valore, e quindi di fraintendere il senso della sua 'alternatività' come tecnica preclusiva o limitativa della giurisdizione del giudice togato: una forma di giustizia 'minore', se non addirittura un'alternativa deteriore, a quanto istituzionalmente offerto da e demandato all'autorità giudiziaria.

Sono noti i dubbi e le riserve rispetto all'impostazione che tende a promuovere l'accesso alla giustizia attraverso il ricorso a strumenti alternativi di composizione delle controversie. «The birth of the ADR industry – si è scritto di recente – transformed the issue of access to justice by limiting as much as possible access to courts of law»<sup>3</sup>. Ed uno degli studiosi europei più brillanti della materia si è domandato se l'ADR non sia destinato a

<sup>2</sup> Cfr. il Libro Verde della Commissione, *L'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nel mercato unico*, COM 93-576 def., Bruxelles, 19 novembre 1993.

<sup>3</sup> U. MATTEI, *Access to Justice. A Renewed Global Issue?*, in K. BOELE, W. & S. VAN ERP (a cura di), *General Reports to the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 385.

risolversi in un «cavallo di Troia che penetra fra le mura della giustizia», rendendo illusorie le speranze che l'Alternative Dispute Resolution sia un complemento e non un sostituto peggiorativo del processo giudiziale<sup>4</sup>.

Il legislatore europeo sembra attento a non dare spazio a tendenze e deviazioni 'antigiurisdizionali'. Già nella proposta di direttiva del 2004, ribadendo il primato della tutela in via giurisdizionale, si era sottolineato che «la disponibilità di metodi alternativi non può in alcun modo esimere uno Stato membro dal mantenere un sistema legale efficace ed equo che risponda ai requisiti della Convenzione europea dei Diritti dell'uomo»<sup>5</sup>. Un monito questo diretto soprattutto agli Stati che considerano il ricorso agli ADR come una sorta di ancora di salvataggio nei confronti di un sistema di giustizia civile lento, inadeguato ed inefficiente. Lo stesso avvertimento è oggi confluito in un'apposita disposizione, l'art. 5, par. 2 della Direttiva che, nel momento in cui ammette che il ricorso alla mediazione possa avvenire anche in regime di obbligatorietà, ha cura di ribadire che ciò «non deve impedire alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario». A dotare di concreto valore precettivo questa enunciazione, liberandola da ogni elusiva genericità, ha provveduto la Corte di giustizia nella pronuncia *Alassini* (2010), fissando precisi limiti e condizioni all'ammissibilità del ricorso a forme di mediazione in regime di obbligatorietà<sup>6</sup>.

Con la Direttiva 52/2008, l'idea di una giustizia *in many rooms* non è più una semplice formula dal vago sapore sociologico, ma l'espressione di un tratto qualificante della moderna amministrazione della giustizia, destinato a trovare in Europa una precisa collocazione istituzionale. Ovviamente, ciò non significa che in sede di trasposizione le scelte e le soluzioni preferite dai singoli ordinamenti non possano differenziarsi. In questo, come in altri settori, l'integrazione europea non intende cancellare le diversità nazionali, che sopravvivono, sia pure in una dimensione diversa: specificità proprie dei vari sistemi vengono a collocarsi in un contesto più complesso di quello delle semplici realtà nazionali e si sviluppano in letture ed applicazioni differenziate di una vicenda comune.

Così, in un ordinamento come quello inglese, assumono rilievo soprattutto le disposizioni europee raccolte negli artt. 6-8 del provvedimento, volte a garantire un'efficace relazione tra mediazione e processo. Ciò non sorprende se si considera che quell'ordinamento – della cui esperienza Neil Andrews traccia un vivace affresco<sup>7</sup> – è per struttura e tradizione particolarmente at-

<sup>4</sup> P.H. LINDBLOM, *La risoluzione alternativa delle controversie – l'oppio del sistema giuridico?*, in *L'altra giustizia*, a cura di V. VARANO, Milano, 2007, p. 233.

<sup>5</sup> *Proposta di Direttiva relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale 22 ottobre 2004, COM 2004 718 def.*

<sup>6</sup> N. TROCKER, *La Direttiva CE 2008/52 in materia di mediazione: una scelta per il rinnovamento della giustizia civile in Europa*, in questo volume, pp. 159, 172.

<sup>7</sup> N. ANDREWS, *The Duty to Consider Mediation: Salvaging Value from the European Mediation Directive*, in questo volume, p. 11 ss.

tento a perseguire in modo conseguente e deciso una conclusione anticipata ed extragiudiziale delle controversie civili, utilizzando accorgimenti sia di carattere processuale sia di carattere pre-processuale, oltre che incentivi di ordine economico. Le stesse *Civil Procedure Rules* del 1999 sottolineano che tra i compiti di *case management* affidati al giudice vi è quello di incoraggiare le parti ad utilizzare procedure alternative di risoluzione della controversie e di facilitare l'uso di tali procedure. Coerentemente, le proposte formulate dal Ministero di giustizia britannico, nel *Consultation Paper*, per dare attuazione alla Direttiva dell'Unione si concentrano sull'esigenza di riconsiderare alcune regole in materia di *evidence* contenute nelle Parts 32 e 34 delle *Civil Procedure Rules* al fine «to strike the right balance between confidentiality of the mediation process and the interests of justice», e di riscrivere in parte la disciplina delle CPR in tema di *consent orders* per chiarire che all'atto che ratifica l'accordo raggiunto in sede di mediazione è aperta la strada della tutela esecutiva. Lo stesso *Consultation Paper* non manca di ricordare, però, che in Inghilterra «the civil justice system has always worked on the principle that court action should be the last resort»<sup>8</sup>.

Diversa la prospettiva di altri ordinamenti nazionali. Ad esempio di quello tedesco dove in epoca recente – in un contesto in cui rimane ben radicata la centralità della funzione del processo ed i giudici non esitano ad assumere un ruolo attivo nell'incoraggiare la composizione amichevole della controversia attraverso l'esercizio dei loro poteri/doveri di chiarificazione e di dialogo con le parti in causa (solennemente consacrati nei §§ 139 e 278 della ZPO) – la mediazione si è venuta affermando con successo nella forma della cosiddetta *gerichtsinterne Mediation*, sperimentata in numerosi *Laender* a seguito della riforma della ZPO del 2002. Si tratta di un modello di mediazione che non nasce in alternativa rispetto al percorso formale delle corti, ma si intreccia con esso: il giudice della causa, in luogo del tentativo obbligatorio di conciliazione, può suggerire alle parti di ricorrere ad un procedimento di mediazione davanti ad un altro giudice dello stesso o di altro ufficio giudiziario che agisce nella qualità di mediatore ed ha una specifica qualificazione professionale in materia. A questa forma di mediazione «delegata», che si avvale di mediatori-giudici non condizionati da fattori di ordine economico, il legislatore tedesco, in attuazione della Direttiva europea, si accinge a dare ulteriore sviluppo dotandola di una solida base normativa in tutti i settori di giurisdizione<sup>9</sup>. L'intento – sottolinea Rolf Stürner – è di evitare le degenerazioni ed i pericoli di un 'mercato' della mediazione alimentato ed animato da logiche tipicamente economiche, con «private mediators» guidati, nella loro attività, dalla ri-

<sup>8</sup> Cfr. *Implementation of the EU Directive on Mediation*, in questo volume, parte II.

<sup>9</sup> Cfr. il *Gesetzentwurf der Bundesregierung* dell'8 dicembre 2010: «*Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der aussergerichtlichen Konfliktlösung*», in questo volume, parte II.

cerca di «high regard of powerful repeat players in order to increase their income and business»<sup>10</sup>.

Altrove, ed è ad esempio il caso della Spagna, l'obbligo di recepimento della Direttiva offre l'occasione di introdurre, a livello nazionale, una disciplina di carattere generale per regolare un fenomeno che, pur avendo conosciuto, in epoca recente, un importante sviluppo in alcuni settori specifici dell'ordinamento giuridico (come quello di famiglia e dei contratti di consumo) è rimasto legato a normative locali, a volte frammentarie, e comunque mal coordinate. In quest'ottica si muove l'Avanprogetto di legge sulla mediazione nelle controversie civili e commerciali, illustrato nei suoi aspetti salienti nel limpido contributo di Silvia Barona Vilar<sup>11</sup>. La Spagna che, al pari di altri ordinamenti continentali, ha una ricca esperienza legislativa in materia di conciliazione e di arbitrato, oggi viene a colmare la lacuna in tema di mediazione.

Ma la trasposizione della Direttiva, anche laddove, come nel caso della Francia, non chiama il legislatore nazionale ad interventi normativi di grande respiro, comporta pur sempre, secondo quanto ci fa notare Yvon Desdevises<sup>12</sup>, «l'utilité appréciable d'encourager dans les droits internes la promotion des modes conventionnels de résolution des litiges». E così contribuisce alla progressiva diffusione della cultura della mediazione/conciliazione in un ambiente che – pur offrendo a chi è mosso dall'intento di convogliare una controversia sui binari di una soluzione stragiudiziale, un ampio ventaglio di scelta di percorsi alternativi alla procedura giudiziale – è tuttora dominato fortemente dal «culte republicain de le loi» e dall'idea che «les arrangements amiables étaient quand même une modalité secondaire, quasiment un pis-aller, par rapport aux 'bons' procès», se non addirittura «une solution juridiquement discutable». Oggi l'ambiente risente anche dei riflessi negativi di una certa «idéalisation contemporaine de la conciliation/mediation» che evoca l'immagine di un «non losing game», ossia di un processo senza vincitori e perdenti che genera un esito positivo per entrambe le parti in conflitto attraverso un percorso di comprensione della relazione in essere e delle poste in gioco.

La Direttiva 52/2008 non offre indicazioni articolate circa le garanzie procedurali che la mediazione come percorso deve offrire, delegando sostanzialmente agli Stati membri il compito di individuarne modalità e criteri di verifica. L'art. 4 si occupa in modo generico della qualità della mediazione stabilendo che gli Stati membri incoraggiano la formazione iniziale e successiva

<sup>10</sup> R. STÜRNER, *Mediation in Germany and the European Directive 2008/52/EC*, in questo volume, pp. 45, 50.

<sup>11</sup> S. BARONA VILAR, *Introduzione della mediazione civile e commerciale nell'ordinamento giuridico spagnolo. Linee generali della proposta di legge sulla mediazione nelle cause civili e commerciali del 2010*, in questo volume,

<sup>12</sup> Y. DESDEVISES, *La médiation en France et la Directive 2008/52/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 Mai 2008*, in questo volume, pp. 35, 36, 38.

dei mediatori allo scopo di garantire che la mediazione sia gestita in maniera efficace ed imparziale in relazione alle parti, ed incoraggiano l'elaborazione di codici volontari di condotta da parte dei mediatori o delle organizzazioni che forniscono servizi di mediazione, nonché l'ottemperanza ai medesimi.

Le scelte del legislatore italiano espresse nel D.lgs. 28/2010 e poi specificate nel D.M. 180/2010 sono a favore di un modello di mediazione a carattere fortemente «strutturato» – emblematica la disciplina della fase iniziale del procedimento con una domanda di mediazione che deve indicare oggetto e ragioni della pretesa in termini non dissimili da quelli richiesti per la redazione di un atto di citazione – e con elementi funzionali ad una prospettiva 'aggiudicativa' del relativo procedimento: il riferimento è soprattutto all'importanza attribuita alla proposta che il mediatore potrà o dovrà, a seconda della scelte delle parti, formulare nel caso in cui queste non raggiungano spontaneamente un accordo. Sono scelte che riflettono la *policy* sottesa ad un disegno normativo concepito per rispondere ad esigenze tutte interne di deflazionare il contenzioso civile e di arginare gli impatti economici pregiudizievoli causati dalla irragionevole durata del processo. Alla stessa logica rispondono anche gli strumenti per promuovere e/o scoraggiare determinati comportamenti delle parti coinvolte in un tentativo di conciliazione, in particolare la previsione di una disciplina che, agendo sulla ripartizione delle spese del giudizio in deroga al principio della soccombenza, mira a sanzionare il comportamento della parte che abbia reso necessario il giudizio davanti al giudice della causa per aver irragionevolmente rifiutato una proposta di conciliazione. È evidente che, «nel momento in cui il nostro legislatore ha previsto il meccanismo incentivante-sanzionatorio in sede di ripartizione delle spese processuali, intendesse principalmente potenziare lo sperato effetto deflattivo della nuova disciplina». Al tempo stesso, occorre sottolineare però che la scelta legislativa in parola, va valutata ed apprezzata anche alla luce di una nuova e condivisibile sensibilità per i problemi dell'abuso del processo di cui si colgono segni importanti a vari livelli dell'ordinamento<sup>13</sup>.

Non vi è coerenza invece – come nota nel suo contributo Francesca Cuomo Ulloa<sup>14</sup> – tra il modello di mediazione ed il modello di mediatore delineato dal D.lgs. 28/2010 e dal D.M. 180/2010, dal momento che, da un lato, si disciplina una mediazione tendenzialmente, o almeno potenzialmente, normativa, vuoi per la sua prossimità al giudizio, vuoi – e soprattutto – per la tendenza «aggiudicativa» che il legislatore ha dato al procedimento, mentre dall'altro si prevede un mediatore laico, non giurista ed esperto in tecniche facilitative. La normativa del D.M. 180/2010, emanato in attuazione degli artt. 16 e ss. del D.lgs. 28/2010, consente l'accesso alla funzio-

<sup>13</sup> A. DE LUCA, *Mediazione e (abuso del) processo: la deroga al principio della soccombenza come incentivo alla conciliazione*, in questo volume, pp. 79, 92.

<sup>14</sup> F. CUOMO ULLOA, *Chi vuole essere mediatore? Competenza e responsabilità del nuovo mediatore civile e commerciale*, in questo volume, p. 69 ss.

ne di mediatore a tutti coloro che abbiano conseguito la laurea triennale o che comunque siano iscritti ad un collegio o ordine professionale (non è richiesta una specifica formazione universitaria in materie giuridiche ed economiche), anche se i professionisti interessati devono possedere necessariamente una specifica formazione in materia di mediazione da acquisire, peraltro agevolmente, mediante la partecipazione ad un percorso formativo articolato in corsi teorici e pratici di almeno cinquanta ore (oltre ad aggiornamenti biennali). Di qui la sovrapposizione di due modelli che altri ordinamenti tendono ad evitare, ora lasciando ampio margine nella definizione dei percorsi formativi alle categorie professionali interessate (Germania)<sup>15</sup>, ora optando per una specifica «professionalizzazione» della figura del mediatore, in quanto chiamato ad un'attività che presuppone l'apprendimento di tecniche di comunicazione, negoziazione ed ascolto tendenzialmente estranee al *curriculum* accademico delle varie professioni potenzialmente interessate all'attività di mediazione (Austria)<sup>16</sup>.

Il decreto attuativo n. 180/2010 indica come possibile correttivo la strada dello «sdoppiamento» dei mediatori, affidando agli organismi che erogano il relativo servizio la facoltà di incaricare un primo mediatore della conduzione della fase facilitativa e l'altro della formulazione della proposta sulla base delle sole informazioni che le parti ritengano di fornirgli. È un correttivo non privo di una sua problematicità (non solo per i costi che fatalmente genera, ma) perchè ripropone, dopotutto, le questioni sia della vera natura della mediazione sia della sua autonomia rispetto al processo; questioni largamente irrisolte in un contesto, come quello tracciato dal legislatore italiano, che privilegia il regime di obbligatorietà del ricorso al metodo alternativo per una larghissima tipologia di liti civili.

Il legislatore italiano ha manifestato, per un verso, un chiaro *favor* verso l'idea di non differenziare la normativa dettata dal D.lgs. n. 28/2010, a seconda della natura puramente nazionale o transnazionale del conflitto. Per altro verso, però, ha preferito effettuare una scelta di segno contrario rispetto a quella che sembra essere maggioritaria, in ambito europeo, giacché ha deciso di attuare la Direttiva 2008/52 esprimendo la dichiarata intenzione di mantenere il *diritto di famiglia* all'esterno dell'ambito operativo della disciplina di «implementazione». La motivazione addotta per giustificare tale mancata estensione è stata ancorata, ufficialmente, alla natura indisponi-

<sup>15</sup> Cfr. la disposizione del § 6 del *Gesetzentwurf*: «Der Mediator stellt in eigener Verantwortung durch eine geeignete Ausbildung und eine regelmässige Fortbildung sicher, dass er über theoretische Kenntnisse sowie praktische Erfahrungen verfügt, um die Parteien in sachkundiger Weise durch die Mediation führen zu können». Nella precedente proposta di riforma si spiegava che: «Mediation ist ein Verfahren, das noch stark in der Entwicklung begriffen ist. Von einem bereits klar umrissenen Berufsbild kann noch nicht ausgegangen werden», sub Begründung, par. 3.

<sup>16</sup> E.M. BAJONS, *La lite tra mediazione e processo. Recenti interventi legislativi e modelli sperimentali in Austria e Germania*, in *L'altra giustizia*, cit., p. 51 ss.

bile dei diritti e degli obblighi che verrebbero in rilievo. In realtà, osserva Elena Urso nel suo denso saggio sulla mediazione familiare<sup>17</sup>, il silenzio del legislatore può essere interpretato come il riflesso di una tensione irrisolta; di una strategia di attesa imposta dalle circostanze e dovuta, con tutta probabilità, alla volontà di non alimentare eventuali reazioni di chiusura, analoghe a quelle che era prevedibile potessero essere ingenerate da quelle previsioni del D.lgs. n. 28/2010 implicanti una trasformazione radicale di alcune coordinate base del processo civile e, in particolare, delle disposizioni attinenti all'obbligo di fare ricorso alla mediazione anteriormente alla proposizione della domanda giudiziale in presenza di determinate controversie e al dovere dell'avvocato di informare con chiarezza il proprio assistito al riguardo, attestando per iscritto l'avvenuta comunicazione, pena l'annullabilità del mandato. Ora però si palesa pressante l'esigenza di dedicare una specifica attenzione anche alle problematiche familiari, adottando misure idonee a completare previsioni normative in materia che sinora hanno avuto un carattere settoriale e parziale, oltre che per alcuni aspetti intenzionalmente vago. L'autrice tratteggia un meditato disegno delle linee evolutive auspicabili in questa materia, offrendoci un'attenta riflessione volta a dar conto sia delle influenze esercitate dal diritto europeo sulle esperienze nazionali, sia delle prassi che, pur in assenza di una specifica regolamentazione, si stanno diffondendo in modo sempre più uniforme entro uno scenario anche più ampio dei confini dell'Unione europea<sup>18</sup>.

In questi, come in altri settori, l'integrazione europea sta producendo effetti di avvicinamento dei vari sistemi nazionali, anche al di là di quanto richiesto dal rispetto dei principi e delle regole dell'Unione. Sarebbe però sbagliato pensare che le diversità che in passato hanno così fortemente connotato i diversi sistemi municipali non continuino a giocare un loro ruolo anche in questa vicenda e, soprattutto, che esse siano destinate a sparire. Scompare il carattere tradizionale di reciproca estraneità degli ordinamenti. Le diversità sopravvivono nella dimensione diversa di una vicenda europea comune

\*\*\*

L'intento di fornire un quadro informativo, oltre che qualche punto di riflessione sul lavoro legislativo in corso nei Paesi europei, ci ha suggerito di raccogliere i testi e i progetti di legge stranieri tramite i quali nei Paesi cui si riferiscono i saggi qui proposti si sta dando veste normativa all'istituto della mediazione nei suoi tratti qualificanti. Esigenze editoriali hanno reso preferibile la soluzione di proporre tali materiali in formato digitale ad accesso aperto sul sito dell'editore (<http://www.fupress.com/>).

<sup>17</sup> E. URSO, *Mediazione e famiglia fra innovazione e continuità. Tendenze europee e scelte nazionali*, in questo volume, p. 99 ss.

<sup>18</sup> *Ibid.*

# FORMANTE GIUDIZIARIO E MEDIAZIONE: CONFLUENZE E DIFFERENZE

Maria Rosaria Ferrarese\*

SOMMARIO: 1. Note introduttive. – 2. ADR e formante giudiziario. – 3. Il versante giudiziario nel contesto globale. – 4. ADR, ingegnerie istituzionali e cambiamenti sociali. – 5. Mediazione e distanze dal formante giudiziario.

## 1. Note introduttive

Quello che mi propongo in questo intervento introduttivo è di inquadrare l'istituto della mediazione nel contesto dello scenario giuridico attuale, al fine di delineare linee di continuità, ma soprattutto di discontinuità e differenza rispetto al passato. A tal fine seguirò essenzialmente due strade. In primo luogo, farò riferimento alle evoluzioni e agli adattamenti che sembra subire il cosiddetto 'formante giudiziario' nel contesto della globalizzazione. Evoluzione e adattamenti che configurano al contempo una situazione di affermazione e addirittura di 'trionfo' del formante giudiziario, ma altresì di crisi dello stesso, almeno se questo viene inteso sulla base delle sue tradizionali caratteristiche di organismo proprio dello 'stato di diritto'. In secondo luogo, cercherò di identificare alcuni aspetti che rendono la mediazione una modalità di risoluzione dei conflitti particolarmente eterodossa rispetto al formante giudiziario classico. Essa pertanto si presta bene a rappresentare alcune specificità del tempo attuale e la tendenza a delineare un più ampio spazio di tipologie di risoluzione delle liti, che ricomprende modalità che si spingono persino oltre le stesse funzioni di giustizia, come sono state tradizionalmente intese.

Il ricorso a forme alternative di risoluzione del conflitto chiama in causa il processo di trasformazione delle istituzioni giuridiche nel mondo globale. In particolare, va sottolineato e osservato il fenomeno di centralità del formante giudiziario: si potrebbe parlare di un processo di espansione e quasi dilatazione del formante giudiziario, che insegue diversi percorsi, come a voler occupare l'intero spettro di possibilità alternative, tenendo conto dei tanti specifici versanti in cui il conflitto può avere luogo e dei soggetti che sono in esso coinvolti. Questa espansione, che interessa significativamente anche la sfera internazionale, trova riflesso, oltre che nella nascita di corti internazionali di vario tipo, anche nella produzione di nuove forme di *dispute resolution* all'interno di organismi internazionali.

Data la rilevanza del fenomeno di espansione del formante giudiziario, appare utile ricostruire, se non una vera e propria genealogia, almeno

\* L'autrice è professoressa presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari e la Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione di Roma.



le ragioni più ampie di un fenomeno così esteso di produzione di forme imitative della giurisdizione nel panorama giuridico attuale. Gli ultimi decenni, dunque, lungi dal rappresentare un panorama di ‘ritiro del diritto’<sup>1</sup> o di possibile ‘fine del diritto’, ci hanno messo di fronte ad una capacità di reinvenzione delle istituzioni giuridiche tipiche dello ‘stato di diritto’, in modo da corrispondere a nuovi bisogni e finalità, oltre che a nuove sensibilità.

## 2. ADR e formante giudiziario

Le indagini relative all’insorgenza di forme di ADR di solito si aprono con il riferimento agli anni Settanta del secolo passato, quando cominciò negli Stati Uniti un movimento critico verso il processo giudiziario tipico, accusato di essere fonte di ritardi e costi che rischiavano di apparire alla lunga insostenibili. In proposito, la citazione d’obbligo è la Pound Conference del 1976 *On the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, che riunì l’*intelligentia* giuridica americana allarmata dai primi segni di una *litigation explosion*, che non riusciva a trovare risposte e soddisfazione nei consueti percorsi giudiziari davanti alle corti. È noto che quella occasione, come ricordava il titolo dato al convegno, conteneva il riferimento ad un precedente appello, formulato appunto da R. Pound, nel 1906, ad uno svecchiamento della macchina giudiziaria, per vincere la supposta incapacità delle corti di fronteggiare l’incremento della domanda di giustizia proveniente dalla società.

Naturalmente, la produzione di forme ‘alternative’ alla giurisdizione non è un fatto nuovo dei nostri giorni e precede ampiamente il dibattito sull’ADR che, dopo gli esordi americani negli anni Settanta del secolo scorso, si sviluppò ampiamente anche in Europa, specie a partire dagli anni Novanta<sup>2</sup>, fino a giungere alla direttiva europea del 2008, recentemente recepita anche in Italia. Del resto, la prospettiva storica potrebbe essere rovesciata: invece che esaminare le ‘alternative’ alla luce del formante giudiziario, si potrebbe vedere nella giurisdizione statale, così come fu consegnata dagli architetti dello stato moderno, una ‘alternativa’ alle classiche forme di risoluzione dei conflitti che prevalevano nelle società pre-moderne, e che erano meno regolate e formalizzate, e prevalentemente a carattere privato.

La letteratura in materia di ADR cita frequentemente i ‘precedenti’ storici della mediazione, così come dell’arbitrato. A maggior ragione, la ripro-

<sup>1</sup> Si vedano in proposito i vari contributi in P. ROSSI (a cura di), *La fine del diritto?*, Bologna, Il Mulino, 2009.

<sup>2</sup> Tra i molti riferimenti possibili, si veda V. VARANO (a cura di), *L’altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 2007. Sulla conciliazione in Italia, N. TROCKER, *La conciliazione come metodo alternativo di risoluzione delle controversie nell’esperienza dell’ordinamento italiano tra obiettivi di politica legislativa e profili di compatibilità costituzionale*, ivi.

posizione odierna di forme 'alternative' di risoluzione dei conflitti, specie in Europa, induce, oltre che alla ricerca di una loro 'genealogia', anche ad un loro collocamento nella prospettiva attuale, che dia conto delle differenze e delle distanze rispetto al 'formante giudiziario', ma anche di tratti di continuità rispetto ad esso.

In tutti i casi di litigio e di conflitto, il bisogno di chiudere e risolvere il conflitto si esprime attraverso il ricorso ad un 'terzo' soggetto risolutore. L'idea del 'terzo neutrale' non è un'esclusività della giurisdizione. Anche le forme alternative sono espressione di un principio simile e corrispondono ad una esportazione del litigio in una sfera di 'terzietà'. Diverse, infatti, sono le maniere in cui il 'terzo' interviene, il suo rapporto con le parti, il potere di cui dispone, il tipo di tecnica e di linguaggio che usa, ma soprattutto diverse sono le finalità che egli persegue. Le differenze si delineano proprio nelle modalità di costruzione sociale e istituzionale di questa sfera di 'terzietà', e si tratta di differenze che riguardano al contempo le modalità di risoluzione delle controversie, le configurazioni professionali ad essa addette, nonché le relative sottostanti concezioni di giustizia.

La gamma di tipologie di soggetti, di caratteri professionali, di criteri a cui devono ispirare il proprio comportamento, i poteri di cui dispongono, le modalità di scelta e selezione sono stati non a caso oggetto di attenzione in molte indagini e costituiscono altrettanti aspetti che forse ci possono suggerire qualcosa sulle trasformazioni intervenute nel tradizionale orizzonte giuridico e nel modo in cui esso si rapporta alla società.

Peraltro, i comparatisti sanno bene che delle differenze sono rinvenibili già all'interno dello stesso 'formante giudiziario', a seconda che esso si collochi nei sistemi di *civil law*, o nei sistemi di *common law*<sup>3</sup>. Questa differenza va richiamata, se non altro per ricordare che nei primi esso ha, almeno se si sta all'architettura dello stato moderno, un ruolo di applicazione delle norme, che sono soprattutto norme legislative. Nei secondi, invece, esso svolge, attraverso la funzione di risoluzione del conflitto, un ruolo di creazione di regole e standard giuridici, in una cornice che è essenzialmente di *judge-made-law*<sup>4</sup>.

La differenza tra i due contesti, in altri termini, implica una differenza che riguarda lo stesso modo di generare e concepire il diritto: *a priori*, attraverso la modalità legislativa, o *a posteriori*, a ridosso di specifiche

<sup>3</sup> Su questo interessante versante si vedano almeno M. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparata del processo*, Bologna, Il Mulino, 1991, e A. GARAPON, I. PAPADOPULOS, *Juger en Amérique et en France*, Paris, Odile Jacob, 2003.

<sup>4</sup> Valgano in proposito le parole di K.N. LLEWELLYN, *The Brumble Bush*, New York, London, Rome, Oceana Publications, inc., 1991: «anche se molte regole sembrano "rivolte all'uomo della strada, per dirgli cosa fare e cosa non fare", esse sono, al fondo, guidate da uno scopo di *dispute-avoidance*. Per questo, occorre guardare soprattutto a come decidono i soggetti pubblici nelle dispute, o indipendentemente da esse» (pp. 3-4).

occasioni di incertezza e di conflitto. Anche se, nel contesto attuale di crescente rilevanza del diritto giudiziario in tutto il globo, questa differenza appare meno netta, essa è tuttora non irrilevante, se pure spesso mascherata dalla tendenza a percepire il formante giudiziario come una modalità comune, se non unitaria, di risoluzione delle controversie, rispetto alla quale altre possibili forme si pongono in maniera ‘alternativa’ ed eterodossa.

### 3. *Il versante giudiziario nel contesto globale*

Alcuni osservatori hanno sottolineato soprattutto i risvolti di privatizzazione della giustizia che erano impliciti nell’ADR, risvolti che in terra americana ebbero un precoce esordio, e che avevano un preciso significato politico, in quanto rivolti a liberarsi della ‘supervisione giudiziaria’. Specie in materia economica, ad esempio, come osserva O. Chase, la privatizzazione del sistema di risoluzione delle liti coincide con la sottrazione agli organi statali, ossia ai giudici, di molte contese, e così «le imprese che, con le clausole compromissorie, si impegnavano a sottrarsi alla supervisione giudiziaria, ottenevano di fatto una sorta di *deregulation* in ambito economico. Al contrario, i litiganti che cercavano di affermare i propri diritti, potevano essere ‘distolti’ dal tentativo di rivendicarli in una corte»<sup>5</sup>.

Pur senza ignorare questi risvolti di natura politica, che del resto sono diventati attualissimi anche in Europa, in questo intervento vorrei provare a ricollegare l’ADR e altri sviluppi paralleli soprattutto con la complessità del quadro giuridico globale, in cui il ‘formante giudiziario’, come si è detto, vive un tempo di grandi successi<sup>6</sup> e si afferma come modalità e ‘fonte giuridica’ essenziale per produrre regole a ridosso di specifiche occasioni di conflitto. Al contempo, è come se il successo straripante della modalità giudiziaria non riuscisse a restare dentro il guscio tradizionale, e richiedesse nuovi vestiti e nuove forme, in un incessante tentativo di riproduzione della formula originaria in *format* differenziati e rivolti verso finalità differenziate. Così, mentre per un verso il formante giudiziario sembra rigenerarsi in forme inedite, coprendo un più largo spettro di funzioni, per un altro verso esso sembra talora perdere i suoi caratteri più tipici e disperdersi in un percorso di privatizzazione e de-giuridicizzazione, che segue strade e tappe diverse.

La moltiplicazione dei percorsi di risoluzione delle liti appare come solo uno degli effetti di un vasto processo di globalizzazione giuridica, che

<sup>5</sup> O. CHASE, *Gestire i conflitti. Diritto, rituali, cultura*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 132.

<sup>6</sup> Sul “successo” del giudiziario nel mondo globale, rimando al mio *Il diritto al presente Globalizzazione giuridica e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 187 e ss.

anche in altri campi e settori sta spingendo verso riproposizioni e imitazioni delle forme giuridiche ‘tipiche’, configurate dallo stato, per far posto a modalità altre e diverse, e spesso sostanzialmente divergenti<sup>7</sup>. Insomma, le vicende dell’ADR appaiono emblematiche di più vaste tendenze che caratterizzano il nostro tempo, e che sempre più configurano una vasta zona grigia, che sta tra il giuridico e il non giuridico, quasi che nessuno dei due versanti potesse essere del tutto autonomo e sopravvivere senza l’altro. E in questo ambito, che contamina e intreccia largamente il giuridico con il sociale, con l’economico, ecc. si verificano parallele forme di annessione e inglobamento, cosicché, ad esempio, le procedure informali non nascono in alternativa rispetto al percorso formale delle corti, ma intrecciandosi variamente con esso. La riproposizione del ‘formante giudiziario’ in forme atipiche e differenziate coincide con una tendenza all’affermazione in campo giuridico dell’informalità e di inedite forme di ‘colonizzazione’ culturale nei percorsi di risoluzione delle liti<sup>8</sup>.

Gli esempi sono vari e noti. Quando l’ADR si affermò negli Stati Uniti, ci furono iniziative degli stessi organi legislativi, che imponevano alle corti di indirizzare gli utenti verso forme alternative di giustizia. Anzi, molti tribunali si dovettero dotare di *court-annexed programs* in materia di mediazione e di arbitrato, facendosi paradossali promotori di queste strade alternative alla giustizia. L’idea era quella propugnata da Sander, ispiratore della *Pound Conference* e futuro fondatore del programma di Harvard in materia di mediazione, di istituire una *multidoor courthouse*, che desse la possibilità agli utenti di scegliere la modalità più adatta alle proprie esigenze. Comè stato notato, «la “A” di ADR doveva, in prospettiva, significare più ‘adeguato’, che non ‘alternativo’»<sup>9</sup>. In questa luce, le possibilità alternative avrebbero costituito una possibilità ulteriore, da aggiungere ed eventualmente preferire alla giurisdizione, e non una scelta obbligata. Come si sa, invece, dapprima negli Stati Uniti, e ora anche in Europa, le forme alternative in alcuni casi diventano obbligatorie, configurando un paradossale invito alla privatizzazione da parte di soggetti pubblici. Quello della obbligatorietà è un punto chiave per valutare il risvolto politico del ricorso all’ADR: infatti, l’eventuale obbligatorietà del ricorso a forme di risoluzione alternativa può implicare aspetti di natura costituzionale relativi alla tutela

<sup>7</sup> L’esempio più eclatante è quello dei contratti “atipici” che riempiono lo schermo giuridico globale da continente a continente, relegando in una penombra di provincialità i contratti “tipici”.

<sup>8</sup> Si è parlato, ad esempio, anche di una colonizzazione culturale dell’arbitrato da parte degli avvocati, piuttosto che dei giudici.

<sup>9</sup> Così G. Cosi, *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione*, Milano, Giuffrè, 2007, che aggiunge che «l’idea fu poi ripresa dall’*American Bar Association*, la confederazione degli ordini dei professionisti legali americani, che aprì tre *multidoor courthouses* sperimentali a Huston, in Texas, in Oklahoma, e a Washington. Il successo di questi esperimenti ha fatto sì che altre Corti ne seguissero l’esempio, anche in assenza di specifici provvedimenti legislativi in materia» (p. 52).

dei diritti e la negazione della possibilità di adire una corte costituisce un punto costituzionalmente sensibile<sup>10</sup>.

Nel quadro di enorme moltiplicazione della formula giudiziaria in forme ‘apocriefe’, si diversificano le modalità di intervento del ‘terzo’, a seconda della tipologia dei soggetti in conflitto, o delle tipologie del conflitto, o della varietà dei contesti in cui i conflitti hanno luogo, o della pluralità dei fini perseguiti nella composizione degli stessi. È come se l’universo della *litigation* ci apparisse oggi come una sfera sfaccettata, composta, plurale, irriducibile ad una formula unificante e sempre uguale a se stessa.

La diffusione di forme alternative di soluzione dei conflitti tende dunque a replicare sul versante dei conflitti quella dinamica che oggi vede ridimensionata sia l’opposizione diritto/non diritto, sia la netta differenza pubblico/privato, sia la distanza sociale/giuridico, generando modalità e formule miste e intermedie, che perdono il carattere puro originario. Sottolineare questo orizzonte di complessità in cui si iscrive il ricorso all’ADR non significa, beninteso, che questo risponda ad un ineludibile fine funzionale, e che questo complesso spettro di possibilità alternative debba essere esente da valutazioni politiche sulle sue specifiche ricadute. La privatizzazione, ad esempio, come si è già detto, può esporre a rischi e storture di vario genere a danno dei più deboli. Soprattutto i casi che coinvolgono questioni di diritti dovrebbero sempre poter contare su un giudice. Tuttavia non si possono ignorare i fattori di contesto in cui si iscrive la varietà dei processi di risoluzione delle liti.

La moltiplicazione delle formule per risolvere i conflitti, d’altra parte, eccede l’ambito dell’ADR: lo spettro di possibilità che rientrano in questa sigla, pur configurando un sensibile allargamento delle modalità di risoluzione dei conflitti, appare a sua volta non esaustivo di ulteriori modalità che si danno nello scenario odierno. Ad esempio, in ambito internazionale, si suole parlare di funzioni «quasi-judicial», per riferirsi a organismi insediati entro organizzazioni internazionali, con funzioni di risoluzione delle liti che insorgono tra stati ad esse appartenenti, o tra stati e altri soggetti<sup>11</sup>.

Le modalità *quasi-judicial* non vengono di solito associate con l’ADR, perché sono sorte in contesto internazionale, ma costituiscono anchesse una reinvenzione del formante giudiziario, ottenuta rimescolando pubblico e privato, diritto e non diritto, nonché criteri di tecnica giuridica con criteri di altra natura. L’esempio più noto di istituzione *quasi-judicial* è quello del

<sup>10</sup> Oltre al testo di N. TROCKER già citato, si vedano le osservazioni di M. TARUFFO, *Camere di commercio e giurisdizione ordinaria. Come utilizzare un metodo ormai indispensabile in molti settori economici*, in *Impresa & Stato*, n. 40, Settembre 1997, <http://www.mi.camcom.it/show.jsp?page=64100> e ID., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 30 e ss.

<sup>11</sup> Si veda in proposito J. ALVAREZ, *International Organizations as Law-Makers*, Oxford e New York, Oxford University Press, 2006, specie i capitoli 7 e 8, dove si parla di risoluzione delle controversie da parte di attori “non-judicial” e “quasi-judicial”, in un contesto di “regime-specific law”.

doppio grado di giurisdizione esistente nella WTO, che è ormai un braccio essenziale di quella organizzazione internazionale, il cui funzionamento diventerebbe estremamente improbabile, se non impossibile, in assenza di tale prolunga giudiziaria. Come ha osservato Delmas-Marty, «è la ‘giurisdizionalizzazione’ che struttura giuridicamente il diritto del commercio mondiale e non viceversa»<sup>12</sup>.

In altri termini, nel contesto internazionale attuale, caratterizzato dalla centralità delle organizzazioni internazionali, e dunque orientato in senso multilaterale, l'amministrazione dei trattati internazionali viene ormai affidata non solo alle cure politiche delle ‘feluche’, come nel passato, ma in maniera ormai ricorrente anche alle cure giudiziarie delle ‘toghe’<sup>13</sup>, che sono tuttavia spesso imitazioni delle toghe ufficiali di carattere ‘pubblico’.

#### 4. ADR, ingegneria istituzionali e cambiamenti sociali

Il fenomeno di espansione del formante giudiziario corrisponde ad una re-invenzione che ha avuto luogo in gran parte in culture di *common law*, come gli Stati Uniti e il Regno Unito, per una ragione facile da intuire: ossia per il minore ossequio di quella tradizione verso le forme e il formalismo giuridico, ma anche per un antico pregiudizio che in quelle culture cova da lunga data, contro il diritto e le istituzioni intesi come luoghi per specialisti, dove si parla un linguaggio esoterico, e si decide in nome di criteri e principi che sfuggono alla pubblica comprensione e percezione. In questo clima culturale, il *counter-culturalism* dell'America degli anni Settanta fu non a caso un fattore che contribuì molto a promuovere l'affermazione di modalità alternative di risoluzione delle liti<sup>14</sup>.

L'idea di istituzioni in presa diretta con la società civile, ed in grado di comunicare con la sua sensibilità, sono del resto nel DNA del *common law*, in quanto tipica produzione di diritto ‘dal basso’, e specialmente a partire dalle aule giudiziarie. Al contempo, nel mondo della giustizia, che è orientato dalle istanze che i soggetti portano davanti ai giudici, si possono facilmente individuare delle possibilità di *empowerment* dei cittadini, che li facciano sentire partecipi ed anzi addirittura protagonisti delle funzioni di perseguimento della giustizia.

Tutto ciò configura altrettanti motivi per muovere verso una diversa ingegneria istituzionale, che sappia tenere maggiormente conto di fattori extra-giuridici. Così, ad esempio, il rapporto con la sfera emotiva delle

<sup>12</sup> M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit*, vol. 3, *La réfondation des pouvoirs*, Paris, Seuil, 2007, p. 78. Sul tema si può vedere anche il mio volume *La governance tra politica e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 184 e ss.

<sup>13</sup> Ad evidenziare questo passaggio è S. CASSESE, *I tribunali di Babele*, Roma, Donzelli, 2009.

<sup>14</sup> Su questo insiste O. CHASE, *Gestire i conflitti*, cit., *passim*.

persone, che nei meccanismi e negli scenari della giustizia tradizionale tendeva ad essere ignorata o negata, come una pericolosa interferenza nell'astutezza del ragionamento giuridico, tende a trovare nuove occasioni di espressione nelle procedure informali e costituisce anzi un esplicito obiettivo della mediazione.

Del testo, questa tendenza delle istituzioni giuridiche a incontrare voci e aspetti extra-giuridici non è diversa da quella che si manifesta in altri ambiti disciplinari. Anche l'economia, ad esempio, tende sempre più a dialogare con altre discipline: non solo con il diritto, ma anche con la psicologia e le scienze comportamentali<sup>15</sup>.

L'affermazione di una visione individualistica del mondo, che caratterizza le attuali società, tende a sua volta a spingere verso misure giuridiche che sappiano dare riconoscimento e panni adeguati alle preferenze e alle specificità soggettive, si tratti di persone o di enti e soggetti collettivi e di gruppo. La crescente difficoltà ad accettare quel criterio dell'obbedienza che si deve alle 'norme', considerate come espressioni di eteronomia, spinge a configurare modalità di elaborazione delle regole in cui i soggetti possano dare un proprio contributo e far sentire la propria voce.

Ciò ha condotto ad una enorme espansione del diritto contrattuale e del diritto giudiziario nel nostro presente<sup>16</sup>; e l'uno e l'altro rispondono alla stessa *ratio* e si sostengono a vicenda, poiché l'autonormazione che è propria dei contratti spinge a voler estendere la sfera dell'autonomia anche alla fase di gestione dei conflitti che possano derivare dagli stessi. All'incrocio tra contratto e giurisdizione, nello scenario del confronto tra parti avverse, si possono dunque individuare i luoghi e le occasioni in cui è possibile confezionare le regole più adatte al caso, lungo un percorso nel quale le parti sono largamente partecipi, sia pure con mezzi, capacità e modalità non sempre paritari, in un clima giuridico che sposa le ragioni di quell'*adversarialism* che caratterizzano lo scenario della giustizia americana<sup>17</sup>.

Comè noto, nella mitologia della mediazione viene inoltre evocata la possibilità che essa realizzi il sogno di un *non losing game*, ossia un processo che non sia un gioco 'a somma zero', con vincitori e perdenti, ma che genera piuttosto un esito positivo per entrambe le parti in conflitto, attraverso un percorso di comprensione della relazione in essere e delle poste in gioco che essa comporta.

Nella grande bipartizione delle forme alternative tra arbitrato e mediazione, non si fa fatica a vedere nell'arbitrato una modalità che si potrebbe

<sup>15</sup> Basti pensare al Nobel assegnato a D. Kahneman nel 2002, che ha celebrato proprio il connubio tra economia e psicologia.

<sup>16</sup> Rimando in proposito al mio *La governance tra politica e diritto*, cit. Una tesi simile si trova in G. Così, *Invece di giudicare*, cit., dove si afferma: «La crisi del paradigma giuridico della modernità sposta decisamente la bilancia della produzione del diritto dal momento legislativo a quello delle norme individuali: siano queste di origine giurisdizionale o negoziale» (p. 23).

<sup>17</sup> R.A. KAGAN, *La giustizia americana*, Bologna, Il Mulino, 2009.

definire prevalentemente 'dalla parte dell'economia', e nella mediazione una modalità che invece si potrebbe altrettanto definire prevalentemente 'dalla parte della società' e delle persone. Ciò non significa tuttavia che manchi il ricorso alla mediazione in altre svariate sfere di azione. Ad esempio, si registrano ricorsi alla mediazione in materia ambientale, così come ricorrenti forme di *business mediation*. E non a caso, questa modalità può interessare significativamente anche l'area dei rapporti economici, come cercherò di dire tra poco.

Proprio il prevalente orientamento della mediazione verso gli aspetti relativi ai rapporti tra persone o tra altre soggettività, infatti, mette la mediazione particolarmente in sintonia con un nuovo rilievo ed una nuova attenzione che anche la sfera giuridica tende a tributare agli aspetti relazionali. Ad esempio, vi è ormai una vasta letteratura in tema di 'contratti relazionali' che, sulla scia dei pionieristici contributi di MacNeil<sup>18</sup>, ha insegnato a distinguere tra contratti 'discreti' (e sue possibili varianti), che si esauriscono in un unico scambio, e contratti 'relazionali', che invece si prolungano nel tempo, perché vedono le parti coinvolte in rapporti durevoli di scambio di varia natura, specialmente economici, ma non solo.

Che si tratti di relazioni commerciali prolungate nel tempo, o invece di rapporti a carattere interpersonale, o addirittura con risvolti emotivi e sentimentali, i contratti 'relazionali' rivelano che nella sfera degli scambi prolungati nel tempo, che stabilizzano un certo tipo di relazione tra le parti, il sinallagma funziona tenendo conto dell'importanza del tessuto relazionale e della volontà di preservarla in futuro: questi partner contrattuali, dato il contesto temporale prolungato, tendono per lo più a voler salvaguardare le ragioni di continuità del rapporto, piuttosto che la specifica e puntuale esecuzione degli 'obblighi contrattuali'<sup>19</sup>. Del resto, anche in ambito internazionale, la sfera dei rapporti interstatuali sembra riecheggiare la logica dei contratti relazionali: nella misura in cui gli stati sono inseriti nella fitta ragnatela delle organizzazioni internazionali, che li vincola reciprocamente in una relazione destinata a durare, il principio *pacta sunt servanda* è destinato a incontrare ridimensionamenti non lievi, incrociandosi con ragioni di tipo politico o con convenienze di carattere economico<sup>20</sup>.

Più che mai, insomma, i contratti 'relazionali' ci svelano una sfera di (almeno parziale) indifferenza verso il diritto inteso come tessuto di regole 'generali ed astratte' e indifferenti a specifici contesti. Le regole risentono invece significativamente dello specifico orizzonte temporale in cui esse

<sup>18</sup> I.R. MACNEIL e D. CAMPBELL, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, London, Sweet & Maxwell, 2001.

<sup>19</sup> Si veda S. MACAULAY, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, in *American Sociological Review*, vol. 28, 1963, p. 55 ss. pionieristica ricerca sulle relazioni contrattuali in una piccola comunità d'affari americana.

<sup>20</sup> In proposito rimando al mio *La governance tra politica e diritto*, cit., p. 179 e ss.



hanno vita, delle persone e degli altri soggetti che concretamente le applicano o non le applicano, e dello specifico contesto in cui agiscono.

### 5. *Mediazione e distanze dal formante giudiziario*

Le notazioni precedenti già ci hanno consentito di vedere che la presenza della mediazione, così come del resto anche quella dell'arbitrato, si giustificano nell'attuale orizzonte giuridico in ragione di alcune differenziazioni delle prestazioni che esse consentono rispetto alla giurisdizione. Ma non meno importanti, per spiegare il successo delle forme alternative, sono alcuni criteri di opposizione che esse presentano rispetto a principi e caratteri che sono tipici della giurisdizione.

L'arbitrato, ad esempio, specie nella sua versione internazionale, si caratterizza per un tipo di competenza giuridica de-territorializzata, ossia la *lex mercatoria*, che è una sorta di 'non luogo giuridico'<sup>21</sup>, invece che per la conoscenza del diritto statale. Si rovescia in tal modo il criterio dell'appartenenza' del giudice in un principio di 'non appartenenza' dell'arbitro ad una cultura giuridica territorialmente definita.

Nel caso della mediazione, i punti di distanza dalla giurisdizione sono persino maggiori, proprio perché, com'è noto, essa non persegue una *ratio* di tipo esclusivamente o prevalentemente giuridico, né punta ad una decisione finale, quale una sentenza o un lodo, quali formule che risolvono il conflitto in aderenza a una legge o a un principio generale o ad altri criteri di giustizia. Ciò a cui punta il mediatore non è tanto una decisione di giustizia, ma piuttosto un percorso di ricostruzione della relazione ferita, ossia una rigenerazione della relazione e della consapevolezza delle persone in essa coinvolte.

Il percorso dunque non ha natura propriamente giuridica, ma piuttosto relazionale, e non punta ad una *adjudication*, ma alla possibilità di mantenere la relazione, sia pure in forme nuove e modificate, aperta su futuri scenari. In tal senso si suole dire che «la mediazione non finisce ma comincia col raggiungimento dell'accordo»<sup>22</sup>. In altri termini, la mediazione non prende le distanze dalle persone e dalle loro specificità, ma le accompagna e le segue nei loro percorsi emotivi e psicologici, in modo da aiutarle a impostare e percepire in maniera nuova e diversa la relazione con la controparte.

Paradossalmente, come si è già detto, l'importanza del tessuto relazionale tra le parti si prospetta soprattutto in due contesti, che sulla carta potrebbero apparire del tutto antitetici: ossia quando sono in gioco moventi di tipo economico, tra parti impegnate in relazioni commerciali durevoli, o moventi di tipo relazionale e affettivo. Questo è il caso, per esempio,

<sup>21</sup> Si veda il mio *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Bari-Roma, Laterza, 2006, p. 79 e ss.

<sup>22</sup> G. Così, *Invece di giudicare*, cit., p. 27.

delle relazioni di vicinato, o delle relazioni tra coniugi o ex coniugi, o dei rapporti tra parenti e amici. Il diritto, pur tenendo conto in vario modo di alcune specifiche relazioni intercorrenti tra le persone, tende per lo più a trascurare l'elemento della continuità del rapporto, che è invece centrale per la mediazione. In tal senso, la giustizia, che guarda ai fatti attraverso il filtro delle leggi, non ha nel proprio orizzonte visivo la continuità del rapporto oltre il conflitto. Non solo: essa, poiché è indirizzata a proclamare un vincitore ed un perdente, può anzi persino far male alla relazione, ferendola irreversibilmente specie con un risultato 'a somma zero'.

Per tutte queste ragioni, nell'arco delle varianti del formante giudiziario, alla mediazione spetta dunque il primato della distanza rispetto alla *ratio* di giustizia che è propria delle aule di tribunale. Si potrebbe parlare persino di una deviazione rispetto alla *ratio* del diritto, con le sue istanze di legalità, che vengono messe in sordina, per assecondare una diversa razionalità di tipo sociale e psicologico.

Altrettanto, la mediazione prende le distanze da una 'narrazione processuale' che è rivolta verso istanze di 'verità': proprio mentre si registra un nuovo interesse verso il processo come produttore di 'verità'<sup>23</sup>, nella mediazione ci si congeda da essa per valorizzare altri aspetti.

Si potrebbe anzi dire che la mediazione rappresenta la modalità di risoluzione dei conflitti più de-giuridicizzata, proprio perché è rivolta verso la concretezza e la specificità del tessuto relazionale tra le persone, o tra altri soggetti, anche economici, che intrattengano un rapporto continuativo.

Pierre Rosanvallon, un brillante studioso francese che insegna al *Collège de France*, analizzando le trasformazioni della democrazia nell'orizzonte attuale, ha teorizzato l'idea di una 'democrazia di prossimità'. Con questa espressione, egli ha voluto indicare uno dei tentativi di reinvenzione e di rivitalizzazione della democrazia, al fine di corrispondere ai bisogni di un nuovo protagonismo sociale, che stenta a trovare risposta nelle istituzioni del passato<sup>24</sup>. Si potrebbe parimenti parlare di una 'giustizia di prossimità', per indicare percorsi di risoluzione dei conflitti che rinunciano alla 'taglia unica' del processo davanti al giudice, per cercare forme diversificate, che ricalcano le specificità degli scenari in cui i conflitti avvengono, e dei fini che la risoluzione persegue, e che, in questo tentativo, si spingono addirittura 'oltre la giustizia', rinunciando ad alcune sue prerogative, per arrivare dove la giustizia non può arrivare<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> In tal senso M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari-Roma, Laterza, 2009.

<sup>24</sup> Si veda P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, 2008.

<sup>25</sup> In tal senso la mediazione va persino oltre una forma di "giustizia senza spada", come l'ha felicemente battezzata G. MANNOZZI (*Giustizia senza spada. Uno studio comparativo su giustizia ripartiva e mediazione penale*, Milano, Giuffrè, 2004), poiché è in un certo senso rinunciataria rispetto alla stessa funzione di giustizia.



# THE DUTY TO CONSIDER MEDIATION: SALVAGING VALUE FROM THE EUROPEAN MEDIATION DIRECTIVE

*Neil Andrews\**

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The Duty to Consider Mediation. – 3. English Reception of the European Mediation Directive. – 4. Reasons for the Increase in Use of Mediation. – 5. Mediation Agreements. – 6. Occasions for Judicial Encouragement of Mediation. – 7. Judicial Order to ‘Stay’ Court Proceedings to Facilitate Mediation. – 8. Costs Sanctions for Failure to Pursue Mediation. – 9. Concluding Remarks.

## 1. *Introduction*

[1] Unfortunately, the European Directive on Mediation (2008)<sup>1</sup> is of modest significance, for two reasons: its substantive contents are slight; and its ‘cross-border’ scope renders it of marginal significance. Regrettably, this European intervention has consumed countless hours of official time, both at the European hub and among the Member States. On any sensible cost-benefit analysis this exercise in law-making has hardly been worthwhile.

[2] However, the Directive does at least draw attention to the widespread phenomenon of mediation. And it incidentally underlines the ‘voluntary’ nature of mediation. This important restatement of fundamental principle occurs in the Preamble to the Directive:

(13) The mediation provided for in this Directive should be a voluntary process in the sense that the parties are themselves in charge of the process and may organise it as they wish and terminate it at any time. However, it should be possible under national law for the courts to set time-limits for a mediation process. Moreover, the courts should be able to draw the parties’ attention to the possibility of mediation whenever this is appropriate.

(14) Nothing in this Directive should prejudice national legislation making the use of mediation compulsory or subject to incentives or sanctions provided that such legislation does not prevent parties from exercising their right of access to the judicial system [...].

It appears that paragraph (13) of this Preamble is in tension with paragraph (14).

\* The Author is Professor at the University of Cambridge.

<sup>1</sup> «Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters», Official Journal L 136, 24/05/2008 P. 0003 – 0008.

[3] The ‘voluntary’ nature of mediation is central to the whole relationship between adjudication and mediation. Compulsion is fundamental in adjudication (unless the litigation is conducted on a ‘friendly’ basis to test an uncertain legal point). Courts can compel unwilling defendants to participate in the process or, in default, defendants will suffer the consequences of their non-participation. Arbitration clauses also commit parties to participate in the arbitral process. The justification for this is that the parties have freely agreed to resolve their dispute by submission to an arbitration process.

[4] Mediation is different because neither party assents to an imposed solution, that is, a binding result imposed by a *iudex* or *arbiter*. Instead it is a technique selected and worked through in a consensual manner in order to achieve a settlement. The essence of mediation is co-operation. Its ethos involves open-minded exploration of issues to establish an accord or at least to narrow points of difference. The third party neutral gains his legitimacy, and receives his initial title to intervene, only because the parties have agreed to this gentle technique of mediated negotiation.

[5] It is pleasing, therefore, that the authors of the Directive (at paragraph (13) of its Preamble, cited above at paragraph 2 in this paper) have acknowledged that mediation cannot be thrust upon parties. But the same authors also acknowledge at paragraph (14) that state-controlled incentives and sanctions, ultimately administered by civil courts, can be used to encourage resort to mediation. Incentives are unproblematic. Sanctions are more controversial. They should be cautiously administered. A sanction should apply only to support a limited duty: this restricted duty is confined to *considering* mediation, when this possibility is suggested by the other side or by the court.

[6] Given the tension between the voluntary and consensual nature of mediation and the issue of sanctions, the main purpose of this discussion is to consider the nature of so-called ‘duties’ to mediate (especially section 2 below).

[7] In order to explore this concept of a duty to mediate, it will be necessary to trace the ways in which potential disputants can arrive at mediation. The first route involves a contractual commitment: an *ex ante* mediation agreement (section 5 below). The second route is spontaneous: both parties recognise the possibility of successful mediation. The third route is by judicial encouragement or recommendation directed at particular cases already pending within the court system (section 6 below). The fourth route is more general. It concerns written suggestions or exhortations that mediation should be considered. Such information, directed at parties and their lawyers, is now contained in the procedural code itself. During the early stages of civil cases, English litigants are now invited to consider whether they would wish to pursue mediation<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Details summarised in MINISTRY OF JUSTICE, *Implementation of the EU Directive on Mediation: Policy Information Paper* (London, 2010) (a consultation

## 2. *The Duty to Consider Mediation*

[8] Parties can agree that they will go through the mediation door. But even an agreement to mediate, perhaps the highest form of commitment to mediate, can be legally enforced only to the extent that commencement or litigation will be stayed *in order to re-open the chance to pursue mediation*. Parties might be compelled to consider whether to approach the door (as opposed to preemptorily rejecting this requirement to consider). But the parties should be free – until a binding settlement is made – to resile from this process even if they have passed through the door (subject only to the possibility of specific contractual terms, consistent with the doctrine of contractual certainty, such as agreed duties to exchange specific items of information).

[9] The difference is between a duty to consider mediation (in the sense of a responsible and measured assessment by each party of the chances of its success) and a duty to enter upon and then participate in mediation before a neutral. The line between the obligation to consider and the obligation to enter and participate is crucial. For it would be folly, and ultimately a recipe for tyranny, to insist on attendance before a mediator or to compel participation in a mediation session. In the *Halsey* case (2004), Dyson LJ commented<sup>3</sup>:

It is one thing to encourage the parties to agree to mediation, even to encourage them in the strongest terms. It is another to order them to do so. [...] If the court were to compel parties to enter into a mediation to which they objected, that would achieve nothing except to add to the costs to be borne by the parties, possibly postpone the time when the court determines the dispute and damage the perceived effectiveness of the ADR process. If a judge takes the view that the case is suitable for ADR, then he or she is not, of course, obliged to take at face value the expressed opposition of the parties. In such a case, the judge should explore the reasons for any resistance to ADR. But if the parties (or at least one of them) remain intransigently opposed to ADR, then it would be wrong for the court to compel them to embrace it. Parties sometimes need to be encouraged by the court to embark on an ADR [...]. But we reiterate that the court's role is to encourage, not to compel. The form of encouragement may be robust [...].

paper), at [25] as follows: «from April 2008, the revised Allocation Questionnaires now ask parties whether they would either like to use the in-house small claims mediation service, or for higher value cases, whether they would like the court to arrange a mediation for them via the National Mediation Helpline. [C]ourt leaflet EX306 (small claims) explains how the in-house small claims mediation service works. [C]ourt leaflet EX305 (fast track and multi track) explains how the National Mediation Helpline referral process operates. Also, parties can appoint a mediator of their own choice».

<sup>3</sup> *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* [2004] EWCA Civ 576; [2004] 1 WLR 3002, at [9] to [11].

[10] When might even this restricted duty to consider mediation arise? The main point is that it does not arise as a general requirement. England has not adopted mandatory mediation as a precondition to commencement or continuation of court litigation. However, automatic referral systems were piloted in some English courts, in recent times, although litigants were allowed to opt back into the court system, on giving reasons. Hazel Genn has made an official study of this series of experiments. She said<sup>4</sup>:

Automatic Referral to Mediation was not interpreted by most solicitors as compulsory and many regarded opting out [so as to resume litigation] as a mere bureaucratic hurdle. Considered objections for opting out included the timing of the referral, the intransigence of the opponent, the subject matter of the dispute, and a belief that mediation was unnecessary because the case would settle.

[11] By contrast, the Canadian province of Ontario introduced generic mandatory mediation. However, a study reveals some possible pitfalls: that in many cases this can involve an unnecessary financial burden; that the mediation stage might be premature; that the pool of mediators might be inadequate; and that there can be significant variations in the practice from locality to locality even within the same jurisdiction<sup>5</sup>.

[12] The European Court of Justice in *Allasini v. Telecom Italia SpA* (2010)<sup>6</sup> held that a national law requiring mandatory recourse to a settlement procedure was not contrary to EU law, the ECJ noting that settlements achieved by using this procedure were not binding on the parties.

[13] It should also be noted that English judges do not themselves conduct mediation during the course of pending court litigation. For the most part, English judges wait for a party to suggest that the dispute should be referred to an external mediator. The court might then endorse this as appropriate for this particular case. If so, the court can place a case in suspense (a 'stay') while that alternative process is pursued. The court can also issue a recommendation that mediation be considered. Each party will then have a duty to consider mediation. Occasionally, however, a judge might spontaneously recommend to both parties that mediation should be attempted. Again, the duty to consider will then arise.

<sup>4</sup> H. GENN, *Twisting Arms: Court Referred and Court Linked Mediation under Judicial Pressure* (Ministry of Justice Research Series, 1/07, London, 2007), at p. iii; H. GENN, *Judging Civil Justice* (Cambridge, Cambridge University Press, 2010), at p. 107.

<sup>5</sup> S. PRINCE, *Mandatory Mediation: The Ontario Experience* (2007) 26 CJK 79; and the summary by H. GENN, *Twisting Arms: Court Referred and Court Linked Mediation under Judicial Pressure* (Ministry of Justice Research Series, 1/07, London, 2007), at p. 10.

<sup>6</sup> C-317/08: 2010.

[14] Adverse costs decisions ('sanctions') apply if a party fails to satisfy the duty to consider. It will be submitted that such costs sanctions are unjustified unless a party has failed genuinely and for objectively unsatisfactory reasons to consider properly the opportunity for mediation (section 9 below).

### 3. *English Reception of the European Mediation Directive*

[15] Other than to exhort Europeans to consider mediation, one wonders why the Directive was introduced at all. Perhaps it is merely a centralist tendency to meddle with something new. Certainly, its scope is very small. Article 2 of the Directive is confined to 'cross-border' mediations of 'civil and commercial' disputes, that is, where the parties are domiciled or habitually resident in different Member States, or the host Member State is different from the parties' Member State. This is a small, arguably even a tiny, category. Even approximate figures collected by the English Ministry of Justice (2010) reveal the paucity of such cases<sup>7</sup>:

[...] mediations of cross-border disputes probably represent a very small minority of the UK mediation workload. Formal advice by the Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR), for example, has stated that the number of international mediations carried out by them in 2007 was 64. A breakdown of this figure shows that of the 64 mediations, 41 of them had a party based in a Member State. In 2008, this figure stood at 57 and 34 of those mediations had a party based in a Member State. In 2009, the number of international mediations was 72 and 48 of those mediations had a party based in a Member State.

[16] The English Ministry of Justice (2010)<sup>8</sup> has proposed steps to ensure compliance with the Directive. In essence, four topics arise.

[17] First, there is the case of maintaining proper training of mediators and ensuring consistent high performance. The Directive provides:

#### Article 4

##### Ensuring the quality of mediation

1. Member States shall encourage, by any means which they consider appropriate, the development of, and adherence to, voluntary codes of conduct by mediators and organisations providing mediation services, as well as other effective quality control mechanisms concerning the provision of mediation services.

2. Member States shall encourage the initial and further training of

<sup>7</sup> MINISTRY OF JUSTICE, *Implementation...Paper* (London, 2010) (a consultation paper), at [12].

<sup>8</sup> *Ibid.*



mediators in order to ensure that the mediation is conducted in an effective, impartial and competent way in relation to the parties.

In response, the Ministry of Justice for England and Wales has declared<sup>9</sup>:

[...] arrangements in England and Wales already meet the Directive's requirements as to quality. Civil mediators in England and Wales almost all work under a published Code of Conduct, either by declaring adherence to it or by contracting to do so in the mediation agreement. As far as civil court mediation is concerned, parties are encouraged to [...] use mediation organisations that are accredited [...] and adhere] to certain training standards.

[18] Secondly, there is the question of enabling mediated settlements to be readily enforced. The Directive provides:

#### Article 6

##### Enforceability of agreements resulting from mediation

1. Member States shall ensure that it is possible for the parties, or for one of them with the explicit consent of the others, to request that the content of a written agreement resulting from mediation be made enforceable. The content of such an agreement shall be made enforceable unless, in the case in question, either the content of that agreement is contrary to the law of the Member State where the request is made or the law of that Member State does not provide for its enforceability.
2. The content of the agreement may be made enforceable by a court or other competent authority in a judgment or decision or in an authentic instrument in accordance with the law of the Member State where the request is made.
3. Member States shall inform the Commission of the courts or other authorities competent to receive requests in accordance with paragraphs 1 and 2.
4. Nothing in this Article shall affect the rules applicable to the recognition and enforcement in another Member State of an agreement made enforceable in accordance with paragraph 1.

The Ministry of Justice has proposed<sup>10</sup>:

[...] to amend the CPR to make it clear that a mediated settlement that falls within the scope of the Directive can be made enforceable by a party (or parties) making an application under Part 23 of the CPR for a [consent] order under CPR 40.6. [...] Consent orders are enforceable through the courts (CPR Parts 70 to 74 contain rules about enforcement).

<sup>9</sup> *Ibid.* at [22].

<sup>10</sup> *Ibid.* at [28].

This English response might not be adequate. This is because the suggested remedy is confined to mediated settlements reached *once civil proceedings have already begun*. But the Directive goes further and contemplates an autonomous basis for enforcement founded solely on the mediated settlement, that is, for all such mediated settlements *whether or not civil proceedings have already been commenced*.

[19] Thirdly, there is the question of confidentiality. The Directive provides:

#### Article 7

##### Confidentiality of mediation

1. Given that mediation is intended to take place in a manner which respects confidentiality, Member States shall ensure that, unless the parties agree otherwise, neither mediators nor those involved in the administration of the mediation process shall be compelled to give evidence in civil and commercial judicial proceedings or arbitration regarding information arising out of or in connection with a mediation process, except:

(a) where this is necessary for overriding considerations of public policy of the Member State concerned, in particular when required to ensure the protection of the best interests of children or to prevent harm to the physical or psychological integrity of a person; or

(b) where disclosure of the content of the agreement resulting from mediation is necessary in order to implement or enforce that agreement.

The Ministry of Justice for England and Wales has proposed<sup>11</sup>:

[a] rule change [aimed at striking] the right balance between confidentiality of the mediation process and [...] the interests of justice'. [This new rule will be founded on] the 'guiding principle' [that] 'the mediator [...] cannot be compelled to give evidence unless a) parties agree; b) it is in the public interest; or c) disclosure of the content of the mediation agreement is necessary for enforcement action.

[20] Finally, there is the issue of prescription or (as it is known in Common Law jurisdictions) limitation of actions. The Directive provides:

#### Article 8

##### Effect of mediation on limitation and prescription periods

1. Member States shall ensure that parties who choose mediation in an attempt to settle a dispute are not subsequently prevented from initiating judicial proceedings or arbitration in relation to that dispute by the expiry of limitation or prescription periods during the mediation process.

<sup>11</sup> *Ibid.* at [35].

2. Paragraph 1 shall be without prejudice to provisions on limitation or prescription periods in international agreements to which Member States are party.

The Ministry of Justice for England and Wales has identified this problem as confined to those rare situations where the limitation period expires during the course of mediation<sup>12</sup>. The suggested response in England is that the potential claimant will receive a grace period, following the conclusion of the mediation. This period has yet to be specified. It will probably amount to a few weeks. This extension of the limitation period will allow the relevant claimant to commence civil proceedings successfully, following the collapse of the relevant mediation negotiations. In short, the English response will be to re-start the prescription clock in favour of the claimant, putting a few weeks extra time on that clock. This extension of the limitation period reflects the text itself of Article 8. It refers to the 'expiry' of limitation periods. This suggests that national systems need not provide that commencement of mediation will in all cases place the limitation 'clock' in suspense. That would be 'overkill' and cumbersome: for it would complicate calculation of limitation periods for too many cases. And so the English authorities are right to reject the 'stop the clock' approach and to prefer the 're-start the clock' approach.

#### 4. *Reasons for the Increase in Use of Mediation*

[21] Mediation is now better understood by businesses and organisations. In England resort to mediation has increased, including within the heartland of commercial disputes<sup>13</sup>. The Ministry of Justice for England and Wales (2010) reported on this<sup>14</sup>:

There is evidence [...] that the market for mediation in the UK continues to grow. A recent mediation audit carried out by the Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR) showed that there had been nearly 6,000 civil and commercial mediations carried out in 2009<sup>15</sup>. Based on the outcome of the 2007 Mediation Audit, the 2009 figure showed there was a doubling of mediation activity since 2007.

<sup>12</sup> *Ibid.* at [42], [43].

<sup>13</sup> K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR Practice Guide*, (London, Tottel, 3<sup>rd</sup> edn, 2007), especially chs 5, 6, 7; N. ANDREWS, *The Modern Civil Process*, (Tübingen, Germany, Mohr Siebeck, 2008), ch 11; N. ANDREWS, *Contracts and English Dispute Resolution* (Tokyo, Jigakusha, 2010), ch 22.

<sup>14</sup> MINISTRY OF JUSTICE, *Implementation... Paper* (London, 2010) (a consultation paper), at [10].

<sup>15</sup> <[http://www.cedr.com/index.php?location=/news/archive/20100513\\_347.htm](http://www.cedr.com/index.php?location=/news/archive/20100513_347.htm)>.

[22] In part this increase is attributable to the well-known advantages of this technique: confidentiality; choice of mediator; opportunity for flexible agreed solutions; the chance of gaining a relatively speedy and inexpensive conclusion to a dispute.

[23] More precisely, the rise of mediation, not just in England, is largely attributable to six factors: (1) the perception (and nearly always the reality) that court litigation is unpredictable; (2) the court-based adjudicative process (and extensive preparation for the final hearing) involves a heavy-handed fight for justice, which is a source of expense, delay, and anxiety; (3) court litigation offers little scope for direct participation by the parties, as distinct from legal representatives; (4) final judgment normally awards victory to only one winner; (5) trial is open-air justice, visible to mankind in general; (6) litigation is private war – even if judges pretend that it is governed by elaborate rules and conciliatory conventions designed to take the sting out of the contest. In a general and vague sense, the European mediation directive sits well with this national and, of course, global trend. But one hardly needs this instrument to underscore the reality of modern dispute resolution.

[24] Costs and expense are in the forefront of most people's minds whenever litigation becomes even a remote prospect. Certainly in England, the rise of mediation, notably in high value disputes, is significantly, and perhaps largely, attributable to the sheer expense of traditional court litigation. Bill Gates himself, and other modern-day descendants of Croesus, would hesitate to run the risk of engaging in protracted and complicated claims heard by the High Court. The 'Woolf reforms' of 1999 were expected to alleviate the problem of the high cost of civil litigation. But the situation has not improved. And it has been officially recognised that the new procedural code (the CPR 1998) has not reduced the expense of litigation. As Buxton LJ in the Court of Appeal in *Willis v. Nicolson* admitted in 2007<sup>16</sup>:

The very high costs of civil litigation in England and Wales is a matter of concern not merely to the parties in a particular case, but for the litigation system as a whole. While disputants should be given every encouragement to settle their differences without going to court, that encouragement should not include the making of litigation prohibitively costly so that litigants are deterred irrespective of the merits of their case. One element in the present high cost of litigation is undoubtedly the expectations as to annual income of the professionals who conduct it. The costs system as it at present operates cannot do anything about that, because it assesses the proper charge for work on the basis of the market rates charged by the professions, rather than attempting the no doubt difficult task of placing an objective value on the work.

<sup>16</sup> *Willis v. Nicolson* [2007] EWCA Civ 199, at [18].

[25] The topic of costs is receiving consideration, following Lord Justice Jackson's *Civil Litigation Costs Review*, delivered in December 2009<sup>17</sup>. He endorsed the spread of mediation<sup>18</sup>:

[...] I do not believe that parties should ever be compelled to mediate. What the court can and should do (in appropriate cases) is (a) to encourage mediation and point out its considerable benefits; (b) to direct the parties to meet and/or to discuss mediation; (c) to require an explanation from the party which declines to mediate, such explanation not to be revealed to the court until the conclusion of the case; and (d) to penalise in costs parties which have unreasonably refused to mediate [...].

Other leading judges continue to make speeches extolling mediation, including Lord Phillips, President of the Supreme Court<sup>19</sup>, and Lord Clarke, a former Master of the Rolls<sup>20</sup>.

[26] Government recognises that mediation permits disputes to be resolved less expensively than civil litigation. Indeed, as we shall see, the English court system directly encourages litigants to pursue mediation in appropriate cases. The Ministry of Justice (2010) has summarised the position concerning mediations which arise after civil proceedings have commenced<sup>21</sup>:

#### National Mediation Helpline

[...] towards the end of 2004, Her Majesty's Courts Service (HMCS) set up the National Mediation Helpline (NMH)<sup>22</sup> to provide an accessible mediation service for higher value civil disputes. Since 2004, the Helpline has been expanded [...] to enable the courts and judiciary to take a more pro-active approach in referring court users to this service. The NMH is served by a mix of local, regional as well as national mediation providers who had been accredited by the Civil Mediation

<sup>17</sup> Sir Rupert JACKSON, *Review of Civil Litigation Costs* (December, 2009, London, 2010); on which A.A.S. ZUCKERMAN, *The Jackson Final Report on Costs – Plastering the Cracks to Shore up a Dysfunctional System* (2010) 29 CJQ 263.

<sup>18</sup> *Jackson Report*, *ibid*, ch 36, at para 3.4.

<sup>19</sup> LORD PHILLIPS, *Alternative Dispute Resolution: An English Viewpoint* (Judicial Communications Office, London, 29 March 2008, <[http://www.judiciary.gov.uk/NR/rdonlyres/6BBEAB74-204A-4AED-AC83-0624CC358794/0/lcj\\_adr\\_india\\_290308.pdf](http://www.judiciary.gov.uk/NR/rdonlyres/6BBEAB74-204A-4AED-AC83-0624CC358794/0/lcj_adr_india_290308.pdf)>).

<sup>20</sup> A. CLARKE, *The Future of Civil Mediation* (Civil Mediation Council, London, May 2008, <[http://www.judiciary.gov.uk/NR/rdonlyres/927B0C45-8C4D-4A3B-BDF75FEB7D8A0D1B/0/mr\\_mediation\\_conference\\_may08.pdf](http://www.judiciary.gov.uk/NR/rdonlyres/927B0C45-8C4D-4A3B-BDF75FEB7D8A0D1B/0/mr_mediation_conference_may08.pdf)>).

<sup>21</sup> MINISTRY OF JUSTICE, *Implementation... Paper* (London, 2010) (a consultation paper), [5] to [9].

<sup>22</sup> <<http://www.nationalmediationhelpline.com/>>.

Council (CMC)<sup>23</sup>. [...] Between January 2007 and December 2009 the NMH arranged 1892 mediations, of which 1244 settled – a settlement rate of 66%.

#### Small Claims Mediation service

The vast majority of hearings (73%) in the county courts involve small claims<sup>24</sup>. The Small Claims Mediation Service is a free service set up to help court users who already have an on going small claims case in the county court. Parties are generally unrepresented. In the 12 months to the end of April 2010, the service conducted more than 10,000 mediations, settling 72%, and the vast majority of mediations (>90%) are conducted by telephone, saving parties the time and expense of having to travel to a court building.

Sue Prince has made a study of these schemes<sup>25</sup>.

[27] There is, nevertheless, some scepticism concerning the growth of mediation. In her 2008 Hamlyn Lectures, Hazel Genn<sup>26</sup> criticised the assumption that mediation delivers ‘justice’. She prefers the view that mediation involves loss of the opportunity to receive substantive justice through the court system<sup>27</sup>. «What mediation is offering is simply the opportunity to discount [legal claims] in order to be spared the presumed misery and uncertainty of the adjudication process». She questions whether it should be government policy to augment the business of mediators and to reduce court lists. This is her important conclusion<sup>28</sup>:

[...] there is an interdependency between courts as publicisers of rules backed by coercive power, and the practice of ADR and settlement more generally. Without the background threat of coercion, disputing parties cannot be brought to the negotiating table. Mediation without the credible threat of judicial determination is the sound of one hand clapping. A well-functioning civil justice system should offer a choice of dispute resolution methods.

And she adds:

We need modern, efficient civil courts with appropriate procedures that offer affordable processes for those who would choose judicial

<sup>23</sup> <<http://www.civilmediation.org/>>.

<sup>24</sup> When the financial value of the claim does not exceed £5,000.

<sup>25</sup> S. PRINCE, *ADR after the CPR...*, in D. DWYER (ed.), *The Civil Procedure Rules: Ten Years On* (Oxford, Oxford University Press, 2010), ch 17.

<sup>26</sup> H. GENN, *Judging Civil Justice* (Cambridge, Cambridge University Press, 2010), ch 3.

<sup>27</sup> *Ibid.* p. 119.

<sup>28</sup> *Ibid.* p. 125.

determination. This is not impossible. But it requires recognition of the social and economic value of civil justice, an acknowledgement that some cases need to be adjudicated, and a vision for reform that addresses perceived shortcomings rather than simply driving cases away.

### 5. *Mediation Agreements*<sup>29</sup>

[28] Many corporations now prefer to use international arbitration in combination with other ADR mechanisms. Such a combination of techniques will be specified in a 'multi-tiered' dispute resolution clause<sup>30</sup>.

[29] The leading English decision concerning mediation clauses is *Cable & Wireless v. IBM United Kingdom Ltd* (2002)<sup>31</sup>. In this case the relevant clause was a so-called 'tiered' provision. It initially required the parties to endeavour to negotiate a resolution by considering the relevant dispute within their own organisations. The clause stated that mediation would be obligatory if these negotiations collapsed<sup>32</sup>. Thereafter, the parties to this clause contemplated that, if the dispute were still unresolved, proceedings before a court could take place. After negotiation had failed, one party decided to by-pass the stipulated stage of mediation, and prematurely brought a claim before the English High Court. The other party challenged this. Colman J found that there had been a breach of the dispute resolution agreement, because a party had 'jumped' the mediation stage and proceeded straight to litigation.

[30] To remedy this, the judge placed a 'stay' upon those formal court proceedings. The stay would be lifted if a party returned to court and demonstrated that the mediation attempt had been unsuccessful. But, although the stay was appropriate in this case, the judge said that this would not always be so: «For example, there may be cases where a reference to ADR would be obviously futile and where the likelihood of a productive

<sup>29</sup> D. JOSEPH, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement* (London, Thomson – Sweet & Maxwell, 2005), Part III; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR Practice Guide* (London, Tottel, 2007), ch 9; Centre for Effective Dispute Resolution at: <[http://www.cedr.co.uk/library/documents/contract\\_clauses.pdf](http://www.cedr.co.uk/library/documents/contract_clauses.pdf)>; D. SPENCER and M. BROGAN, *Mediation: Law and Practice* (Cambridge, Cambridge University Press, 2006), ch 12 for Australian material.

<sup>30</sup> The School of International Arbitration, Queen Mary, University of London, report (2005), available on-line at: <<http://www.pwc.com/Extweb/pwcpublishations.nsf/docid/0B3FD76A8551573E85257168005122C8>>. I am grateful to Stephen York for this reference.

<sup>31</sup> [2002] 2 All ER (Comm) 1041, Colman J.

<sup>32</sup> Generally, K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR Practice Guide* (London, Tottel, 2007), 9.6.4.

mediation taking place would be so slight as not to justify enforcing the agreement. Even in such circumstances ADR would have to be a completely hopeless exercise».

[31] Although in the *Cable & Wireless* case (2002) the parties had stipulated that mediation should be a mandatory prelude to *court proceedings*, other dispute resolution clauses might stipulate that mediation should be the compulsory stage before commencement of *arbitration proceedings*. If so, a similar analysis is possible. The *Cable & Wireless* case demonstrates that the contractual commitment to mediate is legally enforceable: if a party, in breach of the resolution clause, fails to pursue mediation, and instead prematurely commences arbitration or court proceedings, the remedy may be to halt the relevant premature adjudicative process.

[32] In fact a court can make one of the following orders: (i) an ‘anti-suit injunction’, that is, an *in personam* order, which is aimed at stopping the offending party from continuing premature arbitration proceedings; or (ii) an ‘anti-suit injunction’ to halt premature foreign and extra-EU civil proceedings (however the ‘*West Tankers*’ case (2009)<sup>33</sup> prevents Member State courts from issuing anti-suit injunctions in respect of civil or commercial cases pending before other Member State courts in matters covered by the European Jurisdiction Regulation<sup>34</sup>; or (iii) a ‘stay’ of premature English civil proceedings (a ‘stay’, as illustrated by the relief granted in the *Cable & Wireless* case itself, – paragraph 30 above – is an order prohibiting further activity in the English civil proceedings; this bar remains effective until lifted by the court).

## 6. Occasions for Judicial Encouragement of Mediation<sup>35</sup>

[33] The English courts’ overall responsibility to administer civil justice includes «helping the parties to settle the whole or part of the case»<sup>36</sup> and «encouraging the parties to use an alternative dispute resolution procedure

<sup>33</sup> *Allianz SpA etc v. West Tankers* (C-185/07) [2009] 1 AC 1138; [2009] 1 All ER (Comm) 435; [2009] 1 Lloyd’s Rep. 413; [2009] 1 CLC 96; [2009] ILPr 20; *The Times*, 13 February, 2009.

<sup>34</sup> Council Regulation 44/2001 of 22 December 2001 on «jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters».

<sup>35</sup> For a typology of court-assisted modes of ADR, W.D. BRAZIL, J. SMITH, *Choice of Structures...* (1999) 6 *Dispute Resolution Magazine* 8, cited in O. FISS, J. RESNIK, *Adjudication and Its Alternatives* (New York, Foundation Press, 2003), at p. 468: court employs full-time in-house neutrals; or contracts with non-profit making organisations for such a programme; or directly pays firms to serve as neutrals; or orchestrates voluntary mediations; or refers parties to neutrals (whether selected by the court or by the parties) who charge; this last is the general English model, and furthermore, the parties select the neutral.

<sup>36</sup> CPR 1.4(2)(f).



if the court considers that appropriate»<sup>37</sup>. There is a general ‘tick box’ invitation in the Allocation Questionnaire, enabling each party to indicate whether mediation might be an option. Beyond that, it is a question of direct communication with a judge (notably during the pre-trial stages, but occasionally after judgment during the process of giving permission to appeal).

[34] In the Commercial Court (a part of the Queen’s Bench Division, in the High Court), the practice is that a judge will not require the parties to mediate unless one party makes such a request and the suggestion seems to the judge to be reasonable. Parties to litigation in that court are regarded as ‘sophisticated’. They enjoy legal advice concerning the range of dispute-resolution available to them. It would be unduly heavy-handed, therefore, for a judge to insist on a stay if neither party has an interest in mediation (2009 conversation with a Commercial Court judge). However, wider language appears in the Admiralty and Commercial Court Guide (2009), which does not rule out judicial initiative<sup>38</sup>: «The Commercial Judges will in appropriate cases invite the parties to consider whether their dispute, or particular issues in it, could be resolved through ADR». Where mediation seems appropriate, the court has devised a formula (rather misleadingly called an ‘ADR Order’) designed to achieve consensus on the nomination of a mediator, and to require reasons to be given to the court for failure to proceed<sup>39</sup>:

1. On or before [\*] the parties shall exchange lists of 3 neutral individuals who are available to conduct ADR procedures in this case prior to [\*]. Each party may [in addition] [in the alternative] provide a list identifying the constitution of one or more panels of neutral individuals who are available to conduct ADR procedures in this case prior to [\*].
2. On or before [\*] the parties shall in good faith endeavour to agree a neutral individual or panel from the lists so exchanged and provided.
3. Failing such agreement by [\*] the Case Management Conference will be restored to enable the Court to facilitate agreement on a neutral individual or panel.
4. The parties shall take such serious steps as they may be advised to resolve their disputes by ADR procedures before the neutral individual or panel so chosen by no later than [\*].
5. If the case is not finally settled, the parties shall inform the Court by letter prior to [disclosure of documents/exchange of witness statements/exchange of experts’ reports] what steps towards ADR have been taken and (without prejudice to matters of privilege) why such steps have failed. If the parties have failed to initiate ADR procedures

<sup>37</sup> CPR 1.4(2)(e); Chancery Guide (2005), ch 17; Admiralty and Commercial Courts Guide (2009), section G and Appendix 7 (available on the CPR webpage under ‘Guides’).

<sup>38</sup> Admiralty and Commercial Courts Guide (2009), at G1.3.

<sup>39</sup> *Ibid.*, Appendix 7.

the Case Management Conference is to be restored for further consideration of the case.

In the *Halsey* case (2004), Dyson LJ explained<sup>40</sup>:

An ADR order made in the Admiralty and Commercial Court in the form set out in Appendix 7 to the Guide is the strongest form of encouragement. It requires the parties to exchange lists of neutral individuals who are available to conduct «ADR procedures», to endeavour in good faith to agree a neutral individual or panel and to take «such serious steps as they may be advised to resolve their disputes by ADR procedures before the neutral individual or panel so chosen». The order also provides that if the case is not settled, «the parties shall inform the court [...] what steps towards ADR have been taken and (without prejudice to matters of privilege) why such steps have failed». It is to be noted, however, that this form of order stops short of actually compelling the parties to undertake an ADR.

[35] To sum up this aspect: the English position involves *selective judicial recommendation* of mediation<sup>41</sup>.

## 7. Judicial Order to ‘Stay’ Court Proceedings to Facilitate Mediation<sup>42</sup>

[36] Even in the absence of a mediation agreement (see discussion at section 5), an English court can direct that the proceedings be stayed for a month at a time<sup>43</sup> while the parties pursue ADR or other settlement negotiations<sup>44</sup>. A stay merely places the proceedings in a state of suspense. Proceedings can be resumed when this becomes appropriate. The stay can be issued either at the parties’ request or on the initiative of the court. The matter is subject to the court’s discretion. There is no automatic right to a stay (for example, remarks quoted at paragraph 30 above).

<sup>40</sup> *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* [2004] EWCA Civ 576; [2004] 1 WLR 3002, at [30].

<sup>41</sup> For sceptical discussion of any form of mandating or coercing resort to mediation, M. BRUNSDON-TULLY, *There is an A in ADR but Does Anyone Know What it Means Anymore?* (2009) CJQ 218-36.

<sup>42</sup> See the typology of court-assisted modes of ADR, *supra* nota 35: court employs full-time in-house neutrals; or contracts with non-profit making organisations for such a programme; or directly pays firms to serve as neutrals; or orchestrates voluntary mediations; or refers parties to neutrals (whether selected by the court or by the parties) who charge; this last is the general English model, furthermore, the parties select the neutral.

<sup>43</sup> CPR 26.4(3). The court may extend the stay until such date or for such specified period as it considers appropriate.

<sup>44</sup> CPR 3.1(2)(f); CPR 26.4(1)(2).

## 8. *Costs Sanctions for Failure to Pursue Mediation*

[37] English courts are prepared, where appropriate, to register censure of a party's unreasonable refusal to engage in mediation. That refusal might be failure to accede to the opponent's call for mediation, or the court's own suggestion, that mediation be contemplated. Indeed the Court of Appeal in the *McMillan* case (2004) said that if both parties to an appeal spurn the judicial recommendation that mediation be considered, and instead they proceed straight to appeal without attempting mediation, each party will bear its own costs for that stage of the proceeding, with no opportunity for costs-shifting in favour of the victorious party to the appeal<sup>45</sup>.

[38] Shirley Shipman has considered the difficult issue whether the threat of an 'adverse costs award' for 'unreasonable refusal' to accede to an opponent's mediation suggestions might be contrary to the right of access to court implicit within Article 6(1) of the European Convention on Human Rights. Her tentative suggestion is that this is no more than a possibility<sup>46</sup>.

[39] In determining the unreasonableness of a party's refusal to pursue mediation, the Court of Appeal in *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* (2004) listed the following criteria<sup>47</sup>: «[...] the nature of the dispute; the merits of the case; the extent to which other settlement methods have been attempted; whether the costs of the ADR would be disproportionately high; whether any delay in setting up and attending the ADR would be prejudicial; whether the ADR had a reasonable prospect of success».

In the same case, Dyson LJ explained<sup>48</sup>:

[...] where B has adopted a position of intransigence, A may reasonably take the view that a mediation has no reasonable prospect of success because B is most unlikely to accept a reasonable compromise. That would be a proper basis for concluding that a mediation would have

<sup>45</sup> *McMillan Williams v. Range* [2004] EWCA Civ 294; [2004] 1 WLR 1858, *per* Ward LJ: «[29] Tuckey LJ gave this information for or directions to the parties when he granted permission to appeal: "The costs of further litigating this dispute will be disproportionate to the amount at stake. ADR is strongly recommended." [...] The parties should have written to each other along the lines that, "Lord Justice Tuckey has very sensibly suggested ADR. My client thinks that is a splendid idea. Please can we get on with it as soon and as cheaply as possible?" [...] [30] [...] In my judgment this is a case where we should condemn the posturing and jockeying for position taken by each side of this dispute and thus direct that each side pay its own costs of their frolic in the Court of Appeal. I would allow the appeal with no order for costs».

<sup>46</sup> S. SHIPMAN, *Alternative Dispute Resolution, the Threat of Adverse Costs, and the Right of Access to Court*, in D. DWYER (ed.), *The Civil Procedure Rules: Ten Years On* (Oxford, Oxford University Press, 2010), ch 18, especially at pp. 353-4.

<sup>47</sup> [2004] EWCA Civ 576; [2004] 1 WLR 3002, at [16] ff; for a strong application of this costs regime, in which the *Halsey* criteria were fully considered, *P4 Ltd v. Unite Integrated Solutions plc* [2006] EWHC 2924 (TCC), Ramsey J.

<sup>48</sup> [2004] EWCA Civ 576; [2004] 1 WLR 3002, at [25] to [28].

no reasonable prospect of success, and that for this reason A's refusal to mediate was reasonable.

On the other hand, if A has been unreasonably obdurate, the court might well decide, on that account, that a mediation would have had no reasonable prospect of success. But obviously this would not be a proper reason for concluding that A's refusal to mediate was reasonable. A successful party cannot rely on his own unreasonableness in such circumstances [...].

Nor should it be overlooked that the potential success of a mediation may not only depend on the willingness of the parties to compromise. Some disputes are inherently more intractable than others. Some mediators are more skilled than others. It may therefore sometimes be difficult for the court to decide whether the mediation would have had a reasonable prospect of success.

The burden should not be on the refusing party to satisfy the court that mediation had no reasonable prospect of success. As we have already stated, the fundamental question is whether it has been shown by the unsuccessful party that the successful party unreasonably refused to agree to mediation.

[40] It will be more common to apply a costs sanction against a party who not only refused to consider mediation *but who also lost the substantive case* (or appeal). This type of 'refusenik' might be ordered<sup>49</sup> to pay the other side's costs on an 'indemnity basis' rather than 'standard basis'<sup>50</sup> (indemnity costs, although not punitive, are a full measure of compensatory costs; whereas standard basis costs are a substantial but incomplete measure of such compensation; and the difference between the two measures can be very large, given the high levels of costs incurred by parties in England).

[41] As for costs sanctions against a *party who has won the relevant court proceedings*, the 'mediation offeror' (who has lost the case) will bear the burden of showing (see 39 above) on the balance of probabilities that the mediation would have had a reasonable prospect of success, assuming the mediation offeree (who eventually won the case) would have participated in the mediation in a co-operative way<sup>51</sup>. Satisfying this burden of proof will be an uphill task.

[42] And so the question of a costs sanction against a victorious party is more likely to arise when the party to be sanctioned has rejected a *judicial* recommendation for mediation (as distinct from a suggestion made by the other side). In this context, robust costs sanctions are likely to be

<sup>49</sup> *Virani Ltd v. Manuel Revert y Cia SA* [2003] EWCA Civ 1651; [2004] 2 Lloyd's Rep 14.

<sup>50</sup> On the difference between standard basis and indemnity costs, N. ANDREWS, *The Modern Civil Process* (Tübingen, Germany, Mohr Siebeck, 2008), 9.12.

<sup>51</sup> *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* [2004] EWCA Civ 576; [2004] 1 WLR 3002.

applied if the court (notably the Court of Appeal), when granting permission to appeal, has simultaneously indicated that the parties should consider mediation. If one party fails to respond positively to such a judicial recommendation, the appeal court, when considering the question of costs at the conclusion of the appeal, might deny that party the costs of the appeal even if he has been successful on the merits of the appeal. In both *Dunnett v. Railtrack plc* (2002)<sup>52</sup> (discussed in text below) and *McMillan Williams v. Range* (2004)<sup>53</sup> a member of the Court of Appeal (Schiemann LJ in the *Dunnett* case, and Tuckey LJ in the *McMillan* case) issued an unsolicited recommendation that, instead of proceeding straight to appeal, *both parties* should pursue mediation. Dyson LJ in the *Halsey* case (2004) also noted the special status of a *judicial recommendation*<sup>54</sup>:

Where a successful party refuses to agree to ADR despite the court's encouragement, that is a factor which the court will take into account when deciding whether his refusal was unreasonable. The court's encouragement may take different forms. The stronger the encouragement, the easier it will be for the unsuccessful party to discharge the burden of showing that the successful party's refusal was unreasonable.

[43] It is submitted that costs sanctions are unjustified if the relevant party to the appeal convinces the court that he has considered properly the opportunity to mediate but he has then chosen to bring or respond to the appeal for objectively satisfactory reasons. Once the court is satisfied that the party did properly consider the mediation option, there should be no scope for sanctions. The party who succeeds in the appeal (the appellant if the appeal is successful, or the respondent if the appeal fails) should receive the costs of that appeal from the defeated opponent, in accordance with the costs-shifting principle: to 'sanction' him for failure to attend or participate in a mediation is too heavy-handed and unprincipled. Similarly, the defeated opponent should be ordered to pay costs on the standard basis, and not (by way of 'sanction') on the higher indemnity basis (on these different types of costs award, see paragraph 40 above).

[44] But the party who lost the appeal in *Dunnett v. Railtrack plc* (2002)<sup>55</sup> did succeed in persuading the court to disallow the victorious party its costs in the appeal. Or, rather, the Court of Appeal in that case spontaneously imposed a robust costs sanction based on its own impression of the perceived 'tactical merits' of the contest. The court held that the twice victorious rail-track company (which had successfully defended the claim, both at trial and

<sup>52</sup> [2002] 1 WLR 2434, CA, at [13] ff.

<sup>53</sup> [2004] EWCA Civ 294; [2004] 1 WLR 1858, at [29], [30].

<sup>54</sup> *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* [2004] EWCA Civ 576; [2004] 1 WLR 3002, at [29].

<sup>55</sup> [2002] 1 WLR 2434, CA, at [13] ff.

on appeal) should be denied its costs from Mrs Dunnett. It appears that this denial was confined to the costs of the appeal; and the costs decision stopped short of requiring the defendant company to pay the claimant's costs—in fact she was not legally represented, and was a 'litigant-in-person'.

[45] In this case the claimant alleged that, as a result of the defendant company's negligence or other legal breach, her three horses had escaped from their field onto the defendant's track. They had then been killed by an express train travelling down the defendant's track. At trial the claimant lost. After the trial, the defeated claimant sought permission to appeal. This application was considered by reference to documents, without an oral hearing. Schiemann LJ granted permission but added a recommendation that the parties should pursue ADR.

[46] In response to this suggestion, it appears that Mrs Dunnett, the appellant/claimant, had expressed some willingness to pursue this path. This is not surprising because she had already lost at first instance, had no legal representation, and would be liable for extensive legal costs if she lost a second time, on appeal. However, the defendant/respondent company rejected this recommendation. That company took the view (based on an objective and forensic perspective, no doubt carefully considered by its management, in-house counsel, and external counsel) that the formal legal merits of the dispute were clearly in its favour. Although that company was successful in the appeal, the Court of Appeal considered that this party had unjustifiably refused to engage in judicially-recommended mediation<sup>56</sup>.

[47] It is submitted that this surprisingly harsh costs decision might be justified only on one of two bases: first, that the litigant had spurned the judicial recommendation as a knee-jerk response, without proper consideration, perhaps even adopting a contumelious attitude (it is very doubtful whether the company had been this foolish!); or, secondly, even though it had won the appeal, the defeated litigant could persuade the court that mediation would have achieved a result and that, objectively, the issue in the legal contest (ostensibly the question of liability to pay compensation) was an irrelevance.

[48] As for this second possible justification, the costs sanction in this case would have been sound if the claimant had been truly interested only in gaining an apology from the defendant, rather than obtaining compensation. In short, the fairness of the costs decision in that case turns on whether the claimant was mainly interested 'in the money' rather than in a symbolic acknowledgement of the railtrack company's (alleged) moral responsibility.

[49] It is not apparent to this author that Mrs Dunnett was only interested in an apology. It is more plausible to suppose that the case con-

<sup>56</sup> *Ibid.*, at [16], per Brooke LJ (in exercise of the broad discretion concerning costs contained in CPR Part 44); for a similar decision, *McMillan Williams v. Range* [2004] EWCA Civ 294; [2004] 1 WLR 1858.

cerned both money and a wish to demonstrate publicly that the defendant had been culpable. But, if the company was not legally culpable – and two courts held that there had been no legal breach in this case – it is evident that Mrs Dunnett deserved no legal compensation. Nor would an apology seem appropriate, which presupposes some dereliction of a legal duty or at least a technical legal breach. In the absence of a legal wrong, at most an expression of regret or condolences might be considered fitting, whether sincere or at least for the sake of public relations. It is not clear, therefore, that the company had done anything wrong in either formal legal terms or from the perspective of commercial decency. Neither at the time of the incident, nor during its conduct of the litigation, including its unwillingness to mediate, had the company transgressed.

[50] Therefore, the Court of Appeal's censorious approach to the company needs to be explained. The costs decision was a punitive sanction. But its deployment on these facts is puzzling and unconvincing. One senses that this expression of disapproval was driven by the Lords Justices' vague sense that mediation should expand whenever there is a remote chance of its success. But such a discretionary and unconvincing use of judicial sanctions runs contrary to the voluntary basis of mediation. That technique is a settlement tool. There was no agreement to mediate obliging Mrs Dunnett and Railtrack to use that technique. The judicial recommendation to mediate, made when granting permission to appeal, was not an order to enter into mediation sessions. As discussed (paragraphs 8 to 12), 'orders to mediate' can only be rationalised as orders requiring disputants to consider carefully the merits of mediation as a possible means of enabling them to achieve a consensual resolution of their dispute. But Railtrack seems to have discharged that limited duty to consider. If so, there was no legitimate scope for a sanction.

## 9. *Concluding Remarks*

[51] The European Mediation Directive is not so much a disappointment but a bad idea which no one had the sense to quash. It contains anodyne exhortations to foster and publicise mediation. To the extent that it has any legislative content, it is remarkably narrow in scope, being confined for EU constitutional reasons to cross-border mediation. In terms of traffic, this is like legislating for minimum standards governing three-wheel cars, leaving four-wheel cars alone. Perhaps such marginalism is the deserved fate of the European legislator.

[52] The Directive concretely deals with four matters: (1) quality control; (2) rapid enforcement; (3) confidentiality; and (4) prescription.

[53] As for (1), maintaining semi-official control of mediation providers, the soft-touch approach is welcome. As for (2) the Directive aims to achieve a fast-route to enforcement of mediated settlements. However, fast-route enforcement of mediated settlements is not straightforward. It seems that the

English authorities will not have succeeded in implementing this notion in full. This is because the English response will be confined to mediated settlements arising *after* commencement of civil proceedings. But the Directive includes mediated settlements even if *no* civil proceedings have begun. In any event, why is this fast-route considered to be so important? Parties to cross-border mediation in Europe are likely to be sophisticated. They are, therefore, unlikely to need such a fast-route access to enforcement. Furthermore, mediators report that mediated settlements do not normally trouble the debt-collecting community. Swift and autonomous payment is the norm.

[54] As for (3), the Directive's emphasis upon confidentiality is attractive, but again it is very thin on detail. Article 7 (cited at paragraph 19 above) does not develop the distinction, hinted at in its text, between confidentiality of information generated within the mediation, and the competence and compellability of mediators as witnesses in formal legal proceedings. The complex network of rules and doctrines impinging on 'mediation secrecy' is a live matter in the English case law<sup>57</sup>: the topic is subtle and developing.

<sup>57</sup> See Ramsey J's discussion in *Farm Assist Limited (in liquidation) v. The Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs (No.2)* [2009] EWHC 1102 (TCC); [2009] B.L.R. 399; 125 Con. L.R. 154, especially at [44], and at [45] ff. for distinctions between (i) express confidentiality clause, including a right of confidentiality in favour of a mediator, (ii) implied rights of confidentiality, (iii) 'without prejudice' communication privilege (held by the parties, but not by the mediator), and (iv) an express clause precluding the parties from calling the mediator as a witness (on this point, [45] to [49]); Ramsey J upheld a witness summons requiring a mediator to give evidence on the question whether a settlement achieved during the relevant mediation had been procured by duress by a party to that settlement. As for (iii), N. ANDREWS, *English Civil Procedure* (Oxford, Oxford University Press, 2003), ch 25; H.J. BROWN and A.L. MARRIOTT, *ADR Principles and Practice* (London, Sweet & Maxwell, 2<sup>nd</sup> edition, 1999), 22-050 ff.; C. TAPPER, *Cross and Tapper on Evidence* (Oxford, Oxford University Press, 12<sup>th</sup> edn, 2010) p. 472 ff.; D. FOSKETT *The Law and Practice of Compromise* (London, Sweet and Maxwell, 7<sup>th</sup> edn, 2010), ch 22; C. HOLLANDER, *Documentary Evidence* (London, Sweet and Maxwell, 10<sup>th</sup> edn, 2009), ch 16; M. ILLER, *Civil Evidence: The Essential Guide* (London, Sweet & Maxwell, 2006), 8-88 to 8-104; P. MATTHEWS and H. MALEK, *Disclosure* (London, Sweet & Maxwell, 3<sup>rd</sup> edn, 2007), 11.121 ff.; H.M. MALEK (gen. ed.), *Phillips on Evidence* (London, Sweet & Maxwell, 17<sup>th</sup> edn, 2010), 24-18 ff.; C. PASSMORE, *Privilege* (Birmingham, XPL Publishing, 2<sup>nd</sup> edn, 2006), ch 10; B. THANKI (ed.), *The Law of Privilege* (Oxford, Oxford University Press, 2006), ch 7; A.A.S. ZUCKERMAN, *Zuckerman on Civil Procedure* (London, Sweet & Maxwell, 2<sup>nd</sup> edn, 2006), ch 16; see also J. MCEWAN, "Without Prejudice": *Negotiating the Minefield* (1994) 13 CJQ 133; D. VAVER, "Without Prejudice" *Communications - Their Admissibility and Effect* (1974) *Univ. Brit. Col. L. Rev.* 85 (cited by Robert Walker LJ in *Unilever plc v The Proctor & Gamble Co* [2000] 1 WLR 2436, 2445, CA); as for literature concerning *privilege in the context of mediation or conciliation*: N. ANDREWS, *English Civil Procedure* (Oxford, Oxford University Press, 2003), 25.45 to 25.48; N. ANDREWS, *The Modern Civil Process* (Tübingen, Germany, Mohr Siebeck, 2008), 11.49 to 11.61; N. ANDREWS, *Contracts and English Dispute Resolution* (Tokyo, Jigakusha, 2010), 22.20 ff.; H.J. BROWN and A.L. MARRIOTT, *ADR Principles and Practice* (London, Sweet & Maxwell, 2<sup>nd</sup> edn, 1999), 22-079 to 22-097; C. TAPPER, *Cross and Tapper on Evidence* (Oxford, Oxford



[55] As for (4), the anxiety concerning prescription is a small point, even a pedantic one. The problem seems not to have occurred in England. It is easily rectified by national systems. The least disturbing national response will be to give parties to an unsuccessful mediation a grace period: an extra short period within which to commence legal proceedings, if the prescription period has elapsed during the course of the mediation stage.

[56] However, the Directive does emphasise the voluntary nature of mediation (Preamble to the Directive at paragraph (13), cited at paragraph 2 above). This part of the Directive aims to keep everyone happy. Thus paragraph (14) of the Preamble (also cited at paragraph 2 above) states that Member States can continue to provide ‘incentives’ to induce persons to mediate, and to issue ‘sanctions’ to compel persons to do the same. Juxtaposition in the Preamble of the voluntary core of mediation and state-imposed sanctions is a stimulating tension.

[57] In England, judicial sanctions have flourished. But there is arguably a danger that they might be over-used because of excessive judicial zeal for encouraging litigants to take a holiday from the courts and to enjoy an excursion to mediation. In England ‘sanctions’ take the form of costs decisions adverse to a party who needs to be rebuked for unjustified failure to mediate. But, as shown in this paper (paragraphs 37 to 50), sanctions should be applied against party X only when: (1) the opponent, party Y, has suggested mediation, or (2) mediation has been specifically recommended by the court, and (in situation (1) or (2)) either: (a) party X, the *ultimately defeated litigant has refused even to consider mediation*; or (b) party X, the *ultimately successful litigant*, has refused even to consider mediation and has also perversely failed to spot the fact that the legal context is a mirage, and that mediation might yield a simple and inexpensive solution to Y’s true grievance. However, as for this last possibility, judges should not be too quick to sense that the legal contest is a mirage. Experience shows that it will be unusual for a party seeking monetary or tangible relief not to be primarily interested in gaining such relief. Claimants seldom litigate for symbolic and nominal vindication of their sense of wrong or outrage.

University Press, 11<sup>th</sup> edn, 2007), pp. 507-8; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR Practice Guide* (London, Tottel, 2007), 7.2 ff.; B. THANKI (ed.), *The Law of Privilege* (Oxford, Oxford University Press, 2006), 7.24, 7.38 to 7.39; for USA and Australian sources, P. NEWMAN, in M. LIEBMAN (ed.), *Mediation in Context* (London and Philadelphia, Jessica Kingsley, 2000) p. 188; see also D. SPENCER and M. BROGAN, *Mediation: Law and Practice* (Cambridge, Cambridge University Press, 2006), ch 9, noting esp. at p. 329, Australian legislation on this topic; for general comment, Scottish Law Commission’s Report, *Evidence: Protection of Family Mediation* [1992] SLC 136 (Report) (June 1992) (containing notes on the draft Bill); the Civil Evidence (Family Mediation) (Scotland) Act 1995; see also comments from various sources collected by BROWN and MARRIOTT, *ibid* (2<sup>nd</sup> edition, 1999), 22-089 to 22-091, and the symposium in (1988) 12(1) *Seton Hall Legis J.*

# LA MEDIATION EN FRANCE ET LA DIRECTIVE 2008/52/CE DU PARLEMENT EUROPEEN ET DU CONSEIL DU 21 MAI 2008

Yvon Desdevises\*

SOMMAIRE: 1. Introduction. – 2. Pourquoi? – 2.1 Mauvais arrangement ou bon procès? – 2.2 Idéalisme et pragmatisme. – 2.3 Place du juge. – 3. Comment? – 3.1 Action vis à vis des justiciables. – 3.2 Initiatives du juge. – 3.3 Statut du tiers. – 3.4 Positionnement des auxiliaires de justice. – 4. Conclusion.

## 1. Introduction

Mesdames, messieurs, Chers collègues, chers amis,

1. *Médiation, sciences juridiques et sociales, droit comparé.* Je dois d'abord adresser un grand merci aux organisateurs de cette belle rencontre pour leur initiative, pour leur accueil, bref pour tout! Bien entendu, sur le plan scientifique, c'est surtout le souci d'étudier la médiation sous le regard croisé du droit comparé, et de convier pour cela des intervenants venus d'horizons professionnels et scientifiques variés qui est remarquable. Nous devons donc au professeur Varano et à son équipe de très vifs remerciements pour cette conception magistrale.

Mon premier souci en abordant ce thème de la médiation a été de faire face à l'immensité des sources traitant de la médiation: le concept se déploie dans toutes les sciences humaines et sociales, dans toutes les disciplines juridiques et dans tous les systèmes de droit. Et sur ce terrain aussi la *common law* et la *civil law* offrent des modèles assez différents.

2. *Objet de la directive.* Les organisateurs ont donc fort heureusement cadré la séquence de cette matinée en la centrant sur la directive n° 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008. Comme son intitulé le suggère, il ne sera donc question que de «certains aspects» de la médiation et seulement «en matière civile et commerciale»; sans en préciser maintenant le contenu, on peut tout de suite indiquer que cet encadrement communautaire a été accueilli avec beaucoup de sérénité par la doctrine française qui a considéré qu'elle ne changera pas grand-chose dans beaucoup de pays de l'Union Européenne en tout cas en France<sup>1</sup>.

3. *Transposition.* La transposition de la directive communautaire a d'ailleurs été engagée par un projet de loi déposé à la Présidence du Sénat

\* L'Auteur est professeur émérite à la Faculté de droit de Nantes (France).

<sup>1</sup> Certains 'mauvais esprits' sont allés jusqu'à considérer que cette innocuité pouvait expliquer le choix fait par l'Irlande et le Royaume-Uni de finalement participer à l'adoption et à l'application de cette directive. Cf. C. NOURISSAT, *Procédures*, nov. 2008, p. 8.

français le 22 septembre 2010. Sur le fond, ce projet propose de coordonner à cette occasion les mesures propres aux litiges transfrontaliers, seuls visés par la directive (article premier), avec les règles déjà applicables aux médiations internes. Il est prévu que cette opération se réalise par voie d'ordonnance<sup>2</sup> de sorte que la transposition ait bien lieu avant le 21 mai 2011 date limite pour y procéder fixée par l'article 12 de la directive.

4. *Utilité. Tendances.* Pour ne pas affecter profondément le droit français, ce texte comporte cependant l'utilité appréciable d'encourager aussi dans les droits internes la promotion des modes conventionnels de résolution des litiges. Et en France ce n'est pas négligeable. Si je caricature un peu la situation de mon pays (ce que j'aime bien faire, mais uniquement devant des amis) l'engouement pour la médiation est resté pendant longtemps assez verbal; «parole, parole» pouvait-on dire mais dans la pratique les choses bougeaient lentement. Un historique pourrait remonter très loin<sup>3</sup>. Restons contemporains: la belle tirade du nouveau code de procédure civile français de 1975 a réveillé la doctrine: «il entre dans la mission du juge, dit l'article 21, de concilier les parties». On reviendra plus tard sur les relations médiation/conciliation, sur le rôle du juge en la matière, sa 'mission' selon ce texte alors pourtant que nul ne peut nier que le fond de la solution repose alors sur l'accord des parties et non pas sur un acte juridictionnel. En tout cas c'est à partir de là qu'une rafale de textes, de réflexions doctrinales, de rapports de toute sorte ont envahi la scène juridique et judiciaire française: Nouvelles institutions telles que les conciliateurs de justice<sup>4</sup>, multiplication des commissions de conciliation et de médiation dans les domaines les plus variés, nouvelles procédures mises à la disposition du juge pour inciter les parties au règlement amiable et le cas échéant l'officialiser<sup>5</sup>. Tous les rapports préparatoires aux réformes judiciaires de ces dernières années ont tenu à apporter leur pierre au développement du traitement conventionnel des litiges civils. La directive est finalement dans cette lignée. Mais puisque en France la pratique rechigne encore et que je fais partie de ceux qui regrettent cette forme de stagnation, je voudrais m'interroger au cours de cette journée d'étude approfondie sur deux points.

<sup>2</sup> Cette procédure exceptionnelle permet au Gouvernement, sur habilitation spéciale du Parlement, de prendre directement des mesures relevant normalement du domaine législatif. Ces mesures doivent être *a posteriori* ratifiées par le Parlement.

<sup>3</sup> L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, Thémis droit, 2010, n° 118, p. 447 ss.

<sup>4</sup> L'article 1<sup>er</sup> d'un décret du 20 mars 1978, toujours en vigueur, mais maintes fois modifié, donne à ces simples citoyens «mission de faciliter, en dehors de toute procédure judiciaire, le règlement amiable des différends portant sur des droits dont les intéressés ont la libre disposition».

<sup>5</sup> V. par exemple la 24<sup>ème</sup> édition du code de procédure civile (LexisNexis, Litec) réalisée par L. CADIET Annexe n° 16.

Pourquoi et comment?  
 Pourquoi? pourquoi cette difficulté d'acclimatation en dépit de tant d'efforts conjugués pour y parvenir?  
 Comment? comment porter remède à cette timidité regrettable?

## 2. Pourquoi?

Les difficultés d'implantation de la médiation, alors que tous les outils juridiques sont disponibles pour l'accueillir et lui donner l'essor qu'elle mérite, reposent sans doute sur des raisons d'une autre nature socio-culturelle dont le droit n'est jamais très éloigné.

### 2.1 Mauvais arrangement ou bon procès?

5. *Adage*. Selon l'adage souvent avancé la main sur le cœur par les praticiens pour témoigner de leur bonne foi et de leur désintéressement «un mauvais arrangement, vaut mieux qu'un bon procès». La formule a sans doute fait plus de mal que de bien en laissant entendre que les arrangements amiables étaient quand même une modalité secondaire, quasiment un pis-aller, par rapport aux «bons» procès c'est-à-dire aux procédures bien senties censées faire comprendre de quel bois la justice se chauffe quand elle met en application la rigueur du droit.

6. *Conciliation, médiation et respect du droit*. Il faut ajouter qu'un courant de pensée persistant considère qu'un 'arrangement' entre parties en conflit risque de déboucher sur une solution juridiquement discutable. Le culte 'républicain' de la loi, la méfiance vis-à-vis du contrat et de la prétendue égalité des contractants toutes choses propres à nos systèmes de droit continentaux se conjuguent pour alimenter cette méfiance; surtout, cet état d'esprit s'oppose à ce que le juge trempe dans cette compromission potentielle. En matière de conflit du travail salarié, notamment, ce sentiment, fort répandu, explique certainement le déclin de la conciliation prud'homale. Les juges de métier dans leur ensemble se méfient des modes de justice qui ne correspondent pas aux canons de la justice officielle et traditionnelle qu'ils incarnent. Que les parties trouvent entre elles des arrangements boiteux passe encore! mais pas question que l'institution judiciaire s'aventure en tant que telle dans cette voie<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> La crainte d'une justice à deux vitesses explique l'accueil, d'abord très frais, réservé en 1978 aux premiers conciliateurs de justice par beaucoup de magistrats de métier; cet état d'esprit a beaucoup évolué, les conciliateurs de justice étant aujourd'hui associés assez largement au fonctionnement des tribunaux d'instance. La même hostilité s'est retrouvée, *a fortiori*, à l'égard des «juges de proximité» institués en 2002 en marge de la magistrature professionnelle pour exercer, à la différence des conciliateurs, de véritables fonctions juridictionnelles.

## 2.2 Idéalisme et pragmatisme

À l'inverse, une certaine idéalisation contemporaine de la conciliation/médiation est également, à mon sens, contre productive. Deux observations à ce sujet :

7. 1<sup>o</sup> *Conciliation et réconciliation*. Toute une série de représentations de la conciliation ou de la médiation tend à en faire non pas seulement un mode de règlement des litiges mais quasiment un mode idéal de désintégration du différend, bref à confondre conciliation (ou médiation) avec réconciliation. De nombreux logos promotionnels expriment ainsi un certain angélisme en la matière symbolisant la conciliation par de chaleureuses poignées de mains ou des embrassades touchantes: or beaucoup de justiciables n'envisagent pas un seul instant que le conflit qui leur pourrait peut-être l'existence depuis des lustres soit traité comme une querelle d'enfants auquel un adulte fera entendre raison pour qu'ils redeviennent les meilleurs amis du monde. Ils peuvent comprendre la nécessité pratique de tourner la page et de se résigner aux concessions qui vont avec sans pour autant fraterniser définitivement. À ce sujet, notre cher doyen Carbonnier mérite, une fois de plus, d'être cité lorsqu'il percevait et redoutait «[...] en droit positif, une sorte d'acharnement, non pas thérapeutique mais conciliatoire, réconciliatoire, unanimiste, qui voit la fin de la justice civile non plus dans un échange d'argumentations rationnelles et une pesée de ces argumentations, mais dans un échange de baisers de paix à tout prix»<sup>7</sup>.

8. 2<sup>o</sup> *Dimension psycho-sociale*. C'est aussi le risque encouru par les analyses théoriques des auteurs voulant distinguer la conciliation de la médiation: la conciliation aurait, avec ou sans tiers, la fonction très pragmatique de régler le litige 'en surface', par des arrangements concrets, à partir des demandes formulées par les parties mais sans forcément en chercher les origines lointaines ni à le traiter 'en profondeur'; à l'inverse, le processus de médiation impliquerait lui nécessairement l'intervention d'un tiers; et dans cette vision des choses, très 'psy', ce tiers aurait pour mission de faire faire aux parties un travail 'sur elles-mêmes', seul en mesure de leur faire saisir à la racine le mal ou le malentendu qui les sépare et donc de leur permettre d'élaborer une résolution durable de leur difficulté<sup>8</sup>. Cette analyse a incontestablement une part de vérité, surtout dans certaines relations sociales; mais en faire le paradigme des solutions conventionnelles des litiges conduit à faire de la médiation/conciliation banale, ordinaire, un mode plus secondaire et superficiel que réellement alternatif de règlement

<sup>7</sup> J. CARBONNIER, *Regard d'ensemble sur la codification de la procédure civile*, in *Le nouveau code de procédure civile: vingt ans après*, Paris, La documentation française, 1998, p. 16.

<sup>8</sup> Cf. B. GORCHS, *La médiation dans le procès civil: sens et contresens*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2003, p. 409 ss.

des différends. Les médiations familiales<sup>9</sup> et pénales<sup>10</sup>, qui connaissent un réel succès, sont naturellement adaptées à des processus à forte dimension psycho-sociologique, mais il ne faut pas oublier les contraintes qui vont avec: durée, qualités spécifiques requises alors (et donc rétribution appropriée) du tiers médiateur, intervention nécessaire du juge ou du Parquet qui jusqu'à présent est seule à même de leur donner force juridique etc. C'est sans doute pourquoi la directive de 2008 n'est pas rentrée dans ces subtilités et s'applique à tout «processus structuré» quelle que soit son appellation et celle du tiers dans les Etats membres. De toute façon, cette directive exclut de son champ les «droits et obligations dont les parties ne peuvent disposer [...]» qui sont précisément les situations concernées par ces médiations lourdes relevant surtout de la psychologie.

### 2.3. Place du juge

9. *Le juge et la solution conventionnelle des litiges.* Enfin, on ne peut omettre de citer parmi les obstacles au développement de la médiation/conciliation, l'ambiguïté de la place du juge dans ces processus. En schématisant il est légitime de se demander si le juge, figure centrale de la justice et du droit, chargé d'appliquer la loi, référence également centrale, peut avoir pour mission d'inciter lui-même les parties à en tempérer la mise en œuvre par des concessions, fussent-elles réciproques? La question n'est pas uniquement théorique ou philosophique: comment un juge pourrait-il suggérer à un plaideur de renoncer à être 'rempli de ses droits', selon une vieille formule encore utilisée par la pratique et assez révélatrice, quand bien même ceux-ci seraient clairs et incontestables? Et d'ailleurs quand? Au tout début de l'instance, sans rien connaître du dossier? Ou plus tard alors que la solution, fondée en droit, peut être entrevue? Dans tous les cas la légitimité d'une intervention du juge aux fins de modérer les prétentions des parties pose problème. C'est peut-être la raison pour laquelle la directive ne concerne pas «les tentatives faites par la juridiction ou le juge saisi d'un litige pour résoudre celui-ci au cours de la procédure judiciaire relative audit litige» (article premier).

Il est donc a priori difficile de trop compter sur le juge pour encourager directement la solution conventionnelle des litiges civils. Alors sur qui?

### 3. Comment?

Comment favoriser le développement de la médiation en matière civile et commerciale, puisqu'il s'agit évidemment de l'objectif louable poursui-

<sup>9</sup> Cf. <<http://www.apmf.fr>> et <<http://www.mediation-familiale.org/>>.

<sup>10</sup> Cf. Ch. LAZERGES, *Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle*, in *Rev. sc. crim.*, 1997, p. 187. Pour une approche critique, cf. E. DREYER, *La médiation pénale, objet juridique mal identifié*, *JCP G* 2008, étude n° 131.

vi par la directive. On le répète, l'encouragement qu'elle recèle réellement sera surtout moral, ce qui n'est déjà pas mal! Mais son haut degré de généralité ne débouche pas sur des préconisations pratiques ou innovantes.

En tirant les leçons de l'existant, de ses faiblesses avérées, mais aussi de ses réussites, et des ouvertures de la directive si modestes soient-elles, il convient à mon sens d'agir en direction de tous ceux qui pourraient favoriser un processus fondamentalement interpersonnel. Il y a pour moi quatre catégories d'intéressés susceptibles d'être concernées par ces actions: les justiciables, le juge, les tiers (médiateurs ou conciliateurs), les auxiliaires de justice.

### 3.1 Action vis à vis des justiciables

10. *Pédagogie*. Le premier devoir des pouvoirs publics est sans doute d'ordre pédagogique: faire comprendre que la solution amiable des litiges a pour principal avantage d'être concrète, raisonnable parce que fondée sur la recherche de l'équité<sup>11</sup>. Elle n'est peut-être pas un mode idéal de justice mais le procès ne l'est pas nécessairement davantage eu égard notamment à ses aléas, à sa durée et à son coût. Ce discours n'est pas facile à tenir dans un contexte finalement culturel de référence prioritaire à la loi expression de la puissance souveraine puis de la volonté générale. A tout prendre, le justiciable de droit continental, à la différence de son homologue de *common law*, préfère le légicentrisme du juge, 'bouche de la loi', au contractualisme. La leçon inverse pourrait sans doute s'appuyer sur une longue histoire<sup>12</sup> mais elle n'a de chance aujourd'hui de porter ses fruits que si elle est délivrée par des professionnels du droit et de la justice sur le terrain pratique de l'efficacité beaucoup plus que sur celui de la morale sociale, de l'idéal de justice ou du pardon des offenses. A cet égard, on en reparlera, la parole et le conseil des praticiens, parfois difficiles pour eux eu égard à leurs intérêts apparents et immédiats, sont essentiels<sup>13</sup>. Parmi les incitations techniques qui peuvent porter leur fruit, il y a incontestablement l'article 8 de la directive limitant le jeu de la prescription pendant la durée du processus de médiation<sup>14</sup>.

### 3.2 Initiatives du juge

11. *Délégations*. J'en reviens à l'idée qu'il est dans une situation inconfortable pour peser lui-même dans le sens d'un arrangement amiable à l'égard

<sup>11</sup> Y. DESDEVEISES, *Equité et conciliation*, in *Mélanges Wiederkehr*, Paris, Dalloz, 2009, p. 209.

<sup>12</sup> L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc., loc. cit.

<sup>13</sup> Cf. par exemple pour les huissiers de justice, B. GORCHS-GELSER, *L'huissier de justice et la médiation*, in *Droit et procédures*, 2010, p. 251 ss.

<sup>14</sup> Solution acquise en droit français depuis la loi n°2008-561 du 17 juin 2008.

des affaires dont il est saisi. Juge de métier ou juge occasionnel, ses interventions conciliatoires ne peuvent être perçues comme totalement neutres par toutes les parties. De là découlent les multiples processus lui permettant de solliciter un tiers pour prendre le relai de manière plus distanciée et tenter d'orienter les parties vers une solution amiable sans qu'elles aient à craindre que leur discussion se retourne contre elles lors d'un éventuel jugement. La directive n'exclut d'ailleurs pas que la législation nationale impose dans certains cas cette tentative, dès lors que les parties ne s'en trouvent pas privées de leur «droit au juge». A ce sujet l'insistance avec laquelle la directive pointe la nécessaire confidentialité de la médiation est à souligner, car c'est aussi pour cela que le juge est sans doute mal placé pour juger des affaires qu'il aurait en vain essayé de concilier: comment pourrait-il effacer de son esprit, au moment de trancher, l'attitude et les déclarations des parties lors de cette tentative ratée?

12. *Enregistrements*. En revanche, mais à l'autre bout du processus, l'idée que le juge saisi du dossier (ou même un autre) puisse entériner l'accord trouvé par les parties en lui donnant une force juridique particulière a fait son chemin. En droit français diverses formules lui permettent de rendre cet accord exécutoire sans qu'il prenne pour autant la nature d'un jugement<sup>15</sup>. C'est ce que prévoit l'article 6 de la directive; mais ce texte introduit un élément de complexité sur lequel le droit français avait courageusement fait silence: celui de la conformité de l'accord à l'ordre public et plus précisément ici à l'ordre public de l'Etat-membre dont relève l'autorité accordant cette sorte d'*exequatur*.

### 3.3 Statut du tiers

13. *Garanties*. La directive renonce justement aux subtilités déjà évoquées de la distinction entre conciliateur et médiateur; «Tout tiers [...]» a donc vocation à recevoir cette mission dès lors qu'il présente les garanties exposées aux articles 4, 5 et 7 du texte: La confidentialité est strictement exigée à cet égard comme gage de confiance indispensable à l'engagement et à la réussite d'une médiation<sup>16</sup>; la qualité nécessaire de la médiation est décrite dans des termes beaucoup plus vaporeux: le recours à la constitution de codes volontaires ou de recueils de bonnes pratiques en la matière est bien encouragé ainsi que les mesures propres à faciliter la connaissance et donc l'accessibilité de ce mécanisme par les justiciables; mais aucune mesure pratique susceptible de faire déboucher sur du concret ces bonnes intentions n'est avancée.

<sup>15</sup> L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Paris, LexisNexis Litec, 6<sup>ème</sup> éd., 2009, n° 431 ss., p. 290 ss.

<sup>16</sup> S. GUINCHARD *et alii*, *Droit processuel-Droit commun et comparé du procès équitable*, Paris, Dalloz, 2010, n° 600 ss., p. 1230 ss.



### 3.4 Positionnement des auxiliaires de justice

14. *Rôle central.* A ce sujet, nul doute que la disposition d'esprit des auxiliaires de justice, notamment des avocats, à l'égard de la médiation et de la conciliation déterminera l'intensité de l'essor des processus de médiation ou de conciliation. La directive ne dit rien d'explicite à ce sujet; mais en mettant en lumière leur rôle elle représente en elle-même un encouragement intellectuel qui apparaît clairement dans le considérant 25. Celui-ci demande en effet aux Etats d'«encourager les praticiens de la justice à informer leurs clients des possibilités de la médiation». La formule est prudente: elle aurait pu les encourager plus directement à diriger leurs clients vers la médiation et ses variantes. Cette prudence s'explique: Disons-le clairement et sans faux semblant, un encouragement direct suppose l'émergence d'un marché sur ce sujet. De ce point de vue, le succès réel de la médiation familiale et pénale repose sur l'intervention d'instances de médiations sociales ou associatives, rétribuées pour leurs services mais n'ayant pas vocation à se comporter en véritables opérateurs économiques offrant des prestations à une clientèle de justiciables solvables. En dehors de ces domaines les auxiliaires de justice et spécialement les avocats ont du mal, quoiqu'ils en disent, à présenter la médiation et surtout les médiateurs comme les rouages d'un mode de justice normal dont les avantages et les inconvénients peuvent être pesés sans différentiel de coût significatif.

15. *Pragmatisme.* Sans devoir tomber dans les excès de l'arbitrage, la rétribution des participants aux activités de médiation, en tant qu'acteur ou 'client' du processus pour le compte des justiciables est aujourd'hui perçue par de nombreux professionnels comme inadaptée. Même si le principe d'une rémunération commence à être acquis<sup>17</sup>, les hypothèses dans lesquelles elle intervient en témoignent souvent. Ainsi, au titre de l'aide judiciaire légale prévue pour les justiciables les plus démunis, les dispositifs réglementaires intègrent bien l'issue conventionnelle du litige, mais à un niveau de rétribution très modeste. L'assurance, privée, de protection juridique appelée discrètement mais de plus en plus à relayer le budget de l'Etat consacré à l'accès à la justice peut également financer les démarches de règlement amiable mais dans des conditions assez strictes que les compagnies d'assurance imposent souvent, en fait, à leurs avocats.

16. *Valeur ajoutée.* De manière moins symbolique, on rappellera les dispositifs prévoyant que le juge peut donner force exécutoire aux constats d'accords obtenus en cours d'instance, voire aux transactions, conclus en dehors de toute procédure judiciaire<sup>18</sup>; leur logique est qu'ils soient élaborés et en tout cas présentés au juge avec le concours d'avocats. Plus récem-

<sup>17</sup> Cf. art. 131-6 du code de procédure civile français pour la médiation de droit commun. Le mécanisme s'inspire du système prévu pour la rétribution des experts judiciaires, sans nécessairement déboucher sur le même niveau de rémunération.

<sup>18</sup> Cf. *supra* n. 12.

ment, il y a quelques semaines, un projet de loi, qui a toute chance d'être définitivement adopté dans un avenir proche a donné aux avocats le pouvoir de donner aux contrats qu'ils constatent une force particulière: cet acte privé, contresigné par avocat(s), peut sans aucun doute constater une conciliation et engendrer des honoraires normaux. On peut aussi citer le mouvement contemporain en faveur du 'droit collaboratif' venu des Etats-Unis: Il repose sur une convention que passent à la fois les parties à un litige et leurs avocats par laquelle tous s'engagent à tout mettre en œuvre pour trouver une solution conventionnelle renonçant même temporairement à saisir le juge. Là encore on imagine que cette procédure puisse conduire à une rétribution normale des professionnels et les incitent à peser fortement (peut-être trop d'ailleurs) en faveur du règlement conventionnel. Une adaptation de ce processus a été proposée récemment sous le nom de «procédure participative de négociation assistée par avocat(s)»<sup>19</sup>.

#### 4. Conclusion

17. *Conclusion.* Finalement, mon impression est que la directive accompagne doucement mais heureusement une tendance lourde favorable aux modes alternatifs de règlement des litiges. Ce mouvement rencontre en fin de compte, qu'on le regrette ou pas, des orientations profondes du monde juridique anglo-saxon. Il correspond de manière générale à la contractualisation contemporaine des rapports sociaux qui a pénétré nos droits continentaux. La justice pourrait d'ailleurs être à cette occasion un terrain d'évaluation intéressant, des nouvelles régulations à établir de ce fait entre le contrat et l'institution, la liberté et l'ordre public.

<sup>19</sup> D. D'AMBRA, *Procédure participative de négociation assistée par avocat*, in *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz-Action, 2009/2010, n° 327, p. 695.



# MEDIATION IN GERMANY AND THE EUROPEAN DIRECTIVE 2008/52/EC

*Rolf Stürner\**

SUMMARY: 1. Introductory Remarks. – 2. Traditional Administration of Justice and Mediation in Germany. – 3. The German Judicial Settlement Machinery. – 3.1 General Status. – 3.2 Role of the Judge in Case Settlements during Litigation. – 3.3 Techniques and Tools of Mediatorial Judges. – 4. The Present Status of Out-Of-Court Mediation in Germany. – 4.1 First Legislative Steps and Free Experiments. – 4.2 The New Draft of a Law on the Furtherance of Mediation and Other Procedures for Out-of-Court Settlements. – 5. Conclusion.

## 1. *Introductory Remarks*

Mediation is a topic with many social and political implications. Therefore, the reader of a contribution on mediation may be interested in the background of an author's perception. The author of this article was judge of the German State Courts of Appeal of Baden-Württemberg in Stuttgart and Karlsruhe for more than twenty five years, a fact which may influence his point of view to a certain degree. On the other hand, during the last years, he served sometimes as a mediator in disputes between members of law firms. His experiences both as a judge and mediator may help to keep balance when analyzing the significance of mediation for the German development.

## 2. *Traditional Administration of Justice and Mediation in Germany*

Alternative Dispute Resolution seems to be mankind's greatest modern invention to resolve disputes by creating two winners of a conflict and to manage the continuing problems of the overload of courts. There is no international discussion of problems of modern administration of justice<sup>1</sup> where ADR is not welcomed as a more or less superior form of conflict management appropriate to replace the traditional civil procedure with its inflexible rules and inflexible results. When the European Commission published its final draft of a directive on mediation in civil and commercial matters, its intention was to promote «a quicker, simpler and more cost efficient way to solve disputes, which allows for taking into account a wider range of inter-

\* The Author is Professor of Law at the University of Freiburg (Germany).

<sup>1</sup> See, e.g., *ALI/Unidroit, Principles of Transnational Civil Procedure*, 2006, Principle 24, p. 44. The author was Unidroit-Co-reporter of this project.

ests of the parties, with a greater chance of reaching an agreement which will be voluntarily respected, and which preserves an amicable and sustainable relationship between them. The Commission believes that mediation holds an untapped potential as a dispute resolution method and as a means of providing access to justice for individuals and business»<sup>2</sup>. The prevailing German point of view, however, is until now not so enthusiastic and shows only little progress in establishing special rules for mediation procedures to be lead by non-judicial neutrals. During the last five decades, the German judicial branch and the German legislature established an efficiently working machinery of amicable settlement through activities of judges and lawyers. This may be the reason why American style out-of-court-mediation or mediation by neutrals without legal profession has not been as successful in Germany as it has been in the U.S. or in other countries of the Western world.

### 3. *The German Judicial Settlement Machinery*

#### 3.1 *General Status*<sup>3</sup>

The policy favoring voluntary settlement of legal disputes finds expression at many points in the civil justice system and in procedural law. Lawyers are encouraged and compensated to negotiate settlements for their clients even before filing suit. In certain of the specialized court systems, participation in a conciliation procedure is a precondition to filing suit, in others such proceedings take place immediately after filing of claims and before any other judicial activity.

In administrative and social welfare courts, parties filing claims must demonstrate that they have participated in administrative adjustment proceedings as a precondition to suit<sup>4</sup>. The requirement that a party lodge objection with the administrative agency involved before starting a case in the administrative court is partly calculated to increase chances of informal resolution of the problem at the agency level. Most labor court proceedings commence with a required informal conciliation proceeding conducted by the presiding judge of the panel<sup>5</sup>. These reconciliation proceedings have generated an enviable record of success resolving nearly 79% of cases filed in labor courts.

In most kinds of disputes brought before the ordinary courts there is no specific requirement that parties undergo any form of conciliation or

<sup>2</sup> See *Final Proposal for an EU Directive on Certain Aspects of Mediation*, COM (2004), 718 final p. 3.

<sup>3</sup> See already P.L. MURRAY, R. STÜRNER, *German Civil Justice*, Durham NC, Carolina Academic Press, 2004, p. 486 ss.

<sup>4</sup> See, for instance, VWGO §§ 80 ss. and SGG 78.

<sup>5</sup> See ArbGG § 54 and for details B. KRAMER, *Die Güteverhandlung, prozessuale Schlichtung in Arbeitssachen*, Lohmar, Josef Eul, 1999.

alternative dispute resolution as a condition to filing or maintaining a lawsuit. A reform in 2001 has authorized the various states to require that parties undergo mandatory conciliation before filing certain kinds of small claims and other actions (money claims up to 750 Euro, disputes between neighbors, certain libel and slander cases)<sup>6</sup>.

Once litigation has started, however, there are many features of the process designed to encourage voluntary settlement, and German judges are expected to take active roles to help settle cases when appropriate. During the last decade, reforms in the Civil Procedure Code have promoted settlement during litigation by requiring, at least in principle, an initial settlement conference before the plenary hearing in all civil cases<sup>7</sup>.

### 3.2 *Role of the Judge in Case Settlements during Litigation*

In all civil proceedings, the judge plays an important role in fostering resolutions by agreement. In this role the judge functions under the following statutory admonition: «The court shall be mindful at all stages of the proceedings of the potential for an agreed disposition of the legal dispute or individual issues thereof»<sup>8</sup>.

Most modern German judges take their role as facilitator of settlements very seriously and place a premium on getting as many civil disputes as possible resolved by voluntary party settlement. The result of this positive policy slant has been a perceived increase over the last decades in the number of cases resolved by in-court settlement. About 25 to 30 per cent of all cases are resolved by in-court settlement agreement, withdrawals or judgments by acknowledgment upon the judge's recommendation included<sup>9</sup>. The settlement practice contributes to a remarkable part to the relatively short time German courts need to settle a case: 6-8 months in local courts, about the same time in district courts or courts of appeal<sup>10</sup>.

### 3.3 *Techniques and Tools of Mediatorial Judges*

#### a) Personal Confrontation

First of all, the authority of the judge to require the parties to sit face to face (§ 141 German Civil Procedure Code) and state their respective

<sup>6</sup> See EGZPO § 15a; for details and exceptions ZÖLLER/HESSLER, *ZPO*, 28<sup>th</sup> ed., 2010, § 15a EGZPO n. 3 ss.

<sup>7</sup> See § 278(2)(1) German Civil Procedure Code (ZPO).

<sup>8</sup> § 278(2)(1) ZPO.

<sup>9</sup> See already P.L. MURRAY, R. STÜRNER, *German Civil Justice*, 2004, p. 488; L. ROSENBERG, K.H. SCHWAB, P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, München, C.H. Beck, 17<sup>th</sup> ed., 2010, § 130 n. 1, p. 734; § 129 n. 1, p. 728.

<sup>10</sup> P.L. MURRAY, R. STÜRNER, *German Civil Justice*, 2004, Ch. 13(E)(2), p. 622 ss.; L. ROSENBERG, K.H. SCHWAB, P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 2010, § 81 n. 1.

positions and demands can ease or eliminate many differences caused by poor communication. Parties are forced to confront and relate to their opponents on a person-to-person basis.

#### b) Hints and Feedback

Perhaps the most powerful tool of the judge in encouraging good settlements is the judge's power and duty to give hints and preliminary evaluative feedback (*Hinweise*) on the parties' positions as they are stated and understood by the judge. The judge's duty to hints and feedback on the legal and factual sufficiency of the parties' positions is at the core of the judicial function in civil litigation. The recent reforms stress the judge's obligation to make use of this tool at the required initial oral settlement conference.

«In the settlement conference the judge is to give free consideration to all circumstances in discussing the factual and legal issues of the case with the parties and, to the extent appropriate, should ask questions. The appearing parties should be personally heard on the issues»<sup>11</sup>.

#### c) Neutrality

Performance of this duty to give hints and feedback requires a particular kind of intellectual discipline on the part of the judge. The judge must be able to give meaningful evaluation of the parties' respective positions based on the judge's knowledge of the case to date, without undermining their belief in her impartiality if it is necessary for her to decide the case later on. The judge must resist the temptation slightly to slant the 'clarifications' in order to induce a recalcitrant party to settle.

#### d) Piercing the Parties' Veil

Often reaching a viable settlement of a case requires a certain kind of judicial creativity to transcend the stylized assertions of legal claim and defense and espy the real interest of the parties and craft an arrangement to meet those interests. Such an ability can be hard to teach, but may be the result of experience combined with a curious and engaging attitude on the part of the judge. It is undisputed that a judge's 'rights-based' suggestions for settlement may never justify an application for disqualification even when the judge's suggestion seems to be partial in the eyes of a party<sup>12</sup>. However, if a judge makes 'interests-based' suggestions for settlement that include elements of the parties' conflict which are not within the frame of reference of the parties' claims for relief and factual assertions, the judge may be risking disqualification based on introducing issues beyond the subject matter in dispute (*Streitgegenstand*) without the consent

<sup>11</sup> See § 278(2) ZPO; generally § 139 ZPO and P.L. MURRAY, R. STÜRNER, *German Civil Justice*, 2004, p. 166 ss.

<sup>12</sup> See Federal Constitutional Court BVerfGE 42, 78.

of both parties<sup>13</sup>. As a consequence, judges should act mindfully and cautiously and only with a party's consent when fishing for facts designed to clarify the 'real interest' of a party.

#### 4. *The Present Status of Out-Of-Court Mediation in Germany*

##### 4.1 *First Legislative Steps and Free Experiments*

The active role of German judges in promoting settlements may be the most significant reason why mechanisms of out-of-court dispute resolution have not developed to the extent as they have in the United States. It should be stressed, however, that a broader scope and application of ADR are being given ever more consideration<sup>14</sup>. The German legislature encourages out-of-court settlements by mandatory conciliation before filing certain kinds of small claims. Reforms have already introduced the option of a formal referral of the parties to out-of-court settlement facilities and of a stay of the proceedings with the consent of the parties in order to accommodate such referral<sup>15</sup>. The American ideas of a 'multidoor-court-house' and of mandatory court-annexed mediation<sup>16</sup>, however, have not yet been implemented in Germany by legislative measure. Experiments with similar ADR models are being encouraged and subsidized in a number of German courts on a voluntary basis by the ministries of justice of some German States<sup>17</sup>. This is the case, e.g., in Freiburg, the location of my university, where the lowest administrative court appointed specially educated judges for mediation procedures. The results described are very encouraging, though it is only speculation whether a judge competent to decide the cases would not have reached similar results.

All in all the developments of the last years have brought an increase of various forms of out-of-court mediation. Lawyers and other professions are discovering the advantages of this new market and are undertaking mediation as a profitable and remunerative business. The nearly complete lack of special professional ethics for this new profession and its services

<sup>13</sup> Very generous Kammergericht NJW-RR 2000, 1164, 1166.

<sup>14</sup> For more details see F. HAFT, K. GRÄFIN V. SCHLIEFEN, *Handbuch der Mediation*, München, Beck Juristischer, 2002; S. BREIDENBACH, in P. GOTTWALD (ed.), *Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Zivilverfahrensrechts*, Bielefeld, Gieseking, 2002, p. 117 ss.

<sup>15</sup> See § 278(5)(2) ZPO 2002.

<sup>16</sup> See F. SANDER, *Varieties of Dispute Processing*, 70 F.R.D. 111 (1976); P.L. MURRAY, *Civil Justice Reform in America: The 1990 Civil Justice Reform Act and Its Consequences*, ZZPInt 3 (1998), 319 ss.

<sup>17</sup> For a survey S. BREIDENBACH, in P. GOTTWALD (ed.), *Aktuelle Entwicklungen*, 2002, p. 117 ss.; J.M. VON BARGEN, *Gerichtsinterne Mediation*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 71 ss.



may encourage abuses and doubtful techniques producing outcomes which are successful in the sense of 'getting to yes'. It may be that the German legislature hesitated to initiate any legislation prior to a necessary implementation of a forthcoming European Directive.

#### *4.2 The New Draft of a Law on the Furtherance of Mediation and Other Procedures for Out-of-Court Settlements*

The German legislature is now obliged to implement the European Mediation Directive<sup>18</sup> by national German law. The legislature determined to enact the same rules for mediation in national and international cases<sup>19</sup> and, consequently, to do more than necessary for a simple implementation of the European Directive. The draft provides three forms of mediation:

- mediation which is initiated independently of a court procedure
- mediation which parallels an already initiated court procedure
- mediation by a judge without competence to decide the already commenced court dispute (judicial mediation).

It should be stressed that the bill does not provide obligatory court-annexed mediation by private mediators according to the U.S.-American example. And it is remarkable that the draft gives room for the model of judicial mediation by judges who are not involved in the case as deciding judges. An argument against traditional active in-court-mediation and settlement has been always the conflict between the role of a decision-maker and the role of a mediator. This argument does not, however, take into account the character of modern German civil procedure which is in many respects a dialogue between court and parties and encourages the judges to put their cards on the table and forbids any form of surprising decisions<sup>20</sup>. In this context of a procedure which has more the character of a round table discussion to reach a correct decision, a judicial proposal for settlement is not an element which is in real conflict with the duties of a deciding judge. But, nevertheless, the German legislature takes a new step in order to combine the advantages of American style mediation with the advantages of a judicial mediation by a really independent judge who does not look for the high regard of powerful repeat players in order to increase his or her income and business<sup>21</sup>. It is the competence of the individual German states

<sup>18</sup> Directive 2008/52/EC of the European Parliament and Council of May 21, 2008 on Certain Aspects of Mediation, Official Journal of the European Union, 21.05.2008, L 136/3.

<sup>19</sup> Official Draft of the German Ministry of Justice, 04.08.2010, Art. 1 § 1.

<sup>20</sup> See R. STÜRNER, *Parteiherrschaft versus Richtermacht*, ZZP 123 (2010), pp. 147 ss., 152 ss.

<sup>21</sup> For a description of this threat on the neutrality of mediators and arbitrators see J. RESNIK, *Contracting Civil Procedure*, in P.D. CARRINGTON, T. JONES, *Law*

to determine whether this special form of judicial mediation should be installed or not. But many German states had very good experiences with this form of mediation by really neutral mediators without business interests. As a consequence, there will be a form of competition between judicial and free mediation, and it may be interesting to see which form of mediation will be more accepted by business people and citizens.

The draft contains provisions on a mediator's incompatibility in case of conflict of interests<sup>22</sup> and provisions on a mediation privilege<sup>23</sup>. The privilege as defined by the draft is not comparable to the Anglo-American conciliation privilege<sup>24</sup>. Its scope covers solely the mediator's right and duty not to disclose facts or materials that were contents of mediatory negotiations only. There is no privilege of the parties themselves; under German procedural law the parties cannot directly be forced to disclose facts or documents, but the court is free to deliberate the reasons for a party's refusal to disclose and even to draw adverse inferences<sup>25</sup>.

The draft permits caucusing even for judicial mediators.<sup>26</sup> This is a questionable provision, because until now judicial mediators proceeded regularly in the presence of both parties playing with open cards. Only private mediators practiced caucusing intensively though this practice has been always in dispute because of the evident contradiction to the traditional right to be heard, which is a fundamental principle of a proper and really neutral procedure to further a decision of well-informed parties.<sup>27</sup> Discussions may arise whether judges are permitted to act as mediators without giving due regard to the requirements of the right to be heard and the principle of equal information which is considered to be an indispensable prerequisite of well-balanced agreements and even of well-functioning markets. Mediation should not produce what economists call «sour lemon markets»<sup>28</sup> where well-informed participants profit from the poor information of other market participants when concluding contracts<sup>29</sup>. It is an advantage of the present draft that it provides executability of mediation

*and Class in America*, New York, New York University Press, 2006, p. 60 ss.; P.L. MURRAY, *The Privatization of Civil Justice*, ZZPInt 12 (2007), 283 ss.

<sup>22</sup> See Art. 1 § 3.

<sup>23</sup> See Art. 1 § 4 and § 383 No. 6 German Civil Procedure Code.

<sup>24</sup> See N. ANDREWS, *English Civil Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2003, n. 25.01 ss.

<sup>25</sup> See, e.g., §§ 286, 371(3), 427, 444, 446, 453, 454 ZPO.

<sup>26</sup> See Art. 1 § 2(2)(3) of the draft.

<sup>27</sup> See for a survey on the German discussion J. RISSE, *Wirtschaftsmediation*, München, Beck Juristischer, 2003, p. 241 ss.; J.M. VON BARGEN, *Gerichtsinterne Mediation*, 2008, p. 334 ss.

<sup>28</sup> See especially G.A. AKERLOF, *The Market for "Lemons": Quality, Uncertainty and the Market Mechanism*, 84 *Quart. J. Econ.* 488 (1970).

<sup>29</sup> See R. STÜRNER, *Markt und Wettbewerb über Alles? Gesellschaft und Recht im Fokus neoliberaler Marktideologie*, München, C.H. Beck, 2007, p. 89 ss.

agreements if a party applies for a notarial declaration of enforceability or a formal court decree<sup>30</sup>.

## 5. *Conclusion*

The conclusion of the discussion of the German legal culture's relation to mediation may be somewhat strange to foreign observers. On the one hand, German judges and lawyers have a long tradition of settlement negotiations. On the other hand, German jurists are not as enthusiastic with American style private mediation as are other legal cultures. In times of poor public budgets and growing public debts, it is a real danger that the governments of the individual states will take the occasion to save public expenses by diminishing judicial personnel while offering the citizens more expensive private mediation instead of managerial mediatory judges. In my eyes, this represents no real progress. Law as a business should not be the future. It may be a helpful advice to visit for some days court annexed obligatory private mass mediation in American Federal District Courts. People may come back with the feeling that mediation will not bring heaven to earth. The author's rather limited experiences as a mediator were not at all discouraging, but there was not reason for too much enthusiasm either. Especially the hope that mediation will result in reliably peaceful and cooperative relations between disputatious parties may be realized in exceptional cases only, but not in the large majority of all disputes though it seems to be the ideal of many protagonists of mediation and of the European Commission.

<sup>30</sup> See Art. 3 §§ 278a(2)(4), 796d ZPO of the draft.

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

*Silvia Barona Vilar\**

SOMMARIO: 1. La mediazione in Spagna: panoramica della legislazione settoriale. – 2. L'impulso dato alla mediazione dal Ministero della Giustizia e dal Consiglio Generale del Potere Giudiziario. – 3. Linee guida dell'Avanprogetto di legge spagnola sulla mediazione 2010. – 3.1 Caratteristiche della mediazione. – 3.2 Principi della mediazione. – 3.3 Procedimento di mediazione. – 3.4 Accordo di mediazione.

1. *La mediazione in Spagna: panoramica della legislazione settoriale*

In Spagna, negli ultimi decenni, si è assistito ad un importante sviluppo della mediazione in certi settori dell'ordinamento giuridico (famiglia, contratti di consumo, settore commerciale, responsabilità professionale, responsabilità penale del minore e, di recente, si è lavorato anche sulla mediazione penale relativamente a vicende che coinvolgono persone adulte)<sup>1</sup>. Tutto ciò, nonostante le lacune dell'attuale regolamentazione generale e di fronte all'assenza di una legge nazionale che la disciplini. Da qui l'importanza, in questo momento storico, dell'elaborazione di un testo come l'*Avanprogetto di legge sulla mediazione nelle controversie civili e commerciali* del febbraio 2010, predisposto dal legislatore spagnolo.

Lo sviluppo della mediazione è stato in larga misura propiziato dall'Unione europea, la quale, tramite diverse iniziative, ha raccomandato agli Stati membri di incorporare nel proprio ordinamento e sviluppare, in certi settori del diritto, la mediazione come strumento di pacificazione sociale. In alcuni ambiti la raccomandazione si è spinta oltre, soprattutto nelle controversie insorte nelle relazioni civili e commerciali, dato che la Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 impone l'obbligo di introdurre, negli ordinamenti nazionali, una Legge sulla mediazione a livello generale, la quale, nei suddetti settori, possa fungere da cornice per delineare i principi cardine di questa modalità

\* L'Autrice è professoressa presso l'Università di Valencia (Spagna). Lo scritto è stato redatto nell'ambito dei Progetti PROMETEO 2010-095 (gv) e DER 2010-17126 (MICINN). La traduzione in italiano è stata curata da Francesco Pastorelli, Dottore di ricerca in Diritto comparato presso l'Università di Firenze.

<sup>1</sup> Per uno sviluppo della mediazione penale si può vedere il mio articolo *Mediación penal como pieza del sistema de tutela penal en el Siglo XXI. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa*, in *Revista de Derecho Penal*, 2009, I, pp. 11-54.

di ADR, i tratti essenziali dello *status* del mediatore, gli elementi chiave per lo sviluppo delle fasi del procedimento nonché l'efficacia che l'accordo raggiunto attraverso la mediazione deve possedere.

Nel febbraio 2010, il governo spagnolo ha presentato il testo dell'Avanprogetto di Legge sulla mediazione nelle controversie civili e commerciali, attualmente in corso di approvazione, col quale intende rimediare all'assenza, durata fino ad oggi, di una norma che consenta di coordinare le diverse e molteplici legislazioni nazionali e/o delle Comunità Autonome che hanno introdotto varie forme di mediazione in settori specifici dell'ordinamento giuridico. Con questo testo comune si ottiene proprio il risultato di offrire una cornice giuridica che, nel rispetto dell'attribuzione di competenze tra Stato e Comunità Autonome, delinea il quadro normativo essenziale per la concretizzazione delle varie leggi in tema di mediazione, per il loro sviluppo e configurazione, con particolare riguardo alle necessità dei singoli settori del contenzioso ed alle peculiarità delle diverse Comunità Autonome. A differenza di quanto avvenuto per la conciliazione e l'arbitrato, rispetto ai quali vi è una ricca esperienza legislativa in Spagna, solo oggi si è dunque venuti a colmare la lacuna normativa in tema di mediazione.

Questa situazione non è soltanto il risultato della spinta data dall'approvazione della Direttiva 2008/52/CE, ma risponde ad un percorso che, come già accennato, è andato delineandosi nell'ultimo decennio, soprattutto in alcuni settori specifici. A questo riguardo, risultano particolarmente significative le diverse normative approvate dai legislatori delle Comunità Autonome in tema di mediazione familiare, tra le quali spiccano la Legge 4/2001, del 31 maggio, della Comunità Galiziana; la Legge 7/2001, del 26 novembre, della Comunità Autonoma Valenciana; la Legge 15/2003, dell'8 aprile, delle Canarie; la Legge 4/2005, del 24 maggio, della Castiglia-La Mancha; la Legge 1/2006, del 6 aprile, della Castiglia-León; la Legge 1/2007, del 21 febbraio, della Comunità di Madrid; la Legge 3/2007, del 23 marzo, delle Asturie; la Legge 1/2008, dell'8 febbraio, dei Paesi Baschi; la Legge 1/2009, del 27 febbraio, dell'Andalusia, così come la recente riforma della legge catalana che, approvata il 15 marzo del 2001, è stata modificata dalla Legge 15/2009, del 22 luglio (sebbene quest'ultima si estenda alla mediazione nell'intero settore del diritto privato e non soltanto alla mediazione familiare). In tutte queste normative si sancisce la necessità di un controllo pubblico circa la tutela sociale, economica e giuridica della famiglia, previste dall'art. 39, co. I della Costituzione nel cui ambito si è soliti ricomprendere i conflitti sorti o che possano insorgere nel contesto delle crisi matrimoniali o della dissoluzione della coppia di fatto, soprattutto quando sia necessario adottare provvedimenti in tema di alimenti, custodia e regime di visita dei figli, ovvero circa l'esercizio della potestà genitoriale, la tutela o la curatela e quelli relativi alle relazioni tra la famiglia d'origine e quella di accoglimento o adozione. In alcune leggi, come quella della Comunità Valenciana o quella dei Paesi Baschi, si prevede anche la possibilità di sottoporre a e gestire attraverso la mediazione i conflitti che

possano insorgere nelle relazioni successorie venutesi a configurare riguardo ad imprese o attività familiari, così come le discussioni in materia di alimenti tra parenti. Curiosamente, pur trattandosi di testi approvati da distinti parlamenti autonomici, queste leggi hanno molto in comune e, in quasi tutte, vengono stabiliti i principi ordinatori della mediazione, viene descritto il regime giuridico proprio dei mediatori e degli enti di mediazione familiare, inclusa la creazione di un registro per la loro iscrizione e di un regime sanzionatorio notevolmente dettagliato. Si regolano le fasi del procedimento ed il valore dell'accordo raggiunto all'esito della mediazione, che si considera obbligatorio e vincolante per le parti, sebbene con efficacia contrattuale, ragione per la quale si richiede il rispetto dei requisiti necessari per la validità dei contratti.

Oltre alla mediazione in ambito familiare, che si è andata consolidando nell'ultimo decennio – ed alla quale ha contribuito anche l'approvazione della Legge 15/2005 dell'8 luglio, mediante la quale si modificano il Codice Civile e la Legge sul processo civile in materia di separazione e divorzio, favorendo la possibilità di sospensione del processo in caso di ricorso alla mediazione – e che risulta essere uno strumento eccellente per gestire questo tipo di conflitti che, in molti casi, non scompaiono ma con i quali si impara a convivere pacificamente, a poco a poco si sono venuti a configurare in altri settori dell'ordinamento giuridico spagnolo altri esempi di mediazione. Di fatto è possibile affermare che, in questo momento, la mediazione non solo è stata introdotta nelle legislazioni settoriali ma si è convertita in uno strumento fondamentale tra i metodi o forme di risoluzione stragiudiziale dei conflitti, entrando con notevole forza nel novero delle ADR previste dall'ordinamento spagnolo ed è venuta a rafforzare un modo di pensare meno litigioso nella cultura della controversia. Così, in settori come quello dei contratti di consumo (molto probabilmente, anche qui, grazie all'impulso dato dal RD 231/2008, del 15 febbraio, tramite il quale si è modificata la legislazione in materia di contratti di consumo, locazioni ed in materia di lavoro) nel quale, a tenore dell'art. 63 della Legge sul Processo del Lavoro, il tentativo di mediazione o conciliazione stragiudiziale è requisito necessario per la procedibilità del giudizio, nonché nella normativa deontologica degli ordini professionali, in ambito tributario, ecc., si è assistito, in certi casi, all'incorporazione *ex novo* ed in altri al consolidamento del modello esistente di mediazione tra gli strumenti di risoluzione delle controversie.

Tutto ciò senza dimenticare che la legislazione processuale civile non è rimasta aliena al tentativo di promuovere la soluzione bonaria delle controversie, sancendo espressamente tale intento nell'articolo 414, co. I, LEC/2000, ove, disciplinando l'udienza preliminare (*audiencia previa*), si afferma di voler «cercare un accordo o transazione tra le parti che ponga fine al processo», favorendo addirittura l'«esortazione» da parte del giudice alle parti ed ai loro avvocati affinché giungano ad un accordo che ponga fine alla causa (art. 482, co. II, LEC). Nonostante ciò, l'assenza di una disciplina comune era una realtà e la sua necessità un'esigenza ogni volta più fortemente sentita.

## 2. *L'impulso dato alla mediazione dal Ministero della Giustizia e dal Consiglio Generale del Potere Giudiziario*

In questa società avanzata, caratterizzata da un continuo sviluppo economico, tecnico, tecnologico, culturale, ecc., composta da individui che richiedono e che possono sempre più, le relazioni interindividuali si fanno sempre più complesse. Ciò comporta un inevitabile aumento tanto della quantità che della qualità delle controversie. C'è bisogno di strumenti differenziati per evitare, e se del caso, risolvere, le controversie che vengano ad insorgere. È questo il fondamento del movimento delle ADR, articolato inizialmente tramite «meccanismi che cercano di risolvere controversie, soprattutto al margine dei tribunali o tramite strumenti non giudiziali»<sup>2</sup>, un movimento che, proprio come ha affermato la stessa *Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite* del 19 novembre 2002, in riferimento alla Legge Modello della CNUDMI<sup>3</sup> sulla Conciliazione Commerciale Internazionale<sup>4</sup>, sta avendo, negli ultimi anni, uno sviluppo inarrestabile nei paesi economicamente più avanzati del pianeta: «questi metodi di risoluzione delle controversie, ai quali si allude con espressioni come conciliazione, mediazione e simili, si utilizzano sempre più nella pratica commerciale nazionale ed internazionale in sostituzione dei procedimenti giudiziali». Strumenti, insomma, il cui impiego «produce benefici importanti, dato che riduce i casi nei quali una controversia pone fine ad una relazione commerciale, facilita la conclusione di transazioni ... per le parti e da luogo ad un risparmio per l'amministrazione della giustizia negli Stati», contribuendo, inoltre, a generare una certezza giuridica che facilita lo sviluppo di relazioni economiche armoniose, nazionali ed internazionali.

In questo contesto, tanto il Ministero della Giustizia spagnolo che il Consiglio Generale del Potere Giudiziario, si sono mossi per rafforzare, nell'ambito della modernizzazione della giustizia, l'inserimento delle ADR nel sistema di giustizia spagnolo e, tra di esse, soprattutto la mediazione. Discorrere di inserimento non significa presupporre l'inesistenza della mediazione nel nostro panorama giuridico. L'assenza di regolamentazione normativa, infatti, non significa nel modo più assoluto che la mediazione non sia stata impiegata, *de facto*, come metodo per raggiungere la risoluzione di controversie. Ciò, naturalmente, sulla base di un'assoluta libertà nell'articolazione del procedimento di mediazione e nella conformazione delle modalità e della misura dell'intervento del mediatore, senza che gli accordi raggiunti potessero fruire del carattere di esecutività.

<sup>2</sup> M. CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, *Modern Law Review*, 1993, p. 282 ss.

<sup>3</sup> Commissione delle Nazioni Unite per il Diritto Commerciale Internazionale.

<sup>4</sup> Documenti ufficiali dell'Assemblea Generale, cinquantasettesimo periodo di sessioni. Supplemento n. 17 e correzione (A/57/17 y Corr. 1), allegato 1.

Il Piano Strategico per la Modernizzazione della Giustizia 2009-2012 del Ministero della Giustizia<sup>5</sup> offre interessanti proposte che esprimono una politica che passa per l'aumento delle risorse materiali ed umane ed attraverso l'introduzione di elementi che rispondono ad un desiderio di trasformazione radicale, capace di produrre un cambiamento nel sentire comune dei cittadini riguardo al funzionamento della giustizia, attualmente ritenuta non rispondente alle aspettative ed accusata di offrire un servizio arretrato, lento e costoso. In quest'ottica, tra gli apporti emersi nell'ambito di questo 'ripensamento' della giustizia del XXI secolo, il Ministero fa espressa menzione dell'inserimento nel sistema di Centri di Mediazione che permettano, autocompositivamente, di evitare l'acuirsi del conflitto o la risoluzione del medesimo.

Parallelamente, il Consiglio dei Ministri del Governo di Spagna ha costituito, nella sua riunione del 24 aprile 2009, una Commissione Istituzionale con il compito di studiare, individuare e proporre gli elementi essenziali per l'elaborazione di una nuova Legge di Organizzazione e Demaracazione Giudiziale (*Ley de Planta y Demarcación Judicial*) entro il termine di sei mesi dalla sua costituzione (il 24 settembre 2009). La Commissione, presieduta dal Segretario di Stato della Giustizia, era composta da otto membri<sup>6</sup>, e formulò raccomandazioni 'principali' che facevano direttamente riferimento all'Organico ed alle Circostrizioni Giudiziali ma anche altre dieci raccomandazioni 'associate', tra le quali risaltava, per prima, «l'effettiva introduzione di procedimenti di risoluzione extragiudiziale delle controversie, inclusi la mediazione e l'arbitrato e l'introduzione di organismi collegiali amministrativi da adire con carattere preventivo rispetto agli organi giurisdizionali»<sup>7</sup>.

Sulla stessa linea si è posto il Consiglio Generale del Potere Giudiziario (CGPJ), il quale si è mostrato, in diverse occasioni, favorevole all'introduzione dei procedimenti di mediazione nell'ambito dell'«impulso alle riforme organiche e processuali finalizzate ad offrire soluzioni più snelle alla giustizia», tra le quali ha indicato la mediazione civile e penale come uno strumento di provata efficacia per la risoluzione di controversie per due ordini di motivi: 1) la mediazione è positiva per le parti le quali diventano protagoniste della risoluzione della controversia, assumendo liberamente l'accordo. Ciò facilita il futuro adempimento volontario dei suoi termini e consente di raggiungimento di una soluzione più rapida e snella della controversia; 2) la mediazione è positiva per il sistema giudiziario in quanto riduce il carico di lavoro delle corti con

<sup>5</sup> Una versione del testo, in lingua italiana, è stata pubblicata nei *Quaderni di giustizia ed organizzazione* del 2010.

<sup>6</sup> In questo senso, fui testimone diretta dell'attività della menzionata Commissione, essendo uno degli otto membri che ne facevano parte.

<sup>7</sup> Il rapporto realizzato dal Ministero della Giustizia si può rinvenire all'indirizzo <<http://www2.mjusticia.es/cs/Satellite/es/1200666550194/DetalleInicio.html>>.



conseguente risparmio degli enormi costi sempre correlati ad un procedimento giudiziale<sup>8</sup>.

Ancor prima, durante l'approvazione del Libro Bianco sulla giustizia, mediante l'accordo del Plenum dell'8 settembre 1997, al punto 3.4 del Capitolo Primo, relativo all'*Accesso alla giustizia*, il CGPJ segnalava: «Particolare interesse merita, come proposta, la tendenza a potenziare l'intervento dell'avvocato nelle attività di mediazione, transazione e arbitrato, compiti essenziali per limitare il numero di questioni che giungono davanti alle corti ed ai tribunali». In seguito, nelle Proposte di riforma della giustizia approvate dal Plenum nella sessione del 18 luglio 2000 sulla base del citato *Libro Blanco*, si sottolineava la necessità per gli organi giudiziari di provvedere ad invitare le parti, nell'ambito di un catalogo di «misure tese ad evitare il processo» tra le quali veniva indicato anche il potenziamento dell'arbitrato, a raggiungere accordi che potessero servire per porre fine al giudizio ed evitare nuove controversie sulla stessa questione. Più di recente, il CGPJ ha puntato sul ricorso alla mediazione all'interno del suo Piano di Modernizzazione della Giustizia approvato dal Plenum nella sessione del 12 novembre 2008. Al paragrafo 6.3 di detto Piano, corrispondente al Titolo relativo alla *Spinta verso le riforme processuali* si richiama espressamente la mediazione civile e penale. Di fatto, non si è tardato a porre in marcia una Commissione delegata (*Vocalía Delegada*) per il Coordinamento e l'Impulso al Progetto di Mediazione Penale e Civile. Nel caso della mediazione civile, il Consiglio parte dalla premessa che, sebbene finora sia stata impiegata soprattutto nella sfera familiare, la mediazione può essere applicata con successo anche alle controversie in materia di contratti, relazioni commerciali e nell'ambito del consumo ed in quello condominiale. È chiaro, come ricorda la stessa presentazione del Progetto di Mediazione Penale e Civile del CGPJ, che «perché un organo giudiziale possa partecipare al progetto, si dovrà poter contare sulla collaborazione istituzionale – Comunità Autonome, Municipalità, Ordini degli Avvocati – che permetta, verosimilmente, di far leva su un gruppo accreditato di professionisti della mediazione, così come sulla predisposizione di un luogo adeguato per la celebrazione degli incontri». Tutto ciò ha portato a vari progetti pilota che, in conformità ad alcuni protocolli di attuazione elaborati, stanno dando i loro frutti negli ultimi anni, soprattutto nell'ambito della mediazione penale e familiare. Secondo il *Rapporto sulla gestione della mediazione penale e civile* relativo all'anno 2009, sono già 98 le corti penali e 34 quelle civili che partecipano al progetto sostenuto dal Consiglio. In questa iniziativa un ruolo chiave è quello delle corti situate in Catalogna le quali rappresentano il 54% del totale di quelle facenti parte dell'ambito penale ed il 74% di quelle appartenenti all'ambito civile. In ogni caso si deve tenere conto che questa mediazione è intragiudiziale

<sup>8</sup> Lo si può trovare sul sito <<http://www.icam.es/docs/web3/doc/HojaRutaModernCGPJ.pdf>>.

le, vale a dire promossa dallo stesso giudice una volta iniziato il giudizio, qualcosa di molto diverso rispetto a ciò che vorrebbe mettere in moto il testo presentato dal Ministero.

### 3. *Linee guida dell'Avanprogetto di legge spagnola sulla mediazione 2010*

Tenuto conto dei dati appena visti e dell'approvazione della Direttiva 2008/52/CE, con la correlata esigenza di approvare un testo legislativo che ricomponesse le inquietudini sollevate dall'inserimento della mediazione, *de iure* e con carattere generale, nel nostro ordinamento giuridico, è stato presentato il testo dell'Avanprogetto di Legge sulla Mediazione nelle controversie civili e commerciali del febbraio 2010.

In esso si insiste sul fatto che la modernizzazione dell'amministrazione della giustizia non passa soltanto attraverso il miglioramento della sua organizzazione ed il perfezionamento delle norme processuali ma esige che vengano inseriti strumenti validi ed accettati in uno Stato di diritto, orientati a preservare l'esercizio della giurisdizione, insistendo sui mezzi complementari di risoluzione delle controversie. Anche laddove si conoscano esperienze pratiche di impiego della mediazione, è necessaria una norma che colleghi quest'ultima con la giurisdizione. Questo è ciò che offre il testo dell'Avanprogetto. Faremo riferimento al testo così come alle citazioni del medesimo operate dal Rapporto del Consiglio Generale del Potere Giudiziario, logicamente, sempre nell'ambito delle linee guida del testo.

Come punto di partenza si deve osservare che l'articolato della legge si struttura in cinque capitoli: il primo contiene disposizioni generali nelle quali si trattano questioni come l'ambito operativo della legge, la sua applicazione alle controversie transfrontaliere, gli effetti della mediazione sui termini di prescrizione e decadenza, gli enti di mediazione ed il Registro dei mediatori e degli enti di mediazione la cui gestione spetta al Ministero della Giustizia. Il Capitolo II è dedicato alla disciplina dei principi informatori della mediazione; il Capitolo III contiene uno statuto *de minimis* del mediatore; il Capitolo IV disciplina il procedimento di mediazione, un procedimento semplice e flessibile ma con requisiti imprescindibili per poter attribuire validità all'accordo, tra i quali la regolamentazione della possibile azione di annullamento dello stesso; il Capitolo V disciplina l'esecuzione degli accordi, conformandosi alle previsioni che già esistono nel diritto spagnolo. L'accordo ottenuto all'esito della mediazione è considerato titolo esecutivo laddove sia conforme ai requisiti stabiliti da questa legge, senza escludere che le parti possano liberamente ed in qualsiasi momento elevarlo a scrittura pubblica, producendo la necessaria documentazione circa la procedura di mediazione effettuata. I precedenti capitoli della legge sono completati da disposizioni finali tese ad assicurare il collegamento della mediazione con l'ordinamento giuridico mediante la modifica del Codice Civile, soprattutto per quanto attiene alla natura dell'accordo di mediazione ed alla forza esecutiva del medesimo, nonché

tramite la modifica della Legge sul processo civile, con l'inserimento della mediazione in diretta correlazione col processo (obbligatorietà della stessa in certi casi, possibile rinvio alla procedura di mediazione nell'udienza preliminare (*audiencia previa*), considerazione dell'accordo come titolo esecutivo, possibile azione di annullamento dell'accordo di mediazione, competenza del giudice di prima istanza, riconoscimento ed esecuzione degli accordi di mediazione raggiunti in paesi europei o extraeuropei, ecc).

### 3.1 *Caratteristiche della mediazione*

I. In primo luogo, la mediazione è uno strumento autocompositivo, semplice, snello, efficace ed economico, di gestione e/o risoluzione delle controversie tra gli stessi soggetti in conflitto. Si svolge attraverso un procedimento stragiudiziale ed extragiurisdizionale, informale e privato, di appianamento delle differenze che termina con un possibile accordo al quale l'ordinamento giuridico concede una tendenziale stabilità, simile a quella di una sentenza giudiziale

Il fondamento della mediazione, come di qualsiasi altro strumento di ADR, risiede nell'idea di libertà in quanto solo la volontarietà e la libera decisione delle parti dovrebbero portare al loro impiego. Ciò non esclude che possano esservi delle eccezioni, dei casi nei quali è obbligatorio passare attraverso la mediazione. L'obbligatorietà non appare raccomandabile in un paese come la Spagna nel quale la cultura del processo e della lite ha dominato per secoli. Nella mediazione volontaria è molto più semplice pervenire ad un risultato positivo giacché l'accordo sarà il prodotto di una scelta volontaria essendo gli stessi soggetti in lite ad essersi rivolti alla mediazione per risolvere la controversia. Nonostante questa affermazione, vi è nel testo un caso di obbligatorietà della mediazione: si tratta di quelle controversie per il pagamento di somme fino a 6.000 Euro che non rientrino nelle materia specifiche che, secondo la LEC, debbono essere trattate necessariamente nelle forme del *juicio verbal*<sup>9</sup>; in questi casi si deve passare previamente per un procedimento di mediazione mentre l'Avanprogetto non prende espressamente posizione circa l'obbligatorietà del tentativo in caso di ricorso per ingiunzione.

<sup>9</sup> L'art. 250 LEC prevede un elenco di 13 materie che, specificamente, qualunque sia il valore della pretesa, debbono essere trattate nelle forme del rito *verbal* (tra queste, mancato pagamento di affitti, recupero del pieno possesso di immobile rustico o urbano, sospensione di nuova opera, azione di rettifica dei fatti inesatti o pregiudizievoli...). Ed un secondo criterio in base al quale si stabilisce che, tramite questo giudizio, verranno trattate le pretese il cui valore non superi i 6000 euro, sempre che non si riferiscano ad una delle materie elencate al comma I. Prospettando questo obbligo di mediazione, si attua una sottoposizione obbligatoria ad essa di un importante numero di questioni da trattare secondo il rito *verbal* ma che distorce l'essenza della volontarietà della mediazione, potendo arrivare, in questi casi, a convertirsi in un ostacolo da superare per giungere al processo.

II. In secondo luogo, si insiste sul fatto che la mediazione è uno strumento extraprocessuale ed extragiurisdizionale che si proietta su controversie di diversa indole. Il perché del suo differenziarsi da entrambi i fenomeni, processuale e giurisdizionale, attiene al suo significato intrinseco. Nella mediazione non vi è processo ma procedimento e la funzione che in essa si esplica non è giudicare e far eseguire il giudicato, che è propria della funzione giurisdizionale, bensì avvicinare le parti perché siano loro, e non il mediatore, a raggiungere l'accordo. Da ciò discende che, nel procedimento di mediazione, non si possa affermare che ci troviamo di fronte ad un processo né che la funzione sia quella di risolvere eterocompositivamente la lite. Proprio per questo nella mediazione non vi è processo né giurisdizione. Altra questione è ciò che avviene dopo l'accordo (essendo titolo esecutivo, dovrà essere eseguito in via giudiziale, è possibile chiedere l'annullamento dell'accordo davanti alle corti...).

III. In terzo luogo, la mediazione esige una regolazione limitata, riferita essenzialmente a cos'è la mediazione, qual è il suo obiettivo, il procedimento e gli elementi essenziali dello statuto del mediatore ma sempre nell'ottica della flessibilità. Così, salvando alcune regole fondamentali che riguardano certe garanzie (l'esigenza di riservatezza, di fare salva la presunzione di innocenza in questioni penali, del contraddittorio o ascolto delle parti, forse anche della fissazione di un termine massimo di durata del procedimento...) pare raccomandabile impiegare una certa flessibilità nella conformazione del procedimento, guardando ad elementi come la materia, le persone (possono essere più d'una, persone fisiche e/o giuridiche, ecc.), il numero dei mediatori, la gravità o entità della controversia, ecc.

IV. In quarto luogo, la figura del mediatore è il cardine di questo modello<sup>10</sup>. Né la legge nazionale né quelle autonome limitano ad una determinata professione la funzione di mediatore. Anzi, al contrario, non è possibile, data la varietà di mediazioni che l'ordinamento giuridico è venuto a disegnare, dal punto di vista dei settori coinvolti, limitare o restringere l'esercizio di questa funzione soltanto in capo a determinati professionisti. Si ricordi che i mediatori sono «cittadini tra i cittadini»<sup>11</sup>, frase nella quale si rispecchia questa necessità di vicinanza con le parti e, al tempo stesso, la sensazione di fiducia che deve guidare la relazione tra i soggetti coinvolti ed i mediatori. Ciononostante, è imprescindibile che il mediatore possieda una formazione generale che gli permetta di svolgere questo compito e, soprattutto, che gli consenta di offrire garanzie alle parti che si rivolgono

<sup>10</sup> Secondo l'art. 21, il mediatore sarà designato dalle parti per reciproco accordo e, in mancanza di esso, da un istituto di mediazione. In caso di rinuncia o di necessità di sostituzione, ne verrà designato un altro dalle parti o dall'istituto. Potranno esservi uno o più mediatori, sebbene in quest'ultimo caso, la partecipazione congiunta ad una stessa sessione non comporterà un aumento dei costi, senza pregiudizio di pattuizioni diverse alle quali le parti possano addivenire in casi di mediazione volontaria.

<sup>11</sup> J.F SIX, *Dinámica de la mediación*, Buenos Aires, Paidós, 1997, p. 159.

no al procedimento di mediazione. L'esigenza di una sua preparazione è particolarmente rilevante. Possiamo configurare la figura del mediatore individuale o del Servizio di mediazione. Il mediatore lavora attivamente su e per la soluzione della controversia, sebbene in forma neutrale, indipendente ed imparziale – la legge stabilisce meccanismi relativi all'astensione ed all'allontanamento dalla procedura di mediazione – aiuta due o più persone a comprendere l'origine della diversità delle loro posizioni, a capire le cause e le conseguenze di quanto è avvenuto, a confrontare le loro visioni ed a trovare soluzioni per risolvere i contrasti. La posizione del mediatore è *inter partes*, di avvicinamento delle stesse, in modo tale però da non esporsi a contestazioni circa la sua parzialità rispetto ad alcuni dei soggetti-parti che intervengono nella procedura. Si tratta di una posizione che richiede l'acquisizione di abilità e capacità specifiche. Il mediatore deve pretendere che coloro i quali si avvicinano alla mediazione si sentano a loro agio per potere, di conseguenza, negoziare, concedere e concordare una soluzione consensuale. Pretendere di convertire la mediazione in un succedaneo del processo giudiziale è uno dei maggiori pericoli che ricorrono in questo momento e che non deve arrivare a convertirsi in realtà. In ogni caso il mediatore disporrà di un'assicurazione professionale che possa far fronte alla possibile responsabilità patrimoniale che, se del caso, potrà essere fatta valere nei suoi confronti.

### 3.2 Principi della mediazione

Sebbene alcuni dei principi che debbono predicarsi circa la mediazione risultino intrinsecamente vincolati alle caratteristiche della stessa ed alla definizione di questa istituzione che si sceglie di accogliere, si possono indicare i seguenti principi fondamentali:

A) *Volontarietà*. Nessuno è né deve essere obbligato ad addivenire o a concludere un accordo né a rimanere coinvolto in un procedimento di mediazione se non vuole. Ciò risponde al nucleo stesso della mediazione. Convertire la mediazione in un obbligo ne rafforza la condanna all'insuccesso e attribuisce alla stessa un valore di tutela controllata dallo Stato, diretta dallo stesso e che perde la forza della libertà che la fece nascere e prosperare<sup>12</sup>. A questa caratteristica fa riferimento l'art. 7 del testo.

B) *Principio dispositivo*. Si possono sottoporre a mediazione tutte le controversie insorte in una relazione civile o commerciale, sempre che le parti possano disporre liberamente dell'oggetto. Le parti coinvolte nella

<sup>12</sup> Possiamo ribadire ciò che molte volte abbiamo affermato, ovvero che l'arbitrato è libertà, il che è estensibile ugualmente a una qualsiasi delle forme di ADR che presuppongono una chiara scelta per una via non giurisdizionale. Può vedersi la mia introduzione nel libro *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (S. BARONA VILAR, coord.), Civitas-Thomson, 2004.

lite possono iniziare e terminare volontariamente un procedimento di mediazione in qualunque momento. Ciononostante il ricorso alla mediazione sarà obbligatorio, come segnala l'art. 8, quando così preveda il legislatore processuale. Lo stabilisce la stessa Legge nelle disposizioni finali che modificano la Legge sul processo civile nei termini esposti *supra*. Quando tra le parti in causa esista una clausola scritta, inserita in un contratto o in un separato accordo, che espliciti l'impegno a sottoporre alla mediazione le controversie insorte o che possano insorgere in relazione ad esso, si avvierà il procedimento pattuito in buona fede, prima di rivolgersi alla giurisdizione o ad altra soluzione stragiudiziale. Detta clausola sortirà effetti anche quando la controversia verta sulla validità o esistenza del contratto nel quale sia inserita. Nel caso la controversia riguardi la validità della stessa clausola le parti potranno ritirarsi dalla mediazione nella prima seduta, allegando detta circostanza.

C) *Principio di uguaglianza*. I soggetti che intervengono debbono avere garanzie di piena uguaglianza per tutto il procedimento, in modo da poter mantenere l'equilibrio tra le rispettive posizioni ed il dovuto rispetto per le posizioni avversarie, per i rispettivi punti di vista, ecc., senza che il mediatore possa compiere atti che causino pregiudizio ad alcuno di essi o, se del caso, prendere posizione a favore di uno di loro, incidendo, di conseguenza, sull'interesse degli stessi. A detto principio fa riferimento l'articolo 12.

D) *Principio di neutralità-imparzialità dei mediatori*. I mediatori debbono mantenere un comportamento neutrale ed imparziale. Si dovrà dunque garantire il rispetto dell'equilibrio tra le parti ed il fatto che il mediatore non agisca in pregiudizio o nell'interesse di alcuna di esse. Allo stesso modo, le attività di mediazione si svolgeranno in una forma tale da consentire alle parti in conflitto di raggiungere da sole un accordo di mediazione, non potendo il mediatore imporre alcuna soluzione o misura concreta. Ciò viene stabilito negli artt. 9 e 10 della legge.

E) *Principio di riservatezza*. Una delle maggiori opportunità offerte dal procedimento di mediazione è quella della riservatezza, non solo circa l'esistenza stessa della mediazione ma anche – ovviamente – del suo contenuto, in modo che né i mediatori né le persone che partecipano nell'amministrazione del procedimento abbiano l'obbligo di agire come testimoni in un successivo procedimento giudiziale. In questo modo viene garantito il principio di riservatezza al quale fa riferimento l'art. 11. Nonostante ciò, e pur essendo la riservatezza uno degli elementi essenziali del modello delle ADR che permette di tutelarsi tramite la non diffusione né comunicazione di quanto avvenuto in quest'ambito nei successivi procedimenti giudiziali, il legislatore nazionale, nel testo elaborato tramite il Ministero della Giustizia, ha introdotto una serie di casi nei quali i soggetti sono dispensati da questo dovere di riservatezza. È per questo che l'art. 11 prevede l'esenzione dall'obbligo di non fornire dichiarazioni:

- a) Quando le parti abbiano diversamente concordato, in forma espressa, nell'atto introduttivo.

- b) Quando, previa autorizzazione giudiziale motivata, ciò sia reso necessario da ragioni di ordine pubblico. In particolare, quando così sia richiesto da ragioni di tutela dell'interesse superiore del minore o per la prevenzione di danni all'integrità fisica o psicologica di una persona.
- c) Quando, previa autorizzazione giudiziale motivata, la conoscenza del contenuto dell'accordo sia necessaria per la sua applicazione o esecuzione.
- d) Quando così stabilisca la legislazione processuale.

Questo principio di riservatezza non si riferisce soltanto al mediatore ma deve necessariamente estendersi anche a quanti intervengono nel procedimento, ossia i soggetti che si rivolgono alla mediazione, ai quali è esteso l'obbligo di mantenere la riservatezza nonché ai centri di mediazione nei quali si svolge questa attività. L'esigibilità di questa riservatezza viene sancita attraverso la possibile responsabilità che potrà generarsi in caso di violazione della stessa. Vi è di più, la violazione di quest'obbligo può anche portare all'inabilitazione all'esercizio della mediazione in un momento successivo.

### 3.3 *Procedimento di mediazione*

Tenuti fermi i principi di flessibilità, semplicità e non eccessivo formalismo, la regolazione del procedimento deve avvenire in questi termini. Se la bontà della mediazione risiede proprio nella freschezza e nella flessibilità del sistema rispetto ad un modello più chiuso e rigido com'è quello del processo giudiziale, la risposta aperta del legislatore rispetto al procedimento è uno degli elementi essenziali per garantirne il futuro applicativo. Tutto ciò, sempre con il dovuto rispetto per il principio di uguaglianza delle posizioni degli intervenienti e con la garanzia del rispetto del contraddittorio, così come della necessità che il mediatore agisca nel rispetto del principio di neutralità e di imparzialità.

Si sottolinea, ad esempio, nel progetto di legge sulla mediazione, la necessità del rispetto reciproco e di agire secondo buona fede (art. 12). Si afferma che il rispetto di questa condotta di buona fede è garantito nella misura in cui si impedisce di proporre l'azione giudiziale o extragiudiziale mentre sia pendente il procedimento di mediazione. E, in ogni caso, si esige dalle parti, sempre nella misura del possibile e nei dovuti limiti di questa buona condotta, di prestare, nel procedimento, la loro piena collaborazione ed il loro sostegno permanente all'attività del mediatore, mantenendo il dovuto rispetto per il lavoro e l'attività che svolge.

Una questione di interesse della legge è lo svolgimento della mediazione attraverso i mezzi elettronici (art. 29), in modo tale che l'intero procedimento o solo alcune attività del medesimo possano svolgersi in dette forme. Si prevede addirittura che, nel caso si tratti della pretesa di una somma inferiore ai trecento euro, e salvo che si giustifichi l'impossibilità di alcuno dei partecipanti, la mediazione dovrà necessariamente essere realizzata mediante questi mezzi.

Possiamo sottolineare, tra le caratteristiche del procedimento disciplinato nel testo elaborato dal legislatore spagnolo:

1. *Fase di informazione.* L'art. 19 dispone che, prima dell'avvio del procedimento, il mediatore informi le parti, da un lato, circa i motivi che possono incidere sulla sua imparzialità e, dall'altro, delle caratteristiche della mediazione, del suo costo, dell'organizzazione del procedimento e delle conseguenze dell'accordo eventualmente raggiunto. Si prevede che, nei casi di mediazione obbligatoria, le sessioni informative siano gratuite. La mediazione si considererà esperita con la partecipazione a dette sessioni. L'informazione fornita dal mediatore può essere completata mediante sessioni informative aperte realizzate negli istituti di mediazione o attraverso internet.

2. *Fase della richiesta iniziale.* La domanda può essere presentata da una parte o congiuntamente da entrambe. La si può proporre direttamente davanti ad un mediatore o davanti ad un istituto di mediazione. In essa, a norma dell'art. 20, dovranno essere presenti i dati identificativi delle parti interessate alla mediazione o, se del caso, del ricorrente e del resistente o resistenti nella mediazione, il domicilio o domicilia o un mezzo elettronico di comunicazione mediante il quale possano essere citati, l'oggetto della mediazione richiesta e la data. Si potranno allegare documenti relativi al fondamento delle pretese (con copia per l'altra parte). È importante considerare il fatto che, se si inizia volontariamente una mediazione mentre è in corso un procedimento giudiziale, le parti potranno chiedere la sospensione di quest'ultimo. Le parti concorderanno il luogo nel quale si svolgeranno le sessioni e la lingua o dialetto degli atti.

3. *Introduzione.* Il procedimento inizierà con la sottoscrizione, da parte delle parti e del mediatore, dell'atto introduttivo, del quale si dovranno produrre tanti originali quante siano le parti, consegnandone una a ciascuna e lasciandone una copia al mediatore perché sia conservato nel fascicolo. Nell'atto introduttivo dovranno risultare: a) l'identificazione del mediatore e delle parti; b) l'oggetto della lite; c) il programma delle attività e la durata massima prevista per lo sviluppo del procedimento<sup>13</sup>; d) il costo complessivo della mediazione o le basi per la sua determinazione, con indicazione separata degli onorari del mediatore e di altre possibili tariffe; e) la dichiarazione delle parti della loro accettazione volontaria della mediazione e del fatto che rispetteranno le obbligazioni da essa derivanti.

4. *Svolgimento.* Il mediatore convocherà le parti per ogni sessione con l'anticipo necessario, dirigerà le sessioni e faciliterà l'esposizione delle rispettive

<sup>13</sup> In questo senso l'art. 24 stabilisce che la durata del procedimento sarà la più ridotta possibile e le attività verranno concentrate nel minor numero possibile di sessioni, con una durata massima del procedimento pari a due mesi dalla data della sottoscrizione dell'atto introduttivo, prorogabili, in via eccezionale e di comune accordo tra le parti, per un ulteriore mese.



posizioni e la comunicazione in modo paritario ed equilibrato. Il mediatore potrà comunicare con le parti sia simultaneamente che individualmente, ma si deve dare notizia delle comunicazioni individuali all'altra parte. Di ogni sessione si redigerà processo verbale succinto (recante la durata, la questione trattata, i partecipanti, la data ed il luogo), ed una copia firmata verrà consegnata a ciascuna delle parti mentre l'originale verrà conservato nel fascicolo (assieme ai documenti che non debbono essere restituiti).

5. *Conclusiones del procedimento.* Il procedimento può concludersi con il raggiungimento di un accordo o senza di esso. L'atto conclusivo – redatto dalle parti o dai loro rappresentanti – determinerà la chiusura del procedimento e, se del caso, rifletterà gli accordi raggiunti in modo chiaro e comprensibile o la conclusione della procedura per qualsiasi altro motivo. Verrà sottoscritto da tutte le parti in tanti originali quante siano le parti e consegnato a ciascuna di esse.

### 3.4 *Accordo di mediazione*

L'accordo può avere ad oggetto una parte o tutte le materie sottoposte a mediazione. Dovranno risultare l'identità ed il domicilio delle parti, il luogo e la data di sottoscrizione, le obbligazioni assunte da ciascuna parte ed il fatto che è stato seguito un procedimento di mediazione in conformità ai requisiti stabiliti dalla legge, il mediatore o i mediatori coinvolti e, se del caso, l'istituto di mediazione presso il quale si è svolto il procedimento. Verrà redatto dalle parti o dai loro rappresentanti e dovrà essere firmato da tutte loro e sottoposto al mediatore nel termine massimo di dieci giorni dalla sottoscrizione dell'atto definitivo. Il mediatore ne verificherà la conformità rispetto a quanto concordato tra le parti nell'atto conclusivo e rispetto all'ordinamento giuridico, procedendo, in caso positivo, a sottoscriverlo in presenza delle parti o dei loro rappresentanti. Dell'accordo di mediazione verrà consegnato un esemplare in originale a ciascuna delle parti mentre uno rimarrà al mediatore affinché lo conservi.

Questo accordo avrà valore di titolo esecutivo<sup>14</sup>. Nel caso si lasci decorre il termine di dieci giorni senza sottoporre al mediatore l'accordo di mediazione o senza che, per qualsiasi altro motivo, il mediatore provveda ad apporvi la propria sottoscrizione, le parti potranno chiederne la conversione in atto pubblico. L'atto ha una tendenziale stabilità tra le parti. Sarà tuttavia possibile esperire nei suoi confronti le tradizionali impugnative negoziali, nel termine di decadenza di un anno, qualora esso difetti dei requisiti essenziali (es. indicazione delle parti o loro sottoscrizione) ovvero sia frutto di violenza o raggio<sup>15</sup>. Nel caso di accordo omologato, sarà

<sup>14</sup> Questa attribuzione di efficacia esecutiva all'accordo di mediazione è, in realtà, in nucleo centrale dell'Avanprogetto.

<sup>15</sup> È competente il Giudice di prima istanza del domicilio o residenza del convenuto o di uno qualunque di essi ed il procedimento seguirà il rito *verbal* previsto

altresì disponibile il ricorso per revisione (*revisión*), ai sensi degli artt. 509 e ss. LEC. È imprescindibile una normativa nazionale che conceda questa efficacia esecutiva e processuale al fine di consentire alla normative delle Comunità Autonome di concedere agli accordi adottati in sede di mediazione un valore più ampio rispetto a quello proprio di un mero contratto.

### *Nota bibliografica*

N.Y. GONZÁLEZ-CUELLAR, A. SANZ HERMIDA (coord.), *Mediación: un método de solución de conflictos. Estudio interdisciplinar*, Madrid, Colex, 2010.

C. AZCARRAGA MONSONIS, *ADRs in Spain: Projected Changes for Arbitration and Mediation*, *ZZPInt*, 2009, I, pp. 159-176.

E. NAVARRO CONTRERAS, *El proyecto de Directiva de mediación y la mediación comercial internacional*, in I. BAZAGA FERNANDEZ, M. GONZALO QUIROGA, R. VENTAS SASTRE (coord.), *Metodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Madrid, Dykinson, 2006.

F. ROMERO NAVARRO, *La mediación: una visión plural. Diversos campos de aplicación*, Gobierno de Canarias, 2005.

dalla LEC. In ogni caso, si produrrà la decadenza dalla facoltà di intentare questa azione entro un anno dalla firma dell'accordo e la si potrà proporre soltanto per violazione dei requisiti dell'accordo (violenza o intimidazione).



# CHI VUOL ESSER MEDIATORE? COMPETENZE E RESPONSABILITÀ DEL NUOVO MEDIATORE CIVILE E COMMERCIALE

Francesca Cuomo Ulloa\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Formazione e competenze del mediatore. – 3. Il modello di mediatore e il modello di mediazione ex decreto 28/2010. – 4. Considerazioni conclusive.

## 1. Premessa

Il titolo volutamente ironico di questa relazione allude ad una serie di questioni piuttosto serie che toccano il cuore della nuova disciplina italiana della mediazione introdotta dal decreto legislativo n. 28/2010, in attuazione di quanto disposto dall'art. 60 della legge 69 del 2009. Da un lato, infatti, i criteri di selezione e di accesso all'attività di mediazione («chi vuol essere mediatore», o meglio «chi può essere mediatore?») costituiscono uno degli aspetti più delicati della nuova disciplina, sia per le scelte normative che la loro individuazione presuppone, sia per le conseguenze che da essi derivano in termini di buon funzionamento della riforma. D'altro canto, la voluta assonanza con il noto quiz televisivo, ed il gioco di parole che essa evoca (mediatore, milionario o miliardario) introduce un aspetto forse meno nobile, ma certamente determinante per il decollo della riforma: ossia l'aspetto economico, inteso non soltanto come determinazione della retribuzione del mediatore, ma anche come considerazione dei costi complessivi dell'attività di mediazione, sia nella prospettiva delle parti che detti costi devono sostenere, sia in quella, più generale, dell'accesso alla giustizia<sup>1</sup>.

\* L'Autrice è mediatrice presso la Camera di Commercio di Brescia.

<sup>1</sup> È noto il riferimento di M. CAPPELLETTI, (cfr. spec. M. CAPPELLETTI, B. GARTH, *Access to Justice: the Worldwide Movement to Make Rights Effective: a General Report* in M. CAPPELLETTI (gen. ed.), *Access to Justice*, vol. IV, Milano Alphenaaenderijn, Giuffé-Sijthoff, 1978-79, alla giustizia alternativa, quale terza ondata del movimento dell'*access to justice*; in una prima fase impegnato a promuovere sistemi di assistenza legale per i non abbienti, poi forme di tutela collettiva o di classe ed infine, appunto, il ricorso agli strumenti alternativi di composizione delle controversie, in quanto più accessibili, economici ed informali rispetto al processo giurisdizionale. Sono tuttavia note anche le critiche rispetto a questa impostazione che vorrebbe promuovere l'accesso alla giustizia, paradossalmente allontanando le parti dal processo (cfr. V. DENTI, *I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 410; cfr. anche P.H. LINDBLOM, *La risoluzione alternativa delle controversie – l'oppio del sistema giuridico?*, in V. VARANO (a cura di), *L'altra giustizia*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 219, 233 ss.

È un dato di fatto, del resto, che nel nostro, come in altri ordinamenti, il fenomeno dell'ADR e della mediazione in particolare risulti fortemente influenzato da fattori di ordine economico: nonostante la sua prossimità con il sistema giurisdizionale pubblico, l'ADR rappresenta, infatti, nella maggior parte dei casi un'alternativa privata alla giustizia, alimentata ed animata da logiche tipicamente economiche, così che l'analisi delle nuove discipline deve necessariamente fare i conti, oltre che con i profili giuridici che regolano il funzionamento delle procedure, anche con le dinamiche di mercato che muovono i *fornitori* delle procedure stesse, siano essi organismi di mediazione, mediatori o formatori. Una chiara dimostrazione di quanto appena detto è fornita da quanto sta accadendo in quella vera e propria *industria* che si è sviluppata in questo ultimo anno per *produrre* mediatori che ora attendono di essere arruolati e avviati alla loro nuova attività; ed invero, più ancora che dalla obbligatorietà del tentativo, dipenderà, a mio avviso, dalla competenza ed intraprendenza professionale di questi nuovi professionisti dell'ADR il successo della riforma e la capacità della mediazione di costituire un'alternativa più attraente della giustizia tradizionale o della ben più costosa alternativa arbitrale.

La figura del mediatore (chi può, cioè, o chi vuole fare il mediatore) costituirà dunque il fulcro di questa mia relazione nel corso della quale cercherò, in primo luogo, di delineare quali sono state le scelte normative compiute dal legislatore, con riguardo alla selezione e formazione del mediatore. Dopo di che cercherò di verificare come queste scelte si coordinano con le altre scelte normative compiute in sede di disciplina della mediazione civile e commerciale; dedicando qualche riflessione anche al versante meno nobile (ma, per le ragioni chiarite, determinante) della retribuzione per poi provare a formulare qualche breve considerazione conclusiva sul ruolo del mediatore e della mediazione all'interno del sistema della risoluzione delle controversie.

## 2. *Formazione e competenze del mediatore*

Deputato a svolgere l'attività di mediazione ai sensi del decreto 28/2010 è dunque il *mediatore*, definito nell'art. 1, come «la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo»<sup>2</sup>. Il mediatore opera necessariamente presso un organismo di mediazione ossia – sempre a mente delle definizioni contenute nell'art. 1 –, un ente pubblico o privato presso il quale può svolgersi il procedimento di mediazione: la scelta fatta dal legislatore 2010 è, infatti, quella della mediazione amministrata per il tramite di organismi che partecipano anch'essi attivamente al sistema (al mercato, verrebbe da dire) della mediazione.

<sup>2</sup> Cfr. art. 1, lett. b) del decreto n. 28/2010.

Tornando al mediatore, questo, in parziale continuità con quanto già previsto nella disciplina societaria (con riferimento all'allora denominato 'conciliatore')<sup>3</sup> assume, un ruolo ed una connotazione particolare: benché non si tratti di una nuova professione<sup>4</sup>, quella del mediatore è, infatti, un'attività qualificata e strutturata che presuppone il possesso di determinati titoli ed il superamento di un percorso formativo predeterminato dalla legge. Rispetto a quanto previsto dal decreto n. 5 del 2003 e dal suo decreto attuativo, invero, questa connotazione 'professionalizzante' parrebbe accentuata nel decreto n. 28, in coerenza con il più accentuato riconoscimento del valore dell'attività di mediazione, quale attività o tecnica di composizione delle liti *alternativa* all'attività giudiziale<sup>5</sup>.

Le regole fondamentali al riguardo (per stabilire, chi può esser mediatore) si rinvergono in particolare nella normativa regolamentare emanata il 4 novembre 2010 (d.m. 180/2010) in attuazione degli artt. 16 e ss. del decreto 28. Nella disciplina regolamentare vengono, infatti, individuati i

<sup>3</sup> Ai sensi del decreto n. 222 del 2004 (contenente il regolamento attuativo degli artt. 38 e 40 del D.Lgs. 5/2003) per conciliatore si intende(va) «le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la prestazione del servizio di conciliazione, rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo». L'unica differenza rilevabile tra le due definizioni (al di là dell'adeguamento terminologico) è dunque rappresentata dalla mancata qualificazione della attività svolta in termini di *prestazione*, ma si tratta di differenza che appare priva di significato se è vero che anche nella nuova disciplina l'attività di mediazione parrebbe costituire una *prestazione contrattuale* che il mediatore offre alle parti *per conto* dell'organismo di mediazione (cfr. in tal senso anche la relazione al decreto n. 28, *sub art.* 1, lett. b).

<sup>4</sup> Intesa cioè ai sensi dell'art. 2229 c.c., come attività protetta e riservata agli iscritti in Albi o elenchi: nel decreto 28, infatti, non è previsto un albo dei mediatori, ma un registro degli organismi di mediazione, né è previsto un esame bensì il mero superamento positivo della valutazione effettuata dagli enti formatori all'esito del corso di formazione. D'altro canto, l'attività di mediazione non parrebbe potersi ricondurre alle attività interdette a coloro che non siano iscritti nel Registro: non potendosi nemmeno considerare abusivo *ex art.* 2231, c.c. l'esercizio di attività di mediazione da parte di soggetti non accreditati. Solo però se la mediazione si svolge davanti ad un organismo iscritto e grazie all'intervento di un mediatore accreditato le parti potranno beneficiare delle agevolazioni previste dal decreto in materia fiscale, ed ottenere l'omologazione del verbale ai sensi dell'art. 12.

<sup>5</sup> I criteri previsti dal d.m. 222/04, e poi integrati dal decreto dirigenziale del 24 luglio 2006, infatti, pur introducendo alcuni importanti requisiti per lo svolgimento dell'attività di formazione non garantivano, secondo i più, il necessario livello di qualità, in un ambito – quello della formazione – che, almeno allo stato, risulta assai più remunerativo – e per ciò anche più appetibile – della stessa attività di conciliazione, fino ad oggi limitata a numeri troppo contenuti. I limiti riscontrati rispetto al sistema della formazione societaria riguardavano – a detta dei più – tanto il profilo della durata e dei contenuti dei corsi di formazione; quanto quello della individuazione dei criteri di selezione dei formatori; cfr. al riguardo le considerazioni di R. CAPONI, *La riuscita della legge per ridurre il contenzioso passa per un'adeguata formazione degli operatori*, in *Guida al diritto*, 2010, 12, p. 48.

percorsi formativi e i requisiti professionali necessari per poter svolgere l'attività di mediazione, così come i requisiti e le competenze necessarie per poter svolgere l'attività di formazione da parte degli enti formatori: unici abilitati, a norma dell'art. 16, a formare nuovi mediatori e a valutare la loro preparazione in vista dell'accreditamento presso gli organismi di mediazione. In effetti, confrontando queste nuove disposizioni con quelle già contenute nel decreto 222/04 (di attuazione del decreto n. 5/03) emergono alcune significative differenze le quali, se da un lato confermano l'impressione di una maggiore 'professionalizzazione' della figura del mediatore, dall'altro lato, rivelano però anche la volontà di modificare alcune caratteristiche del 'conciliatore-professionista' che era stato delineato nel 2004. A differenza di quanto prevedeva la disciplina societaria, infatti, la nuova normativa consente l'accesso alla funzione di mediatore a tutti coloro che abbiano conseguito la laurea triennale, o che comunque siano iscritti ad un collegio o ordine professionale. Il possesso di una specifica formazione universitaria in materie giuridiche (o economiche) non costituisce dunque più<sup>6</sup> requisito essenziale per poter svolgere l'attività di mediazione *ex* decreto 28/2010, potendo tale attività essere svolta anche da diplomati, purché iscritti in un collegio professionale, così come da laureati in discipline umanistiche (si pensi in particolare ai laureati in psicologia) o in materie tecniche o scientifiche (medici, ingegneri, ecc.). Tale scelta appare peraltro in sintonia con la soluzione accolta nel decreto 28 con riferimento alla individuazione degli organismi di mediazione. Il decreto 28/2010, infatti, ha previsto, che detti organismi possono essere costituiti, oltre che da enti pubblici e privati 'generalisti', dalle Camere di commercio e dagli ordini forensi, «anche da altri ordini professionali per le materie di loro competenza»: ordini che evidentemente 'arruoleranno' i mediatori tra i propri iscritti, siano essi ingegneri, medici ecc. puntando a svolgere la loro attività soprattutto in alcuni settori di loro specifica competenza professionale.

La qualifica di provenienza così amplificata è peraltro solo uno degli elementi qualificanti previsti dal regolamento attuativo, dovendo i professionisti interessati possedere necessariamente *anche* una specifica formazione in materia di mediazione. Viene, infatti, eliminato nel decreto 28 e nel decreto attuativo, ogni riferimento ai cosiddetti conciliatori di diritto – che erano previsti invece dal d.m. 222/04 per la conciliazione societaria<sup>7</sup> –, dovendo i corsi di formazione (organizzati sulla base delle nuove rego-

<sup>6</sup> Diversamente il decreto 222/04 consentiva di accedere alle funzioni di conciliatore societario ai soli laureati in discipline giuridiche o economiche.

<sup>7</sup> Ai sensi dell'art. 4, comma 4 del decreto n. 222/04, i magistrati in quiescenza, i professori universitari in discipline economiche o giuridiche, e i professionisti iscritti ad albi professionali nelle medesime materie con anzianità di iscrizione di almeno quindici anni potevano essere accreditati presso gli organismi di conciliazione senza aver precedentemente seguito il corso di formazione disciplinato dall'art. 10, comma 5.

le previste dal decreto) essere necessariamente seguiti da tutti coloro che intendono svolgere l'attività di mediazione, a prescindere dalla esperienza professionale già maturata in ambito giuridico, accademico ecc. Invero, proprio in questa formazione specifica, da acquisire mediante la partecipazione ad un percorso formativo articolato (di almeno 50 ore, oltre ad aggiornamenti) si coglie il vero aspetto *professionalizzante* della nuova figura del mediatore, quale professionista specializzato nella composizione mediata delle liti; mentre dai contenuti e dalla completezza di tale formazione (oltre che dalla qualità dei formatori) dipenderà molto della qualità di quei mediatori, potendosi semmai dubitare della congruità del numero di ore rispetto ad una formazione complessa che presuppone l'apprendimento di tecniche (di comunicazione, negoziazione, ascolto) tendenzialmente estranee al bagaglio culturale e al *curriculum* accademico delle varie professioni potenzialmente interessate all'attività di mediazione.

### 3. *Il modello di mediatore e il modello di mediazione ex decreto 28/2010*

Volendo ora inquadrare la figura del mediatore che emerge dalla disciplina del decreto 28/2010 e dal decreto attuativo 180/2010 all'interno di un modello che consenta di operare una comparazione con quanto previsto in altre esperienze straniere, potremmo dunque dire che la disciplina italiana ha optato per un modello 'anormativo' o 'laico' di mediatore, in contrapposizione ad un modello normativo, quale era quello previsto per il conciliatore societario o quello che è stato adottato in altri ordinamenti (come ad esempio l'Argentina che ha riservato agli avvocati l'attività di mediazione o la Germania che pure parrebbe lasciare ampio margine nella definizione dei percorsi formativi alle categorie professionali interessate). Il mediatore del decreto 28 potrebbe, infatti, non avere alcuna competenza giuridica, ed essere invece un medico o un ingegnere, un geometra o uno psicologo, purché adeguatamente formato all'attività di mediazione.

La scelta, come è noto, ha sollevato non poche contestazioni ed è forse all'origine (insieme ad altre scelte 'impopolari': dalla mancata previsione dell'obbligo di assistenza legale, alla previsione del dovere di informativa, sanzionato dall'annullabilità del contratto di assistenza professionale, *ex art. 4, del decreto 28*) della opposizione alla riforma da parte dell'avvocatura, almeno in parte preoccupata dai possibili risvolti di ordine economico di tali scelte, ed in particolare dalla temuta riduzione degli spazi professionali in favore di altri 'operatori'<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Almeno in parte, l'apertura legislativa alle professionalità altre - rispetto a quelle giuridiche - è comunque da ridimensionare una volta calato il nuovo sistema normativo nella concretezza delle scelte che potranno essere compiute dalle parti. Analizzato in una prospettiva di mercato - che tenga conto cioè delle propensioni e delle scelte degli operatori che potranno usufruire in futuro dell'attività di me-



Al di là di queste considerazioni – che (condivisibili o meno) valgono comunque a confermare l'incidenza delle logiche economiche e competitive in questo settore – il modello di mediatore adottato dal nostro legislatore induce a compiere qualche ulteriore riflessione sul ruolo e la funzione che a questo 'professionista' vengono attribuiti con la riforma: se dal modello di mediatore spostiamo l'attenzione al modello di mediazione, infatti, le cose si complicano. Il modello di mediazione che emerge dal decreto 28/2010 è infatti un modello fortemente normativo: lo dimostrano la disciplina della fase iniziale del procedimento, la lettura delle norme dedicate alla domanda di mediazione (con richiesta di indicazione dell'oggetto e delle ragioni della pretesa, in termini non dissimili da quelli richiesti per la redazione di un atto di citazione) e soprattutto la disciplina del procedimento, ed in particolare quella della fase finale, laddove si prevede la *proposta* del mediatore.

La versione iniziale dell'art. 11, invero, (quella comparsa nella bozza dell'ottobre 2009) prevedeva che il mediatore dovesse sempre formulare la proposta, in caso di mancato accordo delle parti. Quella versione è stata poi modificata, su pressione degli 'esperti' della mediazione, per cultura e tradizione più favorevoli ad una mediazione di tipo facilitativo (una mediazione cioè nella quale il mediatore si limita a facilitare l'accordo delle parti, stimolando la comunicazione e la negoziazione, senza suggerire ipotesi di soluzione). Si è così giunti ad una soluzione mediana in forza della quale la proposta *deve* essere formulata dal mediatore, solo se entrambe le parti lo richiedano; come parte del compromesso (che è poi una vera e propria conciliazione tra esigenze deflattive e ragioni della mediazione pura) è però rimasta la possibilità (e non più l'obbligo) per il mediatore di formulare la proposta anche a prescindere dalla richiesta delle parti. Dispone, infatti, l'art. 11 del decreto 28 che «quando l'accordo non è raggiunto il mediatore può formulare una proposta di conciliazione» e che «in ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento».

Il riferimento alla proposta come metodo tipico di svolgimento dell'attività è del resto rimasto anche nella definizione iniziale della *mediazione*: dispone, infatti, l'art. 1 che con tale termine si intende «l'attività svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia,

diazione – lo spazio per le altre professioni, infatti, parrebbe destinato a rimanere minoritario rispetto al predominio che presumibilmente gli avvocati potranno avere sull'attività di mediazione. Il più delle volte, infatti, la scelta della mediazione e del mediatore verrà effettuata dopo che la lite è già stata affidata all'avvocato, le cui indicazioni in merito all'organismo e – di conseguenza – al mediatore, saranno determinanti. Ed è evidente che, nel formulare quelle indicazioni, l'avvocato tenderà nella stragrande maggioranza delle ipotesi, a privilegiare la competenza di un organismo di provenienza forense, valutando come prioritaria nel mediatore la conoscenza del diritto e della materia oggetto del contendere.

sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della controversia». Al di là della evoluzione (a mio avviso positiva) rispetto alla versione iniziale dell'ottobre 2009, rimane pertanto confermata l'importanza, se non proprio la centralità, della proposta del mediatore che questo potrà o dovrà – a seconda delle scelte delle parti<sup>9</sup> – formulare nel caso in cui queste non raggiungano spontaneamente un accordo.

Parimenti evidente appare, poi, alla luce della disciplina contenuta nel decreto 28, il carattere normativo della proposta disciplinata dal decreto 28, non tanto o non solo per il richiamo – pure importantissimo e ricco di implicazioni – contenuto nell'art. 14, comma 2, lett. c) (in forza del quale il mediatore ha l'obbligo di «formulare le proposte di conciliazione nel rispetto del limite dell'ordine pubblico e delle norme imperative»), quanto e soprattutto per il meccanismo sanzionatorio che è previsto dall'art. 13 (in forza del quale quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese e applica le altre sanzioni ivi previste, in danno della parte che quella proposta ha rifiutato). Quello previsto dall'art. 13 è, infatti, un meccanismo sanzionatorio che presuppone una «somiglianza ontologica» tra proposta e sentenza: entrambe *etero-determinate* sulla base delle posizioni delle parti e della loro meritevolezza; ed una altrettanto ontologica *diversità* rispetto all'accordo conciliativo, ricercato e voluto – piuttosto – sulla base di una composizione *autodeterminata* degli interessi delle parti e delle loro specifiche esigenze.

Nella prospettiva dell'attività di mediazione emerge, dunque, un modello di mediazione chiaramente valutativo e fortemente normativo o aggiudicativo, come non a caso lo definisce la relazione al decreto 28, pur premurandosi di precisare che quella prevista dal decreto è una mediazione capace di «abbracciare contemporaneamente forme sia facilitative che aggiudicative». In effetti, la relazione aggiunge che le forme facilitative avrebbero ricevuto un trattamento preferenziale «in virtù della loro duttilità rispetto agli interessi delle parti»: ma di ciò è quanto meno possibile dubitare, essendo concreto il rischio – alla luce delle norme appena esaminate – che l'approccio valutativo 'fagociti' quello facilitativo, soprattutto nella prospettiva deflattiva in cui la riforma si colloca<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Sulla scorta delle previsioni contenute nel decreto 28 e poi specificate nel decreto attuativo 180, la proposta potrebbe essere formulata anche nella *contumacia* di una parte, a condizione che ciò sia previsto nel regolamento dell'organismo adito (il quale potrebbe però invece escludere questa possibilità, prevedendo che il procedimento abbia automaticamente termine qualora la parte chiamata non intenda partecipare).

<sup>10</sup> È pur vero che nel decreto 28 e nel d.m. 180 ci sono alcuni correttivi per evitare che l'approccio valutativo fagociti quello facilitativo: si pensi in particolare alla possibilità di nominare co-mediatori prevista dall'art. 8, e soprattutto alla facoltà concessa agli organismi di prevedere lo 'sdoppiamento' dei mediatori: incaricando un primo mediatore della conduzione della fase facilitativa, e l'altro della formu-

Al di là di questi aspetti – che sono ampiamente trattati nella relazione di Alessandra De Luca, alla quale pertanto mi limito rinviare – quello che più mi preme sottolineare, in questa sede, è l'incongruenza che in tal modo si viene a creare tra il modello di mediatore e il modello di mediazione delineati dal decreto 28: da un lato, infatti, si prevede un mediatore laico non giurista ed esperto in tecniche facilitative di mediazione, dall'altro lato, invece, si disciplina una mediazione tendenzialmente – o almeno potenzialmente – normativa, vuoi per la sua prossimità al giudizio, vuoi e soprattutto per la descritta tendenza aggiudicativa che il legislatore ha dato al procedimento. Siamo pertanto di fronte ad una sovrapposizione di due modelli che è certamente interessante, ma che è anche altamente problematica nel momento in cui, per esemplificare, si dovrà consentire o magari richiedere ad un 'laico' privo di esperienza giuridica, di formulare una proposta aggiudicativa comparabile con la sentenza e conforme alle norme imperative.

Questa apparente problematicità è poi destinata ad accentuarsi, ove si consideri, specie nella prospettiva economica cui si è fatto cenno inizialmente, la possibile convenienza per il mediatore (e per l'organismo che lo ha accreditato) insita nella formulazione della proposta.

La disciplina del compenso del mediatore e degli organismi di mediazione è piuttosto articolata, essendo anch'essa frutto di una serie di compromessi tra esigenze normative diverse: primo fra tutti quello tra l'esigenza di remunerare adeguatamente l'attività di mediazione e quella di non ostacolare l'accesso alla giustizia, attraverso l'imposizione di oneri economici troppo elevati. Per evidenti ragioni di tempo non è dunque possibile approfondire l'argomento in questa sede; tuttavia è opportuno almeno sottolineare come nel regolamento 180 sia prevista una maggiorazione sull'indennità dovuta all'organismo in caso di formulazione della proposta: con conseguente incentivo (per i mediatori) a formulare proposte ed ulteriore spinta verso il modello aggiudicativo o normativo (e conseguente ed ulteriore accentuazione del contrasto con il modello di mediatore).

#### 4. *Considerazioni conclusive*

A questo punto, il discorso potrebbe portare lontano, conducendo ad affrontare temi generali che riguardano, da un lato, la responsabilità e la deontologia del mediatore (al quale è rimessa, in ultima analisi, la valutazione in ordine alla propria adeguatezza e preparazione professionale)

lazione della proposta, sulla base delle sole informazioni che le parti ritengono di fornirgli; in questo modo si dovrebbe limitare il rischio che le parti assumano fin dall'inizio un atteggiamento competitivo e orientato alle posizioni, assumendo per contro, almeno nella prima fase, un atteggiamento collaborativo che consenta di far emergere i rispettivi interessi.

e prospettando, d'altro lato, sotto nuova luce, l'irrisolta e sempre attuale questione della qualità della giustizia privata e alternativa<sup>11</sup>: basti solo pensare, alla luce di quanto detto fin qui, al rischio che proposte inique, formulate da mediatori 'non competenti', possano essere accettate da parti non adeguatamente informate e consapevoli dei loro diritti.

Si tratta di temi importanti e carichi, ciascuno, di molteplici implicazioni che rimandano però ad un unico nodo di fondo: quello del rapporto tra mediazione e diritto, tra mediazione e giustizia<sup>12</sup>, un nodo che il nostro legislatore – con la contraddizione tra modelli di mediazione e modelli di mediatori – ha forse ulteriormente intricato, affidando a *chi vuol essere mediatore* il compito – tutt'altro che agevole – di districarlo.

<sup>11</sup> Su questi temi oggetto di ampia discussione specialmente negli Usa, cfr. J.R. COBEN, *Gollum, Meet Sméagol: A Schizophrenic Ruminaton on Mediator Values Beyond Self-Determination and Neutrality*, in *Cardozo J. of Conflict Resolution*, 2004, vol. 5, p. 65 ss.; J.M. HYMAN, *Swimming in the Deep End: Dealing with Justice in Mediation*, in *Cardozo J. of Conflict Resolution*, 2004, p. 19 ss.; J.L. MAUTE, *Public Values and Private Justice: A Case for Mediator Accountability*, in *Geo. J. Legal Ethics*, 1991, vol. 4, p. 503 ss.

<sup>12</sup> Per un'analisi di questo complesso rapporto si veda nella letteratura americana, E.A. WALDMAN, *Identifying the Role of Social Norms in Mediation: A Multiple Model Approach*, in *Hastings L.J.*, vol. 48, 1996-7, p. 703 ss.; J.M. HYMAN, *Swimming in the Deep End*, cit., p. 37; sia consentito al riguardo rinviare anche alle considerazioni svolte F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, CEDAM, 2008, spec. cap. V.



# MEDIAZIONE E (ABUSO DEL) PROCESSO: LA DEROGA AL PRINCIPIO DELLA SOCCOMBENZA COME INCENTIVO ALLA CONCILIAZIONE

*Alessandra De Luca\**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La ripartizione delle spese processuali come incentivo alla conciliazione: i precedenti nella legislazione italiana. – 3. La disciplina attuale tra codice di rito e decreto legislativo. – 4. Mediazione e abuso del processo.

## 1. *Premessa*

Nel dettare alcuni principi fondamentali relativi alla mediazione in materia civile e commerciale, la direttiva 2008/52/CE<sup>1</sup> si occupa dei rapporti fra mediazione e processo all'art. 5. Tale norma al primo comma prevede la possibilità per il giudice investito di una controversia di invitare le parti a ricorrere alla mediazione (la c.d. mediazione delegata) ovvero a partecipare ad una sessione informativa, mentre al secondo comma<sup>2</sup> lascia espressamente impregiudicata «la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario».

Dei due profili di cui si occupa il secondo comma – la mediazione obbligatoria, da un lato, gli incentivi e le sanzioni, dall'altro – il primo è senza dubbio quello su cui si è maggiormente concentrato l'interesse, e non solo nel nostro ordinamento. Già il Libro Verde del 2002, mentre prendeva espressamente in considerazione le previsioni legislative di ricorso obbligatorio ad

\* L'Autrice è ricercatrice presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Firenze.

<sup>1</sup> Questa direttiva conclude il processo avviato dal Consiglio europeo di Tampere del 1999, che aveva portato alla pubblicazione del Libro Verde sui modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale nel 2002 (COM (2002) 196 def. consultabile in <<http://www.europa.eu.int/>>). Era seguita poi la proposta di direttiva presentata dalla Commissione il 22 ottobre 2004 (COM(2004) 718 def.) che, modificata in misura sensibile (cfr. la risoluzione del Parlamento europeo del 29 marzo 2007 P6\_TA(2007)0088), è stata approvata dal Parlamento europeo il 21 maggio 2008. Per una sintetica ricostruzione delle politiche comunitarie in tema di mediazione precedenti alla direttiva e ulteriori indicazioni bibliografiche al riguardo cfr. A. NASCOSI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 43- 50.

<sup>2</sup> Questa disposizione riproduce nella sostanza il contenuto dell'art. 3, comma 2 dell'originaria proposta della Commissione.

ADR, ignorava la questione degli incentivi e delle sanzioni<sup>3</sup>, di cui non si trova traccia neppure nei *considerando* della proposta di direttiva. Allo stesso modo, i commenti relativi alla proposta e alla direttiva pubblicati in Italia si concentrano sulla questione della cosiddetta giurisdizione condizionata<sup>4</sup>.

Tuttavia, anche gli strumenti per promuovere e/o scoraggiare determinati comportamenti delle parti coinvolte in un tentativo di conciliazione presentano elementi di interesse, specialmente per il giurista italiano.

In particolare, la normativa nazionale di riferimento – il D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 – non si limita a incentivare la conclusione di accordi attraverso la disciplina degli effetti della domanda di conciliazione sui termini di prescrizione e decadenza (art. 5, comma 6), la previsione dell'efficacia esecutiva del verbale di accordo (art. 12) o un regime tributario di favore (art. 17). Il decreto in questione contiene anche una disciplina della ripartizione delle spese del giudizio la cui instaurazione (o prosecuzione) sia dipesa dal mancato raggiungimento dell'accordo. Con tale disciplina, in deroga al principio della soccombenza, si intende sanzionare il comportamento della parte che, rifiutando irragionevolmente una proposta di conciliazione, abbia reso necessario tale giudizio.

I motivi di interesse nei confronti di un simile meccanismo sono molteplici. Si tratta di una previsione relativamente nuova per il nostro ordinamento, che pone alcuni problemi ed è stata oggetto di forti critiche. Il loro esame sarà l'occasione per far emergere alcuni dei tratti salienti della mediazione e del suo rapporto con la giurisdizione statale, anche alla luce di quel concetto di abuso del processo che rappresenta uno degli sviluppi più significativi della giustizia civile italiana negli ultimi anni.

## 2. *La ripartizione delle spese processuali come incentivo alla conciliazione: i precedenti nella legislazione italiana*

Il D.Lgs. n. 28 del 2010, con cui è stata data attuazione alla delega in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie ci-

<sup>3</sup> Cfr. Commissione delle Comunità Europee, *Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale*, COM (2002) 196 def., § 61.

<sup>4</sup> Cfr. ad esempio, sulla proposta di direttiva G.N. GIUDICE, *Dalla commissione europea una scelta «flessibile» per il futuro della mediation*, in *I contratti*, 2005, p. 102 ss., a p. 103; E. MINERVINI, *La proposta di direttiva comunitaria sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2005, p. 427 ss., a p. 431; F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, CEDAM, 2008, pp. 43-44. Sulla direttiva cfr. M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto?*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 357 ss., alle pp. 361-363; E. MINERVINI, *La disciplina comunitaria della conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2009, p. 41 ss., alle pp. 49-50.

vili e commerciali contenuta nell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69<sup>5</sup>, all'art. 11 prevede che il mediatore, quando non sia raggiunto un accordo fra le parti oppure se le stesse ne facciano richiesta, possa formulare una proposta di conciliazione (comma 1). Questa proposta è comunicata per iscritto alle parti, che hanno sette giorni di tempo per prendere posizione (comma 2). Se la conciliazione non riesce il mediatore forma un processo verbale con l'indicazione della proposta (comma 4).

Il successivo art. 13 stabilisce quindi che

Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli artt. 92 e 96 del codice di procedura civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'art. 8, comma 4.

Le citate disposizioni del D.Lgs. n. 28 del 2010 sono l'ultimo prodotto in ordine di tempo di una tendenza legislativa relativamente recente, che ha avuto le sue principali manifestazioni con riferimento alle controversie di lavoro e al rito societario. Nessuna di tali esperienze, peraltro, è in grado di fornire indicazioni utili sull'efficacia dell'impiego della ripartizione delle spese processuali come strumento per promuovere la conciliazione.

Per quanto riguarda le controversie di lavoro, un meccanismo di questo tipo è stato introdotto in connessione con la trasformazione da facoltativo a obbligatorio del tentativo di conciliazione, ad opera del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80<sup>6</sup>.

Secondo l'art. 412 c.p.c. come novellato nel 1998, infatti, nelle cause di lavoro privato il verbale che dà atto del fallimento del tentativo di concilia-

<sup>5</sup> La legge n. 69 del 2009, contenente «Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, nonché in materia di processo civile», non si proponeva come obiettivo principale il recepimento della direttiva comunitaria in tema di mediazione. L'art. 60, comma 2, prevedeva solo che la delega dovesse essere attuata «nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria». Il richiamo alla direttiva comunitaria, peraltro, non è rimasto privo di effetti, avendo comportato, per esempio, l'espressa previsione nel decreto legislativo della conciliazione delegata (art. 5, comma 2), di cui non vi era traccia nella legge delega.

<sup>6</sup> In verità, già l'art. 5 della legge 11 maggio 1990, n. 108 relativo ai licenziamenti individuali nelle imprese di minori dimensioni, oltre a prevedere un tentativo obbligatorio di conciliazione a pena di improcedibilità della domanda, stabiliva che «Il comportamento complessivo delle parti viene valutato dal giudice per l'applicazione degli articoli 91, 92, 96 del codice di procedura civile».



zione deve indicare anche le ragioni del mancato accordo, di cui il giudice del successivo processo «tiene conto» ai fini della decisione sulle spese<sup>7</sup>.

Per le controversie di lavoro pubblico, invece, il D.Lgs. n. 80 del 1998 ha introdotto una disciplina più articolata<sup>8</sup>, prevedendo che, laddove non venga raggiunto un accordo, il collegio di conciliazione formuli una proposta, il cui contenuto verrà riassunto nel verbale di mancata conciliazione con l'indicazione delle valutazioni espresse dalle parti, e stabilendo poi che il giudice valuti «il comportamento tenuto dalle parti nella fase conciliativa ai fini del regolamento delle spese»<sup>9</sup>.

Queste disposizioni intendevano chiaramente esercitare una forma di pressione sulle parti per indurle alla conciliazione preventiva, vista dal legislatore come un mezzo per contenere il carico di lavoro che si sarebbe riversato sui giudici ordinari a seguito del trasferimento della giurisdizione sulle controversie di lavoro con le pubbliche amministrazioni<sup>10</sup>. In entrambi i casi, tuttavia, si tratta di previsioni vaghe, che secondo l'interpretazione prevalente non legittimano una vera e propria deroga al principio della soccombenza<sup>11</sup>.

In ogni caso, la strada dell'obbligatorietà della conciliazione intrapresa per le controversie di lavoro nella prassi si è rivelata poco efficace<sup>12</sup>, tanto che il cosiddetto «collegato lavoro»<sup>13</sup> ha da poco previsto il ritorno alla facoltatività<sup>14</sup>.

<sup>7</sup> Cfr. A. NASCOSI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale*, cit., pp. 283-290.

<sup>8</sup> Disciplina in seguito trasfusa nell'art. 66 del testo unico del pubblico impiego, il D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 recante «Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche».

<sup>9</sup> Cfr. A. NASCOSI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale*, cit., pp. 321-322 e P. MATTEINI, *La conciliazione e l'arbitrato nelle controversie di lavoro dopo il D.Lgs. 80/1998: è stato proprio un fallimento?*, in *Lav. dir.*, 2002, p. 649 ss., alle pp. 650-652. Una previsione analoga sarà introdotta in materia di proprietà intellettuale dal D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68, con l'inserimento dell'art. 194bis nella legge 22 aprile 1941, n. 633.

<sup>10</sup> Cfr., per tutti, S. CHIARLONI, *Prime riflessioni su riforma del pubblico impiego e processo*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 625 ss.

<sup>11</sup> F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., pp. 347-348; A. NASCOSI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale*, cit., pp. 285-286; A. PIZZO FERRATO, *Giustizia privata del lavoro (conciliazione e arbitrato)*, Padova, CEDAM, 2003, pp. 80-81.

<sup>12</sup> Cfr., ad esempio, le osservazioni di F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., pp. 316-317 e i dati riportati da G. TRISORIO LIUZZI, *La conciliazione obbligatoria e l'arbitrato nelle controversie di lavoro privato*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 948 ss., alle pp. 958-959. Almeno in parte diversa la valutazione di A. PIZZO FERRATO, *Giustizia privata del lavoro*, cit., pp. 218-221.

<sup>13</sup> Legge 4 novembre 2010, n. 183, il cui art. 31 ha nuovamente modificato gli artt. 410 ss. c.p.c.

<sup>14</sup> Al riguardo, cfr. A. PICCININI, C. PONTERIO, *La controriforma del lavoro*, in *Quest. giust.*, 2010, p. 389 ss., alle pp. 41-42 e D. BORGHESI, *Le nuove frontiere dell'ar-*

Tale insuccesso, tuttavia, più che all'inadeguatezza in sé del meccanismo predisposto, è riconducibile a circostanze legate a questa specifica esperienza. Da un lato, nelle controversie di lavoro già a partire dagli anni Cinquanta l'attività conciliativa da svolgere prima e al di fuori del processo con l'intervento delle organizzazioni sindacali era stata valorizzata come «mezzo idoneo ad assolvere una funzione stabilizzatrice e dinamica dei rapporti giuridici»<sup>15</sup>. Quindi, laddove era presente un'effettiva disponibilità alla ricerca di un accordo esistevano già tutti gli strumenti per darvi attuazione. Dall'altro lato, gli organi dinanzi ai quali si devono svolgere i tentativi obbligatori di conciliazione non sono stati capaci di far fronte al nuovo carico di lavoro, a causa della mancanza di risorse adeguate<sup>16</sup>. Con la conseguenza, talvolta, di non essere in grado di svolgere il proprio compito neppure in quei casi in cui vi è una reale disponibilità alla conciliazione.

In queste circostanze il passaggio dal regime di facoltatività a quello di obbligatorietà ha finito molto spesso per ridurre il tentativo di conciliazione per le controversie di lavoro ad una mera formalità: la presentazione della richiesta di conciliazione e l'attesa della scadenza del termine per la proposizione dell'azione giudiziale<sup>17</sup>.

È venuto così a mancare lo stesso presupposto per l'operatività della condanna alle spese come strumento per promuovere la conciliazione, ossia la verbalizzazione delle circostanze del mancato accordo. Ecco perché l'esperienza nel settore delle controversie di lavoro non è in grado di fornire informazioni utili circa l'efficacia di un simile meccanismo come incentivo alla conciliazione.

Per quanto riguarda, invece, le controversie in materia societaria, il D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, in parziale attuazione dell'indirizzo emerso dalla Commissione di studio per la riforma del processo civile presieduta dal professor Vaccarella<sup>18</sup>, aveva abbandonato l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione prevedendo invece una serie di disposizioni dal chiaro intento promozionale<sup>19</sup>. Tra queste la previsione per cui, in caso di insuccesso del tentativo, ciascuna delle parti avrebbe dovuto prendere posizione rispetto ad una proposta formulata dal conciliatore ovvero indicare le condizioni alle quali era disposta a transigere. Al giudice era quindi conferito

*bitrato del lavoro secondo il disegno legge n. 1441 quater, in Lav. dir., 2009, p. 13 ss., alle pp. 15-16.*

<sup>15</sup> N. TROCKER, *La conciliazione come metodo alternativo di risoluzione delle controversie nell'esperienza dell'ordinamento italiano tra obiettivi di politica legislativa e profili di compatibilità costituzionale*, in V. VARANO (a cura di), *L'altra giustizia*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 317 ss., a p. 330.

<sup>16</sup> P. MATTEINI, *La conciliazione e l'arbitrato*, cit., p. 657.

<sup>17</sup> Cfr. fra gli altri, A. NASCOSI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione*, cit., pp. 361-363.

<sup>18</sup> R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR («Alternative Dispute Resolution»)*, in *Foro it.*, 2003, V, 165, c. 171.

<sup>19</sup> Cfr. N. TROCKER, *La conciliazione*, cit., pp. 326-327 e 345-347.

il potere di tenere conto della mancata comparizione di una delle parti e delle posizioni espresse, documentate dal conciliatore in apposito verbale, al fine della decisione sulle spese processuali. In particolare, a seguito del confronto con il contenuto della sentenza che definiva il processo, il giudice avrebbe potuto, oltre che applicare la norma sulla responsabilità aggravata (art. 96 c.p.c.), «escludere in tutto o in parte la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato la conciliazione» e «condannarlo, in tutto o in parte, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente»<sup>20</sup>. Non solo una compensazione o l'esclusione della ripetizione, quindi, ma una vera e propria deroga al principio della soccombenza<sup>21</sup>.

Quest'ultima previsione, oggetto di critiche in nome della salvaguardia del carattere volontaristico della conciliazione e del principio di riservatezza<sup>22</sup>, è stata quasi subito modificata dall'art. 4 del D.Lgs. 6 febbraio 2004, n. 37. Secondo la versione novellata, la formulazione della proposta da parte del conciliatore era subordinata alla richiesta congiunta delle parti, ma veniva lasciata aperta la questione se il mediatore dovesse in ogni caso indicare nel verbale di mancata conciliazione le rispettive posizioni, affinché il giudice ne tenesse conto in sede di decisione circa le spese del giudizio<sup>23</sup>.

Neanche l'esperienza applicativa del regime introdotto dal D.Lgs. n. 5 del 2003, peraltro, pare in grado di fornire utili informazioni sull'efficacia della ripartizione delle spese come strumento di promozione della

<sup>20</sup> Art. 40, commi 2 e 5 del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, abrogato dal D.Lgs. n. 28 del 2010. L'art. 16, comma 2, del D.Lgs. 5 del 2003 prevedeva altresì la possibilità di esperire un tentativo di conciliazione giudiziale e conferiva al giudice la facoltà di tenere conto della mancata comparizione o del rifiuto irragionevole di una proposta conciliativa in sede di distribuzione delle spese di lite, «anche ponendole, in tutto o in parte, a carico della parte formalmente vittoriosa». Cfr. D. BORGHESI, *La conciliazione in materia societaria*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 225 ss., alle pp. 226-228; E. MINERVINI, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie in materia societaria*, in *Le società*, 2003, p. 657 ss., alle pp. 661-662.

<sup>21</sup> Così anche L. PASSANANTE, *Modelli di tutela dei diritti*, Padova, CEDAM, 2007, p. 296 ed E. MINERVINI, *La conciliazione stragiudiziale*, cit., p. 662.

<sup>22</sup> Cfr., ad esempio, C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *La normativa italiana in materia di conciliazione "convenzionale"*, in M. RUBINO-SAMMARTANO (a cura di), *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, Zanichelli, 2009, p. 1215 ss., alle pp. 1225-1226; P. BARTOLOMUCCI, *La conciliazione stragiudiziale nella riforma del diritto societario*, in G. ALPA, R. DANOVÌ (a cura di), *La risoluzione stragiudiziale delle controversie il ruolo dell'avvocatura*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 405 ss., alle pp. 455-460, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

<sup>23</sup> M.F. GHIRGA, *Conciliazione e mediazione alla luce della proposta di direttiva europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 463 ss., alle pp. 487-490, ove si conclude che le posizioni assunte dai litiganti dovessero essere verbalizzate, poiché in caso contrario l'applicazione delle sanzioni processuali previste dal comma 5 avrebbe finito per dipendere dalla scelta delle parti di richiedere al conciliatore la formulazione della proposta. In senso contrario cfr. invece, P. BARTOLOMUCCI, *La conciliazione stragiudiziale*, cit., pp. 461-462, le cui conclusioni si fondano sul principio volontaristico quale fulcro del procedimento di mediazione.

conciliazione. Il ricorso alla mediazione in questo ambito, infatti, risulta essere stato assai scarso<sup>24</sup>, probabilmente anche in ragione dell'insuccesso del rito societario, un insuccesso tanto clamoroso da indurre il legislatore alla sua abrogazione nel 2009<sup>25</sup>.

Pur mancando riscontri empirici dell'efficacia del riparto delle spese come strumento per promuovere la conciliazione, questo meccanismo è stato riproposto dall'art. 45 della legge n. 69 del 2009, che ha modificato il primo comma l'art. 91 c.p.c. introducendo una previsione analoga (anche se non identica, come vedremo meglio più avanti) a quella dell'art. 13 del D.Lgs. n. 28 del 2010. Secondo la versione novellata della norma del codice di rito, il giudice «Se accoglie la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa, condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta, salvo quanto disposto dal secondo comma dell'articolo 92».

### 3. *La disciplina attuale tra codice di rito e decreto legislativo*

La stessa legge n. 69 del 2009, dunque, contiene due disposizioni intese a sanzionare, e prima ancora a scoraggiare, il rifiuto irragionevole di una proposta conciliativa agendo sulla ripartizione delle spese del giudizio<sup>26</sup>. Da un lato, l'art. 45, che introduce una serie di modifiche nel libro I del c.p.c., incluso l'emendamento al primo comma dell'art. 91; dall'altro lato, l'art. 60, contenente la delega attuata con il D.Lgs. n. 28 del 2010, il

<sup>24</sup> D. CUTOLO, *La conciliazione stragiudiziale societaria*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 764 ss., alle pp. 764-765. Ma anche l'ultimo rapporto ISDACI conferma l'irrelevanza in termini quantitativi della conciliazione nella materia societaria. V. BONSIGNORE, *La diffusione della giustizia alternativa in Italia nel 2008: i risultati di una ricerca*, in ISDACI, *Terzo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, 2010, in <<http://www.isdaci.it/>>, p. 13 ss., alle pp. 53-65.

<sup>25</sup> Art. 54 legge 18 giugno 2009, n. 69.

<sup>26</sup> Nessuna delle due disposizioni, invece, ripete la previsione contenuta nell'art. 40, comma 5, del D.Lgs. n. 5 del 2003 secondo la quale al giudice era conferito il potere di valutare ai fini della decisione sulle spese processuali anche la mancata comparizione di una delle parti dinanzi al conciliatore. In risposta al suggerimento delle commissioni parlamentari, invece l'art. 8, comma 5 del D.Lgs. n. 28 del 2010 prevede il potere del giudice di desumere argomenti di prova da tale circostanza. Va peraltro rilevato che secondo l'art. 7, comma 2, lettera b) del regolamento attuativo, il d.m. 18 ottobre 2010, n. 180, nei regolamenti degli organismi di mediazione può essere prevista la possibilità per il mediatore di formulare la proposta ai sensi dell'art. 11 del decreto legislativo «anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento». In questo modo è stata recuperata la possibilità che il meccanismo incentivante/sanzionatorio previsto dall'art. 13 del decreto legislativo operi anche con riferimento alla mancata comparizione, rimettendo però al mediatore la valutazione circa l'opportunità di porre in essere le condizioni per la sua operatività.

quale alla lettera p) prevede il criterio direttivo attuato dagli artt. 11 e 13 del decreto stesso.

Quale il rapporto fra tali disposizioni?

La norma del codice di rito, dato l'ampio tenore letterale, ha ad oggetto qualsiasi proposta formulata nell'ambito di un tentativo di conciliazione, sia questo giudiziale o stragiudiziale<sup>27</sup>. Le disposizioni del decreto legislativo, invece, regolano solo l'ipotesi, peraltro più frequente<sup>28</sup>, in cui la proposta conciliativa venga formulata nell'ambito di un tentativo di conciliazione stragiudiziale da parte del mediatore. Quindi si può concludere che l'art. 91 c.p.c. contenga la disciplina generale, mentre gli artt. 11 e 13 del D.Lgs. n. 28 del 2010 dettano una disciplina speciale.

Ma quali sono le ragioni della scelta di prevedere una disciplina speciale per questa fattispecie?

Innanzitutto, l'art. 11 del decreto legislativo integra la disciplina generale regolando la formulazione e l'accettazione della proposta nell'ambito del tentativo di conciliazione svolto da un mediatore. In secondo luogo, il legislatore ha ritenuto opportuno dettare una particolare disciplina delle conseguenze sanzionatorie in sede di condanna alle spese, che si affianca a quella del codice di rito.

Soffermiamoci adesso su tale disciplina, per passare poi ad esaminare quella relativa alla formulazione della proposta di conciliazione.

Ebbene, mentre l'art. 91 c.p.c. si limita a porre tutte le spese del processo riferibili al periodo successivo alla formulazione della proposta a carico della parte che l'ha rifiutata, l'art. 13 del decreto legislativo prevede anche l'estensione di tale regime sanzionatorio alle spese del procedimento di mediazione e la condanna al pagamento di una somma ulteriore all'erario<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Cfr. I. PAGNI, *La "riforma" del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1309 ss., a p. 1320. Si ricordi che anche il consulente tecnico può formulare la proposta di conciliazione, sia nell'ambito dello svolgimento delle ordinarie operazioni peritali, sia in sede consulenza tecnica preventiva ai sensi dell'art. 696 bis c.p.c. Cfr., al riguardo, A. TEDOLDI, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 805 ss., a p. 816. Sulla possibile provenienza della proposta conciliativa ex art. 91 c.p.c. cfr. D. POTETTI, *Novità della l. n. 69 del 2009 in tema di responsabilità aggravata*, in *Giur. merito*, 2010, p. 936 ss., alle pp. 938-939.

<sup>28</sup> Del sostanziale fallimento del tentativo di conciliazione giudiziale ha preso atto il legislatore con la novella del 2005, che ha trasformato il tentativo di conciliazione giudiziale da obbligatorio a facoltativo. Cfr. al riguardo, L. BREGGIA, *Il tentativo di conciliazione e l'imparzialità del giudice*, in *Giur. merito*, 2008, p. 571 ss.

<sup>29</sup> Sia l'art. 91 c.p.c. che l'art. 13 del D.Lgs. n. 28 del 2010, peraltro, innovando rispetto alla normativa precedente, prevedono che la disciplina sanzionatoria operi solo con riferimento alle spese processuali successive alla formulazione della proposta. In pratica, però, nella maggior parte dei casi il tentativo di conciliazione si sarà svolto prima dell'instaurazione del giudizio e pertanto in tali casi la deroga al principio della soccombenza riguarderà i costi dell'intero processo. D'altronde, laddove invece la proposta sia formulata nel corso del giudizio, come è stato giustamente osservato, sarebbe stato più coerente con lo scopo perseguito applicare tale deroga

L'estensione del regime delle spese di lite ai costi del procedimento di mediazione<sup>30</sup> operata dall'art. 13 appare come una integrazione della disciplina generale che discende delle peculiarità di tale ipotesi di proposta conciliativa. A differenza di quanto accade nella conciliazione giudiziale, in questo caso c'è un procedimento di mediazione, svoltosi per lo più prima dell'instaurazione del giudizio<sup>31</sup> e affidato ad un professionista (e in cui possono intervenire altri professionisti in veste di esperti<sup>32</sup>). Tutto ciò comporta dei costi ai quali, essendo stati sostenuti anteriormente alla formulazione della proposta, in assenza di una previsione espressa, non può applicarsi il regime derogatorio dettato per le spese di lite. Esigenze di coerenza suggeriscono però di regolare l'allocazione di tali costi attraverso l'estensione della disciplina prevista per le spese di lite.

La previsione aggiuntiva di una vera e propria sanzione pecuniaria, invece, appare come il segno dell'intento del legislatore di rafforzare l'efficacia dissuasiva del regime di ripartizione delle spese, riconoscendo al contempo che la condotta della parte ha arrecato un pregiudizio alla collettività oberando il sistema processuale con una lite che avrebbe potuto e dovuto essere evitata<sup>33</sup>.

alle spese successive non alla formulazione della proposta ma alla scadenza del termine per la sua accettazione. Cfr. R. GIORDANO, *Rifuto della proposta conciliativa e condanna alle spese*, in F.A. GENOVESE, C.I. RISOLO, *La riforma del processo civile*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 58 ss., a p. 62.

<sup>30</sup> Il comma 2 del medesimo art. 13 prevede inoltre che, se il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta ma esistono «gravi ed eccezionali ragioni», il giudice possa escludere la ripetizione di tali spese in favore della parte vincitrice.

<sup>31</sup> L'art. 5, comma 2 del D.Lgs. n. 28 del 2010 prevede anche la possibilità della cosiddetta mediazione delegata, ma si tratta di una pratica che, in assenza di esposte previsioni legislative, finora si è sviluppata solo in qualche ufficio giudiziario. Cfr., ad esempio, l'esperienza fiorentina del Progetto Nausicaa, (<<http://www.progettonausicaa.it/>>) o il Progetto Conciliamo di Milano. R. CAPONI, *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d.leg. 4 marzo 2010 n. 28). Quadro generale*, in *Foro it.*, 2010, V, 89 ss., c. 93) e M. MARINARI, *La nuova disciplina della mediazione nelle controversie civili*, in F.A. GENOVESE, C.I. RISOLO, *La riforma del processo civile*, cit., pp. 512-513.

<sup>32</sup> Art. 8, comma 4, del D.Lgs. n. 28 del 2010.

<sup>33</sup> F. CUOMO ULLOA, *Novità in materia di conciliazione e mediazione*, in *I contratti*, 2009, p. 640 ss., a p. 644, ove giustamente si osserva inoltre che, se queste sono le motivazioni, a maggior ragione la sanzione dovrebbe essere applicabile anche alla parte che abbia rifiutato la proposta conciliativa e alla fine del giudizio risulti addirittura soccombente.

Peraltro, può essere interessante notare come la Relazione tecnica relativa allo Schema di decreto legislativo del Servizio del bilancio del Senato abbia stimato in 17 milioni di euro l'anno il gettito che potrebbe derivare da tale disposizione «qualora il giudice, nell'ipotesi prudenzialmente stimata del 40% dei casi, definisca il processo con provvedimento corrispondente interamente al contenuto della proposta di accordo formulata dal mediatore», rilevando come tale somma andrebbe a compensare la riduzione delle entrate derivante dal mancato versamento del contributo unificato in tutti quei casi in cui sia raggiunto un accordo prima dell'instaurazione

Sotto questo profilo, quindi, la disciplina speciale risponde ad un logica chiara e ragionevole. Vi sono invece due ulteriori aspetti riguardo ai quali l'art. 13 del D.Lgs. n. 28 del 2010 diverge dalla disciplina generale dell'art. 91 c.p.c. che generano qualche perplessità.

Innanzitutto, presupposto per l'applicazione del nuovo art. 91 del codice di rito è che il provvedimento conclusivo del giudizio riconosca le pretese della parte vittoriosa *in misura non superiore* alla proposta conciliativa, mentre l'art. 13 del decreto legislativo si applica solo laddove tale provvedimento *corrisponda interamente* al contenuto della proposta.

Questo è senz'altro un punto delicato del meccanismo di cui si discute, dal momento che l'ottica della mediazione – si dice – «non è quella dell'alternativa “torto-ragione”, e neppure quella della transazione su un solo rapporto, ma è quella più vasta della negoziazione, che di certo includerà la sistemazione della specifica controversia, senza peraltro escludere la modifica e la costituzione di nuovi rapporti»<sup>34</sup>. Non si può escludere, però, che vi siano casi in cui il contenuto della proposta e quello della sentenza siano omogenei e quindi confrontabili<sup>35</sup>. E in questi casi il meccanismo sanzionatorio potrà senz'altro trovare applicazione<sup>36</sup>.

Stando alla lettera delle due disposizioni, tuttavia, il rifiuto di una proposta che all'esito del giudizio si riveli addirittura più vantaggiosa per la parte che non l'ha accettata – ipotesi forse non molto frequente, ma comunque possibile – risulta compreso nell'ambito applicativo dell'art. 91 c.p.c. ma non in quello dell'art. 13 del decreto legislativo.

Ad una diversa interpretazione dell'art. 13<sup>37</sup> ostano non solo la formulazione linguistica della disposizione, ma anche il testo della legge delega, che in questa parte è riprodotto pressoché alla lettera<sup>38</sup>, e la Relazione

del giudizio. Servizio del bilancio del Senato, *Nota di lettura n. 58* del novembre 2009, in <<http://www.senato.it/documentazione/bilancio/>>, pp. 4-8.

<sup>34</sup> V. VIGORITI, *La proposta di direttiva europea sulla mediation*, in *Rass. forense*, 2005, p. 539 ss., a p. 540.

<sup>35</sup> Anzi, c'è chi sostiene che, proprio in quanto volta a consentire l'operatività del meccanismo previsto dall'art. 13 del decreto legislativo, la proposta del mediatore non dovrebbe esorbitare dai limiti del rapporto in contestazione. M.M. ANDREONI, S. ROMANO, *Commento all'art. 11*, in A. CASTAGNOLA, F. DELFINI (a cura di), *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*, Padova, CEDAM, 2010, p. 171 ss., alle pp. 186-187.

<sup>36</sup> Cfr., nello stesso senso, M. FABIANI, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, in *Le Società*, 2009, p. 1142 ss., a p. 1149. Più opinabili, invece, per la loro vaghezza, le ipotesi ricostruttive fondate sulla valutazione da parte del giudice dell'esistenza di un interesse alla prosecuzione del processo della parte che non ha accettato la proposta. D. POTETTI, *Novità della legge n. 69 del 2009*, cit., p. 940.

<sup>37</sup> M. FABIANI, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, cit., p. 1149.

<sup>38</sup> Art. 60 legge 18 giugno 2009, n. 69, comma 3, lettera p): «prevedere, nei casi in cui il provvedimento che chiude il processo corrisponda interamente al contenuto dell'accordo proposto in sede di procedimento di conciliazione, possa escludere [...] e, inoltre, possa condannare [...]».

illustrativa dello schema di decreto legislativo, secondo la quale le severe conseguenze previste dal comma 1 «sono destinate a operare solo in caso di integrale coincidenza tra proposta e provvedimento», mentre «al di là di questa ipotesi, l'uso strumentale della mediazione e il comportamento processuale scorretto o ostruzionistico comunque autorizzano il giudice a tenerne conto all'atto della regolazione delle spese»<sup>39</sup>.

Nasce allora il problema di quale sia il regime applicabile alle ipotesi in cui il provvedimento che pone fine al giudizio riconosca all'attore una somma inferiore a quella contenuta nella proposta conciliativa formulata dal mediatore ai sensi dell'art. 11 del decreto legislativo.

Una prima alternativa è che, in mancanza di previsioni nella disciplina speciale, da tale circostanza non derivi alcuna conseguenza in tema di riparto delle spese di lite. Una seconda alternativa è che trovi applicazione il regime sanzionatorio generale, meno rigoroso, previsto dall'art. 91 c.p.c. In entrambe le ipotesi le conseguenze per la parte che ha impedito la conciliazione risulterebbero meno gravi rispetto a quelle derivanti dal rifiuto di una proposta interamente corrispondente al provvedimento conclusivo del giudizio, nonostante in questo caso il rifiuto appaia ancora meno giustificabile.

Sotto tale profilo, quindi, la formulazione del novellato art. 91 c.p.c., nella parte in cui include espressamente nel proprio ambito applicativo tutte le ipotesi in cui il provvedimento che pone fine al giudizio riconosca all'attore una somma uguale o inferiore a quella contenuta nella proposta conciliativa, sarebbe stata senz'altro da preferire anche per l'art. 13 del decreto legislativo.

Un'ulteriore e più rilevante differenza fra le due disposizioni riguarda la natura del potere del giudice. Il riferimento al carattere 'ingiustificato' del rifiuto della proposta contenuto nel novellato art. 91 c.p.c., infatti, conferisce una certa discrezionalità nell'applicazione della sanzione in sede di condanna alle spese<sup>40</sup>. L'art. 13 del D.Lgs. n. 28 del 2010, invece, è formulato in modo da non lasciare al giudice margini di apprezzamento al riguardo<sup>41</sup>, sebbene i termini impiegati della legge delega<sup>42</sup> sembrassero configurare un potere discrezionale.

A parte la questione del rapporto fra legge delega e decreto delegato, anche sotto questo profilo la soluzione codicistica pare francamente preferibile. Nonostante la sostanziale coincidenza fra sentenza e proposta

<sup>39</sup> Schema di decreto legislativo recante: «Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali» – Relazione illustrativa, in <<http://www.giustizia.it/>>.

<sup>40</sup> S. MENCHINI, *Art. 91*, in G. BALENA, R. CAPONI, A. CHIZZINI, S. MENCHINI, *La riforma della giustizia civile*, Torino, UTET, 2009, p. 23 ss., a p. 24.

<sup>41</sup> Il giudice «esclude» e «condanna».

<sup>42</sup> Cfr. *supra* nota 38.



conciliativa, infatti, non si può escludere che in presenza di determinate circostanze l'applicazione del regime sanzionatorio in sede di ripartizione delle spese di lite possa risultare lesiva del diritto di difesa e produrre un'ingiustizia<sup>43</sup>. L'attribuzione al giudice del potere di apprezzare tali circostanze sarebbe senz'altro il modo migliore per ovviare a simili inconvenienti.

Passando ad esaminare la disciplina della formulazione proposta del mediatore, come sopra rilevato, questa è contenuta nel solo decreto legislativo il quale, all'art. 11, comma 1, stabilisce che il mediatore ha la facoltà di avanzare una proposta di conciliazione in caso di mancato raggiungimento di un accordo amichevole, mentre vi è obbligato ogniqualvolta vi sia una concorde richiesta della parti<sup>44</sup>.

Secondo il primo schema di decreto predisposto del Governo, invece, in caso di mancato accordo il mediatore sarebbe sempre stato tenuto a formulare la proposta di conciliazione. Questa disposizione era stata fortemente criticata in dottrina<sup>45</sup> in quanto indice dell'adesione del legislatore ad una concezione «errata e riduttiva»<sup>46</sup> della conciliazione.

Da un lato, infatti, è convinzione diffusa che le parti saranno veramente disponibili a quella collaborazione che è il presupposto necessario della conciliazione solo laddove siano sicure che dalle informazioni emerse e dalle posizioni assunte nel corso del tentativo di conciliazione non potrà derivare alcun pregiudizio alla loro posizione nell'eventuale giudizio. Tale esigenza, che spiega tutta l'enfasi sul requisito della riservatezza nella direttiva comunitaria e poi nello stesso decreto legislativo, sarebbe frustrata da disposizioni come quella in esame che richiedono al giudice di tener conto di quanto accaduto nel corso del tentativo di conciliazione<sup>47</sup>. Dall'altro lato, si criticava l'adesione del legislatore a un modello di mediazione 'valutativa' (ovvero destinata a concludersi con una valutazione della fondatezza in diritto delle rispettive pretese), laddove invece è la mediazione di tipo 'facilitativo' (mirante al soddisfacimento degli interessi

<sup>43</sup> Così anche P. PORRECA, *La riforma dell'art. 96 c.p.c. e la disciplina delle spese processuali nella l. n. 69 del 2009*, in *Giur. merito*, 2010, p. 1834 ss., a p. 1849 e M.M. ANDREONI, *Commento all'art. 13*, in A. CASTAGNOLA, F. DELFINI (a cura di), *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 204 ss., a p. 210.

<sup>44</sup> «Quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento».

<sup>45</sup> Cfr., ad esempio, F. DELFINI, *La mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali ed il ruolo dell'Avvocatura*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 131 ss., a p. 133 e M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 343 ss., alle p. 355-357, ove la disposizione originaria viene definita inutile se non addirittura dannosa.

<sup>46</sup> Sono le parole impiegate da F.P. LUISSO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009 p. 1257 ss., a p. 1264.

<sup>47</sup> Cfr., ad esempio, F.P. LUISSO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1201 ss., alle p. 1216-1219.

della parti)<sup>48</sup> che rappresenta la forma assolutamente prevalente<sup>49</sup> e in cui si esprime l'autentico valore aggiunto dell'istituto<sup>50</sup>.

La disposizione nella sua versione definitiva, invece, può essere interpretata non come l'adesione del legislatore al modello valutativo, quanto piuttosto come la previsione di un procedimento di mediazione articolato in due fasi, una necessaria, l'altra eventuale. Secondo questo modello, inizialmente il mediatore perseguirebbe la ricerca di un accordo amichevole in veste di facilitatore, il che rappresenterebbe la soluzione ottimale, e solo in un secondo momento potrebbe passare a vestire i panni del valutatore<sup>51</sup>.

Peraltro, dalla lettura del comma 4 del medesimo art. 11<sup>52</sup> sembra che in caso di fallimento del tentativo di conciliazione il mediatore sia sempre tenuto alla formulazione di una proposta. Questa incongruenza fra le due disposizioni, che probabilmente è soltanto il frutto del mancato adeguamento del comma 4 dell'originario schema di decreto alla modifica introdotta nel comma 1, non pare aver attratto molto l'attenzione dei commentatori<sup>53</sup>. In ogni caso, alla luce dell'*iter* legislativo, è chiaro tale disposizione andrà interpretata nel senso che la formulazione della proposta da parte del mediatore non sia obbligatoria.

Il punto veramente controverso, in verità, sono le condizioni per il passaggio dalla fase facilitativa a quella valutativa. La possibilità che la proposta venga avanzata dal mediatore in assenza di una concorde richiesta delle parti, infatti, continua ad essere considerata da molta dottrina quanto mai inopportuna e pericolosa per le medesime ragioni che avevano indotto a criticare la versione originaria dell'articolo<sup>54</sup>.

<sup>48</sup> Per questa distinzione, cfr., tra gli altri, R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale*, cit., c. 167.

<sup>49</sup> G. DE PALO, *Le procedure primarie di ADR*, in M. RUBINO-SAMMARTANO (a cura di), *Arbitrato, ADR, conciliazione*, cit., p. 1189 ss., alle pp. 1194-1195.

<sup>50</sup> F.P. LUIO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, cit., pp. 1203-1204.

<sup>51</sup> È stata peraltro segnalata la difficoltà di contemperare i due approcci in un medesimo procedimento. F. CUOMO ULLOA, *Lo schema di decreto legislativo in materia di mediazione e conciliazione*, in *I contratti*, 2010, p. 209 ss., a p. 212; M.M. ANDREONI, S. ROMANO, *Commento all'art. 11*, cit., pp. 174-177.

<sup>52</sup> «Se la conciliazione non riesce, il mediatore forma processo verbale con l'indicazione della proposta».

<sup>53</sup> Cfr. però, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 653 ss., a p. 669 e G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in *Foro it.*, 2010, V, 146, c. 148.

<sup>54</sup> Cfr., ad esempio, V. VIGORITI, *Nodo dell'organizzazione e limature tecniche ma l'istituto resta un'opportunità per i legali*, in *Guida al diritto*, 24 aprile 2010, p. 23 ss., alle pp. 26-27; F.P. LUIO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, cit., p. 1265. Queste preoccupazioni hanno anche indotto a suggerire alcuni possibili correttivi. Ad esempio, che la disciplina in parola trovi applicazione solo nei casi in cui la mediazione è imposta dalla legge o dall'accordo delle parti, non anche qualora

#### 4. *Mediazione e abuso del processo*

Le critiche appena illustrate guardano alla disciplina degli artt. 11 e 13 del decreto legislativo dal punto di vista dei suoi effetti sul procedimento di mediazione. Forse, però, potrebbe essere utile guardare alla medesima disciplina dal punto di vista delle conseguenze sul giudizio.

Invero, il legislatore nazionale pare essersi posto prevalentemente in questa ottica. Anche l'ultimo provvedimento, infatti, conferma l'impressione già a suo tempo formulata con riferimento ai precedenti interventi normativi in tema di conciliazione<sup>55</sup>, che il *favor* nei confronti della mediazione sia generato principalmente dall'intento di dirottare una quota crescente del contenzioso al di fuori delle corti. L'intento emerge con tutta evidenza dall'art. 5 del D.Lgs. n. 28 del 2010<sup>56</sup>, che rende obbligatorio a pena di improcedibilità il tentativo di conciliazione per un'ampia gamma di controversie. L'elenco include non solo alcune tipologie di liti da sempre indicate come maggiormente in grado di trarre vantaggio dal ricorso ad ADR (in particolare, cause in cui il rapporto tra le parti è destinato a protrarsi nel tempo), ma anche altre rispetto alle quali la scelta non risulta comprensibile se non alla luce dell'intento deflattivo<sup>57</sup>. L'esempio forse più evidente riguarda le controversie relative alla circolazione di veicoli e natanti, la cui inclusione è avvenuta dietro suggerimento della Commissione Giustizia del Senato<sup>58</sup> ed è stata motivata dalla Relazione illustrativa dello schema di decreto per il fatto che tali controversie «formano ogget-

solo una di esse manifesti la volontà di effettuare il tentativo di conciliazione (M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione*, cit., p. 355); oppure che il mediatore comunichi la sua intenzione di avvalersi o meno della facoltà di formulare la proposta in apertura del procedimento, eliminando così una fonte di incertezza che potrebbe condizionare negativamente l'atteggiamento delle parti nel corso della mediazione (L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel D.Lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 575 ss., a p. 592).

<sup>55</sup> R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR*, cit., c. 173.

<sup>56</sup> Tale disposizione dovrebbe entrare in vigore il 20 marzo 2011, a meno che non vengano accolte le richieste di un rinvio provenienti dall'avvocatura. Cfr. G. ALPA, *Giustizia: un rinvio della mediazione civile e "cinque mosse" per smaltire l'arretrato*, in *Guida al diritto*, 9 ottobre 2010, p. 11.

<sup>57</sup> Al riguardo, è stato detto che «Il legislatore ha dunque voluto fissare il principio che il tentativo di mediazione divenga obbligatorio e costituisca condizione di procedibilità (anche) nelle controversie più frequenti, nella speranza che esso contribuisca ad una deflazione del numero dei procedimenti civili». G. CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 616 ss., a p. 624.

<sup>58</sup> Il parere della Commissione osserva al riguardo «Appare [...] irragionevole l'inclusione di materie quali quelle condominiali, nelle quali il ricorso all'istituto in esame rischia di rivelarsi il più delle volte infruttuoso, e l'esclusione di materie quali quelle concernenti le controversie derivanti da richieste di risarcimento del danno da responsabilità da circolazione stradale». XVI Legislatura, II Commissione permanente – Resoconto sommario n. 126 del 27/01/2010, Parere approvato dalla Commissione sull'atto del Governo n. 150, in <<http://www.senato.it/>>.

to di un rilevante contenzioso ma [...] sono ampi gli spazi di conciliazione stragiudiziale»<sup>59</sup>.

È allora evidente che nel momento in cui il nostro legislatore ha previsto il meccanismo incentivante-sanzionatorio in sede di riparto delle spese processuali intendesse principalmente potenziare lo sperato effetto deflattivo della nuova disciplina<sup>60</sup>.

Tuttavia gli strumenti prodotti a livello europeo, in ultimo la stessa direttiva<sup>61</sup>, così come la migliore dottrina, dimostrano la consapevolezza che i metodi alternativi di soluzione delle controversie, e con questi la mediazione, costituiscono uno strumento in grado di ampliare l'accesso alla giustizia e di fornire una soluzione più adeguata di quella offerta dal processo per determinate controversie, e non un mezzo per risolvere i problemi della giustizia statale<sup>62</sup>. Tanto più che il corretto funzionamento della giustizia pubblica è unanimemente ritenuto un presupposto per l'efficacia degli ADR e non un risultato del loro impiego. Per questo motivo più di una voce ha messo in guardia circa l'effettiva capacità della nuova disciplina italiana in tema di mediazione di ridurre il carico di lavoro delle corti<sup>63</sup>.

Pur dallo stesso punto di vista del processo, tuttavia, a questa disciplina che impiega il riparto delle spese del giudizio come strumento per promuovere determinate condotte e disincentivarne altre si può guardare anche in una prospettiva parzialmente diversa e forse più proficua: quella dell'abuso del processo.

Mentre la nozione sostanziale di «abuso del diritto» come uso scorretto o improprio di una situazione soggettiva di vantaggio è stata ormai da tempo oggetto di una notevole elaborazione nella cultura giuridica italiana<sup>64</sup>, quella di «abuso del processo» ha suscitato un interesse assai minore<sup>65</sup>.

<sup>59</sup> Schema di decreto legislativo recante: «Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali» – Relazione illustrativa, in <<http://www.giustizia.it/>>.

<sup>60</sup> Ulteriore conferma si ricava dalla disposizione del regolamento attuativo che prevede l'aumento di un quinto delle spese di mediazione, – voce in cui è incluso anche l'onorario del mediatore – in caso di formulazione della proposta ai sensi dell'art. 11 del decreto legislativo (d.m. 18 ottobre 2010, n. 180, art. 16, comma 4, lettera c).

<sup>61</sup> Cfr. il *considerando* n. 5 della direttiva 2008/52/CE.

<sup>62</sup> Cfr., ad esempio, M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione*, cit., pp. 344-345; M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite*, cit., pp. 366-376 (anche per ulteriori indicazioni bibliografiche).

<sup>63</sup> Cfr., ad esempio, R. CAPONI, *La riuscita delle legge per ridurre il contenzioso passa per un'adeguata formazione degli operatori*, in *Guida al diritto*, 20 marzo 2010, p. 48 ss., a p. 49; V. VIGORITI, *Nodo dell'organizzazione e limitature tecniche*, cit., p. 24.

<sup>64</sup> Un'utile bibliografia è offerta in F. ASTONE, *L'abuso del diritto in materia contrattuale. Limiti e controlli all'esercizio dell'attività contrattuale*, in *Giur. merito*, suppl. n. 2, 2007, p. 8 ss., alle pp. 15-16.

<sup>65</sup> Cfr., al riguardo, M.F. GHIRGA, *Conciliazione giudiziale e abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 196 ss., alle pp. 199-200.

Negli ultimi anni, tuttavia, si sta registrando una crescente attenzione nei confronti di questo problema a vari livelli dell'ordinamento.

Le riflessioni sviluppate dalla dottrina processual-civilistica hanno portato negli ultimi due decenni alla pubblicazioni di significativi contributi sul tema<sup>66</sup>.

Lo stesso legislatore ha dimostrato una crescente consapevolezza del problema dell'abuso del processo attraverso una serie di interventi volti a prevenire e reprimere impieghi distorsivi di determinati istituti. Quali esempi di questa tendenza si possono ricordare l'abolizione della sospensione necessaria del giudizio di merito a seguito della presentazione dell'istanza per il regolamento preventivo di giurisdizione, ma anche la previsione della legge sull'equa riparaazione per l'eccessiva durata del processo<sup>67</sup> secondo cui, al fine di accertare il mancato rispetto del termine ragionevole, il giudice deve tener conto anche del comportamento tenuto dalle parti durante il processo stesso<sup>68</sup> e, più recentemente, le disposizioni della legge n. 69 del 2009 miranti a scoraggiare condotte abusive delle parti attraverso la minaccia di sanzioni economiche<sup>69</sup>.

Il mutamento di orientamento delle sezioni unite in tema di frazionabilità della tutela giurisdizionale del credito<sup>70</sup>, la tendenza ad ampliare l'ambito applicativo dell'art. 96 c.p.c. e a conferire rilevanza, ai fini della compensazione delle spese *ex art.* 92 comma 2 c.p.c., al comportamento della parte vittoriosa<sup>71</sup> costituiscono altrettante dimostrazioni di questa nuova sensibilità a livello giurisprudenziale.

<sup>66</sup> Un segnale di questa maturazione è costituito dalla recente pubblicazione di voci dedicate al tema dell'abuso del processo in due delle principali enciclopedie giuridiche: A. DONDI, voce *Abuso del processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir., Annali III*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 1 ss. e V. ANSANELLI, voce *Abuso del processo*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Aggiornamento III*, t. 1, Torino, Utet, 2007, p. 1 ss. alle quali si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

<sup>67</sup> Legge 24 marzo 2001, n. 89.

<sup>68</sup> F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo e la condanna alle spese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 249 ss., alle p. 261-263.

<sup>69</sup> Cfr. L.P. COMOGLIO, *Ideologie consolidate e riforme contingenti del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 521 ss., alle pp. 539-540. In particolare, oltre alla modifica dell'art. 91 c.p.c. su cui ci siamo già soffermati, preme segnalare l'intervento sull'art. 96 c.p.c. Al riguardo, cfr., fra i tanti, G. ARMONE, P. PORRECA, *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del D.Lgs. 4 marzo 2010 n. 28). La mediazione tra processo e conflitto*, in *Foro it.*, 2010, V, 95 ss, c. 95. e S. MENCHINI, *Art. 91*, cit., p. 23. Un interessante esempio applicativo è Trib. Roma, Sez. XI, 11 gennaio 2010, in *Giur. merito*, 2010, p. 2175 ss. con nota di G. BUFFONE.

<sup>70</sup> Cass., sez. un. civ., sent. 15 novembre 2007, n. 23726, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1435 ss., con nota di M. GOZZI e in *Foro it.*, 2008, I, 1514 con note di A. PALMIERI, R. PARDOLESI e di R. CAPONI.

<sup>71</sup> Cfr. R. GIORDANO, *Responsabilità delle parti per le spese ed i danni e abuso del processo*, in *Giur. merito*, 2007, p. 43 ss. – che a p. 51 cita decisioni anteriori al 2009 in cui è stata disposta una compensazione delle spese in ragione della mancata accettazione di un'offerta di transazione corrispondente a quanto riconosciuto dalla

Il punto di svolta, l'elemento catalizzatore, di tale nuova tendenza è stato senz'altro la riscrittura dell'art. 111 Cost.<sup>72</sup>, che ha espressamente individuato il principio della ragionevole durata come uno dei cardini del concetto di «giusto processo»<sup>73</sup>. Invero, l'esplicita enunciazione a livello costituzionale della nozione di giusto processo, seguita dall'approvazione della legge in tema di equa riparazione del danno, oltre ad aver contribuito a diffondere presso l'opinione pubblica la percezione del problema<sup>74</sup>, ha comportato l'affermazione di un approccio garantistico nuovo, caratterizzato da quella che è stata definita una «componente 'deontologica'».

Alla luce di questo approccio, se è vero che il processo civile è uno strumento volto alla tutela di diritti privati, è anche vero che le parti non sono completamente libere di determinarne le modalità di svolgimento, ma devono ispirare la propria condotta a principi di lealtà, correttezza e buona fede<sup>75</sup>. Specularmente, la costituzionalizzazione del principio della durata ragionevole del processo ha implicato il rafforzamento dei poteri direttivi del giudice al fine di prevenire comportamenti che ritardino la definizione del processo<sup>76</sup>.

Si stanno così definendo i contorni di una nozione di abuso del processo che, con le parole di Taruffo, si manifesta in «tutti quei comportamenti che, pur consistendo nell'uso formalmente legittimo di poteri discrezionali riconosciuti dalla legge, risultano in realtà finalizzati a provocare difficoltà o a far sorgere complicazioni, o mirano comunque a scopi dilatori»<sup>77</sup>.

Si tratta di fattispecie frequentemente 'plurioffensive'<sup>78</sup>, nel senso che, oltre ad arrecare un pregiudizio alla controparte, tali comportamenti compromettono anche il corretto funzionamento della giustizia.

sentenza – e L.P. COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 319 ss., alle pp. 351-352. Un ulteriore esempio è Cass., sez. lav., 27 novembre 2007, n. 24645, in *Giust. civ.* 2008, p. 906 ss.

<sup>72</sup> Legge cost. 22 novembre 1999, n. 2.

<sup>73</sup> Al riguardo cfr., in particolare, N. TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 381 ss., spec. alle pp. 403-409. Cfr. altresì G. VIGNERA, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del "nuovo" art. 111 Cost.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 1185 ss., alle pp. 1221-1234; M. BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 479 ss., alle pp. 512-522; L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Torino, Giappichelli, 2004, spec. pp. 85-94.

<sup>74</sup> V. ANSANELLI, voce *Abuso del processo*, cit., pp. 2-3.

<sup>75</sup> Cfr. L.P. COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, cit., pp. 329-330.

<sup>76</sup> L.P. COMOGLIO, *Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?* (nota a Cass., sez. un. civ., sentenza 3 novembre 2008, n. 26373), in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1686 ss., alle pp. 1697-1698.

<sup>77</sup> M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di "abuso del processo"*, in *Dir. priv.*, 1997, III, p. 435 ss., a p. 453.

<sup>78</sup> È sempre M. TARUFFO ad impiegare questo termine in *Elementi per una definizione di "abuso del processo"*, cit., p. 453.

Attraverso la nozione di abuso del processo, dunque, trovano espressione la ricerca di una migliore funzionalità ed efficienza della giustizia (intesa principalmente in termini di maggiore celerità), ma anche una tensione si potrebbe dire 'etica'. Dopo una stagione dominata da una concezione del processo civile come strumento di tutela delle ragioni delle parti, che ne possono disporre liberamente, questa tensione si manifesta nell'idea di 'giusto processo', comprensiva, accanto ai diritti e ai poteri, degli obblighi e delle responsabilità nei confronti della controparte e della collettività.

Valutata in questa ottica dell'abuso del processo, la minaccia di conseguenze sfavorevoli in sede di condanna alle spese nei confronti della parte che abbia rifiutato una proposta di conciliazione non costituisce solo una (peraltro assai limitata) compressione dell'autonomia privata, ma anche (e soprattutto) uno strumento per dare effettività al principio del giusto processo scoraggiando comportamenti opportunistici e dilatori. Non un'aberrazione del legislatore, dunque, ma uno strumento di responsabilizzazione che trova la sua giustificazione in alcuni dei principi cardine che fanno parte di un patrimonio condiviso ormai da tempo da tutti gli ordinamenti democratici contemporanei, siano questi di *civil law* come di *common law*<sup>79</sup>, e consacrato dai principali strumenti internazionali, in *primis* l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Il problema diventa allora l'individuazione della disciplina migliore per perseguire tale finalità, sia in termini di efficacia deterrente, sia in termini di temperamento con gli altri valori coinvolti, prima fra tutti l'esigenza di riservatezza in ordine a quanto si verifica nel corso del tentativo di conciliazione.

Sul fronte del procedimento di mediazione, molto dipende dalle capacità del conciliatore e dai regolamenti degli organismi di conciliazione. La stessa Relazione allo schema di decreto legislativo indicava, ad esempio, la possibilità che tali regolamenti possano «prevedere che siano due diversi mediatori-persone fisiche a condurre, rispettivamente, la fase di mediazione facilitativa e a formulare la eventuale successiva proposta, sulla base, naturalmente, delle sole informazioni che le parti abbiano ritenuto di sottoporgli».<sup>80</sup>

<sup>79</sup> N. TROCKER, V. VARANO, *Concluding Remarks*, in Id. (a cura di), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 243 ss., a p. 247.

<sup>80</sup> Schema di decreto legislativo recante: «Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali» - Relazione illustrativa, in <<http://www.giustizia.it/>>. Tale possibilità è stata ora espressamente prevista dal regolamento di attuazione, il d.m. 18 ottobre 2010, n. 180. Secondo l'art. 7, comma 2, lettera b), l'organismo di mediazione può prevedere nel proprio regolamento che la formulazione della proposta ai sensi dell'art. 11 del decreto legislativo possa «provenire da un mediatore diverso da quello che ha condotto sino ad allora la mediazione e sulla base delle sole informazioni che le parti intendono offrire al mediatore proponente».

Sul fronte del processo, se rivolgiamo l'attenzione alle disposizioni esistenti, la disciplina dell'art. 91 c.p.c. risulta preferibile a quella dell'art. 13 del D.Lgs. n. 28 del 2010, non solo perché include anche le ipotesi in cui la proposta di conciliazione sia addirittura più vantaggiosa della decisione che pone fine al processo, ma soprattutto perché, attraverso il riferimento alla ragionevolezza, introduce un certo margine di discrezionalità in capo al giudice che dovrebbe consentire di punire solo le condotte realmente abusive.

Forse, come è stato sostenuto<sup>81</sup>, l'espresso richiamo dell'art. 92 c.p.c. e quindi del potere del giudice di compensare le spese, potrebbe rappresentare una possibilità per recuperare in via interpretativa una certa flessibilità nell'applicazione dell'art. 13 del decreto legislativo.

Quello che è certo è che una simile preferenza presuppone un atto di fiducia nei confronti del giudice e della sua volontà di garantire l'effettività della norma sanzionatoria che potrebbe non essere condivisa da tutti.

Peraltro, se è vero che per garantire l'efficacia di disposizioni innovative come queste occorre un vero e proprio cambiamento culturale degli operatori giuridici, i recenti sviluppi nazionali, in specie quelli giurisprudenziali, dimostrano una nuova sensibilità nei confronti dell'esigenza di prevenire e sanzionare abusi del processo. Tali sviluppi rappresentano quindi la migliore premessa per un uso efficace di questo potere, affinché la ripartizione delle spese di lite divenga uno strumento incisivo di dissuasione da condotte abusive del processo e di moralizzazione della condotta delle parti.

<sup>81</sup> M.M. ANDREONI, *Commento all'art. 13*, cit., p. 204 ss., p. 210.





# MEDIAZIONE E FAMIGLIA FRA INNOVAZIONE E CONTINUITÀ: TENDENZE EUROPEE E SCELTE NAZIONALI

Elena Urso\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Cenni sulle diverse modalità di attuazione della mediazione familiare: i modelli principali. – 3. Uno sguardo al panorama interno visto in una prospettiva transnazionale. – 4. La mediazione familiare fra pluralismo dei modelli ed univocità delle garanzie di professionalità. – 5. La mediazione familiare nel diritto italiano: una panoramica del diritto vigente. – 6. Le indicazioni promananti dalle decisioni della Corte di Strasburgo e della Corte Costituzionale. – 6.1 Le tendenze europee nella nuova cornice dei diritti fondamentali. – 7. La nascita della mediazione familiare: una visione d'insieme del diritto anglo-americano. – 8. Riflessioni conclusive.

## 1. Introduzione

Il tema della mediazione, se riferito alla famiglia, presenta alcune indubbe peculiarità. Infatti, in primo luogo si può osservare che, come esistono oggi diversi modi per definire una famiglia, così vi sono differenti accezioni della mediazione, dei modelli e delle impostazioni cui è riconducibile, dei metodi seguiti, delle tecniche adoperate e delle teorie elaborate in materia<sup>1</sup>. Esistono, comunque, anche elementi comuni, che unificano sia l'ambito considerato, sia le modalità esplicative della mediazione, rappresentati dall'intrinseca continuità dei rapporti affettivi fra genitori e figli e dalla frequente mutevolezza che connota, nelle situazioni di crisi, le relazioni fra *ex-coniugi* o *partner*. Questi tratti qualificanti, che si affiancano all'adattabilità della mediazione alla specificità delle ipotesi cui si rivolge, sfuggono, tuttavia, a definizioni rigide e onnicomprehensive. Infatti, l'immagine della famiglia più rispondente alla realtà odierna è quella di un arcipelago in cui coesistono numerose isole<sup>2</sup>, fra le quali v'è però un

\* L'autrice è ricercatrice presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Firenze.

<sup>1</sup> «There is no single way to mediate, just as there is no single way of being or describing 'the family'». Così, A. TAYLOR, *The Handbook of Family Dispute Resolution. Mediation Theory and Practice*, Jossey-Bass, San Francisco, 2002, p. 105.

<sup>2</sup> Per questa immagine, cfr. F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2002, p. 509 ss. Su questi temi, sia consentito altresì il rinvio a E. URSO, *Shaping the Features of European Family Law: Problems and Perspectives*, in AA.VV. (a cura di), B. ATKIN, *International Survey of Family Law - 2007 Edition*, p. 129 ss., Bristol, Jordan, Family Law, spec. nota 9; EAD., *Il diritto di famiglia nella prospettiva 'europea'*, in F. BRUNETTA D'USSEAU (a cura di), *Il diritto di famiglia nell'Unione Europea. Formazione, vita e crisi della coppia*, Padova, CEDAM, 2005, p. 515 ss. Sui mutamenti degli scenari familiari cfr. ultimamente M.L. TANTURRI, *Demografia e lavoro femminile: le sfide della conciliazione*, in M. LIVI BACCI (a cura di), *La demografia del capitale umano*, Bologna, Il Mulino, 2010.

rapporto di comunicazione reciproca, e non già di esclusione. Non si è di fronte, dunque – per restare alle immagini metaforiche – a un universo in cui i pianeti seguono autonomamente le proprie orbite, senza alcuna vicendevole correlazione<sup>3</sup>. Nel senso che la trasformazione della famiglia, in età contemporanea, ha segnato indubbiamente uno spartiacque, un passaggio dalla staticità del passato alla flessibilità attuale, alla quale spesso si affianca una maggior fragilità delle unioni, cui però non corrisponde affatto il venir meno di quel nucleo essenziale in cui si esplicano i legami affettivi più profondi. Appunto in questa accezione, di luogo d'elezione dell'affettività, la famiglia mantiene un'assoluta centralità, nonostante la pluralità delle sue *declinazioni* odierne<sup>4</sup>. Abbandonata la rigida fisionomia originaria, propria di una struttura plurisecolare, radicata nella tradizione e funzionale sia all'attribuzione di compiti e ruoli sociali ben definiti, sia alla trasmissione del nome e del patrimonio, la famiglia ha acquisito una crescente dinamicità, dovuta a diversi fattori sui quali non ci possiamo qui soffermare con l'adeguato approfondimento: dall'accentuarsi dell'autonomia dei suoi membri, all'estendersi della partecipazione delle donne al mondo del lavoro, all'ampliarsi della tendenza a trasferire la residenza familiare, per ragioni lavorative o affettive, ecc. Sebbene, qualche decennio fa, si fosse anche ipotizzata la 'morte' della famiglia<sup>5</sup>, la sua vitalità è ancor oggi indiscussa. Infatti, per quanto sia venuta meno la monoliticità dell'assetto originario, il fulcro del nuovo sistema è rappresentato pur sempre dalla permanenza della variegata trama di relazioni che si instaurano fra i suoi componenti. È in questo intreccio di legami, nel momento della crisi della coppia, che si inserisce il nostro discorso, dedicato alla risoluzione, in modo non contenzioso, della conflittualità, frequentemente presente in tali situazioni.

Ebbene, sempre ricorrendo a una metafora, evocata per dare un'idea immediata della mediazione, si è proposto un altro parallelismo, altret-

<sup>3</sup> Questi fenomeni sono divenuti particolarmente evidenti dalla fine degli anni Novanta, ma la loro origine era anteriore. Cfr. per una visione d'insieme, M.L. ZANATTA, *Le nuove famiglie*, Bologna, Il Mulino, 1997, I ed., 2003, ult. ed.; C. SARACENO (a cura di), *Lo stato delle famiglie in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1995; C. SARACENO, *Mutamenti della famiglia e politiche sociali in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2003.

<sup>4</sup> Nel corso dell'ultimo decennio, profondi mutamenti hanno inciso, in alcuni ordinamenti, tanto sull'istituto del matrimonio, quanto sulle forme di convivenza non matrimoniale, sottoposte sempre più frequentemente ad una regolamentazione per via legislativa, sebbene con notevoli diversità. Per restare ai contributi editi in Italia, cfr. per diverse opinioni, S. PATTI, *Il "principio famiglia" e la formazione del diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia*, 2006, I, p. 531 ss.; W. PINTENS, *La famiglia e il diritto in Europa: sviluppi e prospettive*, in M.G. CUBEDDU, S. PATTI (a cura di), *Introduzione al diritto di famiglia in Europa*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 92 ss. Dall'altra, cfr. P. ZATTI, *Famiglia, familiae. Declinazioni di un'idea - I. La privatizzazione del diritto di famiglia, II. Valori e figure della convivenza e della filiazione*, in *Famiglia*, 2002, rispettivamente, p. 2 ss. e p. 337 ss.

<sup>5</sup> D. COOPER, *The Death of the Family*, New York, Pantheon Books, 1970 (trad. it., *La morte della famiglia*, Milano Einaudi, 1991).

tanto efficace, anche se molto più prosaico, rispetto a quelli precedenti<sup>6</sup>, incentrato sull'immagine di un veicolo di cui si osserva un duplice movimento, per evidenziare l'attitudine della mediazione a stimolare un dinamismo che è dapprima interno, quindi esterno. Da una parte, questo scaturisce dalle ruote che girano e, dall'altra, dall'avanzamento della vettura lungo il suo cammino<sup>7</sup>. In effetti, tramite la mediazione, si fa leva su una situazione di stallo, causata dal conflitto o dall'assenza di dialogo. Proprio accettandola se ne consente il superamento, grazie, appunto, a una forma di reazione interiore, da parte dei soggetti direttamente coinvolti, che conduce alla ripresa di un processo inteso a far progredire la relazione interpersonale, nonostante le difficoltà passate e gli inevitabili ostacoli futuri. Il ruolo del mediatore è quello di colui che rende possibile tale ripresa. Mentre, però, v'è concordanza di vedute circa la sua funzione, che non deve esser quella di premere le parti al fine di promuovere soluzioni, né di influenzarle in alcun modo in tal senso – dovendo, anzi, mantenere una posizione che garantisca 'equiprossimità' nei confronti di entrambe, più che un'irrealistica 'equidistanza' o 'imparzialità'<sup>8</sup> – gli itinerari seguiti differiscono invece profondamente, a seconda che si accolga un modello oppure l'altro, tenuto conto delle finalità, a breve e/o a lungo termine, che vengono perseguite.

<sup>6</sup> Immagini che – nel collocare la famiglia quasi fra 'terra e cielo' – tendono a coglierne, in vario modo, la profonda connessione con gli elementi, nonché la sua peculiarità, quale nucleo sociale che preesiste al diritto, che ne è in gran parte estraneo, ma che finisce per esserne influenzato. Anche questa dicotomia si deve a un grande Autore: J. CARBONNIER, *Terre et ciel dans le droit français du mariage*, in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Études offertes à Georges Ripert*, Paris, LGDJ, t. I, 1950, p. 325 ss.

<sup>7</sup> Così, P.H. GULLIVER, *Disputes and Negotiation: A Cross Cultural Perspective*, New York, Academia Press, 1979, p. 82, come ricordato da M. ROBERTS, *Mediation in Family Disputes. Principles and Practice*, Ashgate, Aldershot, 2008, III ed., pp. 123-125.

<sup>8</sup> Ancorché i concetti di neutralità, equidistanza ed equiprossimità siano spesso considerati, dai giuristi, come sinonimi. Cfr. B. DE FILIPPIS, A. MASCIA, A. MANZIONE, S. RAMPOLLA, *La mediazione familiare e la soluzione delle controversie insorte tra genitori separati - Nuovo art. 709 ter c.p.c.*, Padova, CEDAM, 2009, p. 107. Il neologismo («equi-prossimo»), che sostituisce la tradizionale espressione «equidistante», tende a dar risalto a come non sia possibile parlare, propriamente, neppure di «imparzialità», giacché ciò implicherebbe un'assenza di partecipazione alle ragioni di ciascuna delle parti. Di qui, il prevalere dell'idea che si debba evidenziare la pari 'vicinanza' del mediatore, nei confronti dei protagonisti del conflitto, in modo da far emergere le loro visuali, senza incidere sulla loro libera autodeterminazione. In un'ottica 'relazionale', cfr. C. BOGLIOLO, A.M. BACHERINI, *Manuale di mediazione familiare. Proteggere i figli nella separazione*, Milano, Franco Angeli, 2010, p. 103 ss. e, relativamente al tema della dibattuta questione della posizione dei bambini, p. 157 ss. Cfr. in senso favorevole all'ascolto e il dialogo con i figli, seguendo precise prassi, e ad opera di esperti, mediatori familiari, C. MARZOTTO, *I Gruppi di Parola per i figli di genitori separati*, Milano, Vita & Pensiero, 2010.

## 2. Cenni sulle diverse modalità di attuazione della mediazione familiare: i modelli principali

Al riguardo, si sono formulate varie teorie e recepite prassi alquanto diversificate<sup>9</sup>. Giusto per avere un'idea della vastità delle differenti impostazioni, ricorderemo, in una rapidissima rassegna, le caratteristiche principali dei diversi tipi di mediazione che si sono sviluppati, in questo ambito<sup>10</sup>. Sebbene distinti, quanto ad obiettivi e metodologie, si da esser riconducibili a una pluralità di figure differenziate, si tratta pur sempre di modelli che sorgono da esperienze concrete, di cui riflettono, inevitabilmente, i limiti, oltre che le potenzialità. Nell'ottica di una revisione critica, alla luce di un'analisi obiettiva dei risultati raggiunti nella prassi e in una prospettiva aperta alla recezione di influenze reciproche, si è giunti a delineare, infine, quel che si potrebbe descrivere come un modello ulteriore, di carattere eclettico, in cui si compendiano, si integrano e si completano a vicenda i tratti distintivi di ciascuna 'scuola'. Lunghi dal voler tracciare un quadro esaustivo, si può ora accennare, in breve, alle principali partizioni, note alle varie realtà nazionali, prima di addentrarsi nell'esame dei profili giuridici della mediazione familiare, relativamente ad alcune di esse<sup>11</sup>.

In sintesi, si sogliono distinguere i vari modelli<sup>12</sup>, a seconda che siano basati sull'individuazione di singole fasi<sup>13</sup>, che si incentrino su un'impostazione mirata alla risoluzione di una specifica controversia<sup>14</sup> o alla nego-

<sup>9</sup> Cfr. *infra* par. 7.

<sup>10</sup> Cfr. *infra* par. 2.

<sup>11</sup> Sembra necessario evidenziare come tali partizioni non siano affatto circoscritte alla mediazione familiare, essendo invece riferibili anche ad altri contesti. Cfr., fra i molti, A. TAYLOR, *The Handbook of Family Dispute Resolution...*, cit., p. 104 ss.; L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el derecho de familia*, Madrid, Reus, 2006, p. 149 ss.; I. BOLAÑOS, *El mediador familiar*, in J.H. BOUCHÉ PERIS, F. HIDALGO MENA (a cura di), *Mediación familiar*, Madrid, Dyckinson, 2010, Tomo III, p. 55 ss.

<sup>12</sup> Modelli che non sono limitati, comunque, alle ipotesi di mediazione familiare, essendo applicabili anche in altri ambiti. Cfr. C. BOGLIOLO, A.M. BACHERINI, *Manuale di mediazione familiare...*, cit., p. 110 ss.

<sup>13</sup> Si parla di *stage theory models*. Il numero delle fasi proposte varia: dai cinque «stadi» di John Haynes, ai sette individuati da Folberg e Taylor, ai dodici indicati da Moore, ai cinque «passaggi-chiave» elencati da Slaikeu. Ciò che caratterizza le diverse modalità di attuazione di questo modello è la comune scansione dei vari passaggi, cui corrisponde il convincimento, in chi lo segue, che il mediatore sia un *facilitatore*, in grado di fungere da *guida* per i soggetti partecipi del *processo di mediazione*, sì che, ove i singoli momenti, corrispondenti a sedute o sessioni, si svolgano correttamente, si raggiungerà un risultato positivo, ossia un accordo. Cfr. J. HAYNES, *The Fundamentals of Family Mediation*, New York, State University of New York Press, 1994, p. 7 ss.; J. FOLBERG, A. TAYLOR, *Mediation. A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts without Litigation*, San Francisco, Jossey-Bass, 1984, p. 32 ss.

<sup>14</sup> Si tratta del *problem solving model*, da cui si diparte l'elaborazione ispirata dal celebre «modello di Harvard», il sistema che ha svolto un ruolo pioniere, negli anni

ziazione fra le parti<sup>15</sup>, che privilegino l'aspetto procedurale<sup>16</sup> o un assetto detto «strutturato»<sup>17</sup>, un metodo di tipo 'terapeutico'<sup>18</sup>, che tendano a rag-

Settanta. Il mediatore conduce i soggetti coinvolti nel conflitto ad individuare le questioni controverse, in modo da pervenire quindi a una definizione amichevole delle dispute fra loro. Si delinea così un'impostazione analitico-razionale che presuppone una capacità, nei membri della famiglia, di scegliere la soluzione per loro migliore.

<sup>15</sup> Fra i fautori del metodo negoziale, che pure si basa su varie fasi, è John M. Haynes, che iniziò ad utilizzarlo nelle controversie di lavoro. L'intento di dar vita a una cooperazione diretta per la risoluzione della controversia presuppone la 'normalità' del conflitto fra ex-coniugi, cui si nega una connotazione 'patologica'. La concretezza dell'obiettivo che si vuol perseguire ne determina la natura 'delimitata'. Cfr. J. HAYNES, I. BUZZI, *Introduzione alla mediazione familiare*, Milano, Giuffré, 1996. Cfr. *infra* par. 7.

<sup>16</sup> I modelli procedurali non presentano nette distinzioni, se posti a confronto con i modelli definibili come 'risolutivi' (*problem solving*) o 'negoziali' (*negotiation*). Ripropongono inoltre la suddivisione in fasi differenti, propria dello *stage model*. Si basano sull'idea di fondo per cui, rispettando la sequenza di un procedimento, il risultato sarà favorevole e per questo richiedono al mediatore una notevole organizzazione, nel condurre le sessioni, senza variare molto fra i singoli casi. Per un'interessante reazione alla critica rivolta alla natura privatistica propria della mediazione, per cui i mediatori opererebbero «negoziando all'ombra della legge», cfr. R. MINOOKIN, L. KORNHAUSER, *Bargaining in the Shadow of the Law*, in 88 *Yale Law Journal*, 1979, p. 950 ss., come giustamente ricorda A. TAYLOR, *The Handbook of Family Dispute Resolution...*, cit., p. 117. Esistono anche altri modelli procedurali, il cui elemento comune è la successione logico-cronologica fra le varie fasi, che si susseguono in modo graduale (*step by step*). Le principali obiezioni riguardano la loro eccessiva rigidità. Cfr. *infra* nota 17.

<sup>17</sup> Quando si parla di modello 'strutturato', si fa riferimento, più in particolare, invece, a quei modelli procedurali ispirati al metodo proposto da James Coogler. Si ambisce così, non già a seguire un modello che riproponga i tratti garantisti del *legal process*, quanto, piuttosto, a dar vita a un procedimento alternativo, sottoposto a precise regole, distinte rispetto a quelle applicabili nel sistema contenzioso, proprio dell'*adversary system*. Cfr. O.J. COOGLER, *Structured Mediation in Divorce Settlement: A Handbook for Marital Mediators*, San Francisco, New Lexington Press, 1978, *passim*. Le critiche più penetranti, nei confronti di questo modello, concernono la funzione attribuita all'avvocato, giacché si contesta la correttezza della sua attività, consistente in una mera consulenza (*advisory*) destinata ad esser condivisa fra le parti e resa nota al mediatore, in quanto ritenuta confliggente con il diritto di difesa. Cfr. S. GREBE, *Ethics and the Professional Family Mediator*, in 10 *Mediation Quarterly*, 1992, p. 155 ss. Alla luce dei buoni risultati raggiunti, l'avvocatura è divenuta col tempo più sensibile verso l'esigenza di interpretare in una nuova accezione il concetto di «difensore delle parti», accogliendo una prospettiva in cui queste non siano contrapposte tra loro. Cfr. sul punto *infra* par. 7.

<sup>18</sup> A fondamento di questo modello v'è la convinzione che i soggetti coinvolti nel conflitto debbano procedere a un cambiamento prima di poter giungere a un accordo che aspiri ad avere una lunga durata. Il modello terapeutico richiede un inquadramento prioritario della situazione e dell'idoneità della stessa a formar oggetto di una mediazione (*assessment/screening process of readiness*), per evidenziare eventuali controindicazioni. La finalità di questa fase preliminare consiste nell'indurre gli ex-coniugi alla riflessione e nel ridurre al contempo le disfunzionalità insite nel loro rapporto. Cfr. H.H. IRVING, M. BENJAMIN, *Family Mediation*.

giungere obiettivi di carattere 'trasformativo' (per usare la celebre espressione coniata da Bush e Folger)<sup>19</sup>, che siano caratterizzati da un metodo narrativo<sup>20</sup> oppure da uno interattivo<sup>21</sup>. Infine, si staglia quell'orientamento, prima accennato, favorevole all'ecllettismo, all'integrazione e alla personalizzazione dei modelli, che probabilmente si rivela come il più convincente, nel panorama attuale, in quanto punto d'approdo di un'analisi effettuata con la consapevolezza degli esiti raggiunti, ricorrendo all'uno o all'altro<sup>22</sup>.

*Theory and Practice of Dispute Resolution*, Toronto, Carswed, 1987; H.H. IRVING, M. BENJAMIN, *Mediazione familiare terapeutica, processi ecosistemici e collegamento tra pre-mediazione e negoziazione*, in R. ARDONE, S. MAZZONI, *La mediazione familiare*, Milano, Giuffrè, 1994. Diverse sono invece le 'mediazioni terapeutiche', *stricto sensu*, divenute oggetto di numerose critiche, poiché, in sostanza, finiscono per tradursi in un'estensione dell'attività terapeutica, ad opera del mediatore. La stessa idea di cercare di trovare una soluzione al problema spesso si trasforma nel vero problema, da affrontare in terapia. Cfr. M. BOWEN, *Family Therapy in Clinical Practice*, Northvale, N.J., Aronson, 1978. Sul modello che tende a 'ristrutturare' le relazioni familiari, cfr. J. AMUNDSON, L. FONG, *Systemic/Strategic Aspects and Potentials in the Model of Divorce Mediation*, in *12 Mediation Quarterly*, 1986, p. 65 ss. Anche il «gruppo di Milano, un piccolo nucleo di terapeuti» ha intrapreso un'interessante esperienza, sempre all'interno della impostazione 'sistemica', producendo una serie di pubblicazioni, influenzando lo «sviluppo della terapia familiare». Cfr. A. TAYLOR, *The Handbook...*, cit., pp. 126-127.

<sup>19</sup> Cfr. R. BUSH, J. FOLGER, *The Promise of Mediation: Responding to Conflicts through Empowerment and Recognition*, San Francisco, Jossey-Bass, 1994 (trad. it. *La promessa della mediazione*, Firenze, Vallecchi, 2009). Lo scopo perseguito consiste nell'agevolare un percorso volto, innanzitutto, al *riconoscimento* reciproco delle parti coinvolte e, quindi, al *potenziamento* di ciascuna di esse, in modo che siano in grado di definire direttamente le questioni controverse per giungere quindi ad una soluzione vicendevolmente condivisa.

<sup>20</sup> Cfr. G. MONK, J. WINSLADE, K. CROCKET, D. EPSTON (a cura di), *Narrative Therapy in Practice: The Archeology of Hope*, San Francisco, Jossey-Bass, 1997, *passim*. Anche i modelli narrativi di mediazione traggono ispirazione da metodi terapeutici, dai quali derivano la propensione a produrre un cambiamento nelle parti del conflitto, e non un mero accordo fra loro. Il racconto della loro storia, di come abbiano vissuto il conflitto, di che cosa si attendano come alternativa ad esso, funge da momento cardine, per stimolare un dialogo inteso dapprima a ricostruire gli eventi, tramite la narrazione dell'accaduto, quindi a decostruirli per giungere infine ad una ricostruzione, da effettuare in modo congiunto (*co-constructed story*), premessa per una cooperazione pacifica, basata sulla reciproca comprensione e la speranza nel futuro.

<sup>21</sup> Il carattere interattivo del modello riprende, modificandoli, tratti caratterizzanti di altri modelli, palesando una tendenza verso l'integrazione che conduce all'ecllettismo, cui si farà cenno nella nota seguente. Cfr. M. LANG, A. TAYLOR, *The Making of a Mediator: Making Artistry in Practice*, San Francisco, Jossey-Bass, 2000.

<sup>22</sup> Oppure a un *mixtum* desunto da affrettate commistioni. Si segnala, infatti, il rischio che si consolidi una prassi molto opinabile, rappresentata da un fenomeno la cui diffusione è stata giustamente stigmatizzata e liquidata come frutto di un semplice 'taglia e incolla'. In tal senso, A. TAYLOR, *Handbook of Family Dispute Resolution...*, cit., p. 142.

In effetti, spesso, si sono delineati, in passato, percorsi che ambivano a rimanere ben distinti. Inoltre, è stata abbastanza frequente l'assenza di una reciproca comunicazione, fra le varie 'scuole', determinata non tanto da difficoltà oggettive nell'interagire – giacché da tempo sussistono numerosi ambiti atti a stimolare il confronto<sup>23</sup> –, ma causata da contrapposizioni su temi centrali, qual è, ad esempio, quello dell'ascolto dei figli coinvolti nella crisi familiare, e delle eventuali, relative modalità<sup>24</sup>. Di tali difficoltà di interazione e dei contrasti correlati alla persistenza di uno scarso dialogo tra fautori di tendenze palesemente diversificate cominciano a farsi carico, però, già da alcuni anni, organismi che, a livello statale o internazionale, aventi natura pubblica o privata<sup>25</sup>, hanno dato vita ad apprezzabili iniziative intese a sollecitare nuove occasioni per favorire un ampio confronto.

In tali ambiti, si aspira alla condivisione di strategie indirizzate alla definizione di un quadro di riferimento il più possibile unitario, per dar piena garanzia all'esigenza di una tutela effettiva dei diritti che vengono in rilievo. Si tende, al tempo stesso, alla formulazione di proposte per sancire requisiti minimi, di carattere formativo-professionale, nonché criteri e metodi inerenti alla specializzazione dei mediatori, destinati ad esser recepiti dai legislatori nazionali, e alla redazione di precisi codici deontologici, i cui doveri si rivolgono a tutti coloro che agiscono in qualità di «mediatori familiari», in conformità alle normative dei singoli Paesi, laddove queste siano state già adottate, o in vista di una loro prossima stesura. In particolare, emerge, fra le questioni più pressanti, di cui si è avvertita l'urgenza soprattutto, ma non solo, a livello europeo, quella inerente alla formazione dei mediatori chiamati ad intervenire nelle controversie transfrontaliere. Un tema, questo, che ha acquisito una notevole centralità ultimamente, nel corso della fase di recezione della Direttiva dell'UE n. 52/2008, la cui finalità primaria consiste nel «garantire un migliore accesso alla giustizia» e, segnatamente, ai «metodi extragiudiziali di risoluzione delle controversie», promuovendo «ulteriormente l'utilizzo della mediazione», sì da assicurare alle «parti che vi ricorrono [...]» affidamento di un contesto giuridico

<sup>23</sup> Associazioni di mediatori professionisti, con i relativi siti *web*, riviste *ad hoc*, ove si segnalano convegni, conferenze, corsi di formazione e d'aggiornamento. L'esperienza induce a evidenziare, però, quell'autoreferenzialità cui si fa cenno nel testo. Il che non riguarda solo una categoria di professionisti, né una singola scuola, trattandosi di un fenomeno trasversale, anche se auspicabilmente in fase di superamento. Cfr. C. MARZOTTO (a cura di), *I Gruppi di Parola per i figli di genitori separati*, Milano, Vita & Pensiero, 2010. Altrettanto importante è il ricorso alla narrazione degli eventi ricorrendo a modalità idonee, come per esempio fiabe adatte ai bambini. Cfr. A. GENNI MILIOTTI, *Le fiabe per parlare di separazione. Un aiuto per grandi e piccini*, Milano, Franco Angeli, 2009.

<sup>24</sup> Su questi temi, cfr.. M. HERBERT, *Lavorare con i bambini in mediazione familiare*, Salerno, Ecomind, III ed., 2007. Di recente, cfr. altresì C. SIRIGNANO, *La mediazione educativa familiare. Una risorsa per le famiglie separate, divorziate e ricostituite*, Roma, Armando, 2010.

<sup>25</sup> Cfr. *infra*, par. 7-8, per qualche cenno alle diverse realtà statali.



certo»<sup>26</sup>. Al riguardo, se per un lato si può notare una netta divergenza di opinioni, circa l'opportunità o meno di estendere la relativa normativa di attuazione anche al diritto di famiglia, dall'altro si profila, con la massima evidenza, la necessità di tener conto di un dato inconfutabile: molti, fra i sistemi giuridici degli Stati membri, si avviano a ricomprendere le controversie familiari nell'alveo delle questioni di 'diritto civile' cui si applicheranno le norme attuative del 'disegno comunitario' tratteggiato dalla Direttiva in questione. Al contempo, in gran parte degli ordinamenti, si è contemplata l'applicabilità generale di queste ultime, estendendola alle controversie puramente interne, e non limitandola solo a quelle transfrontaliere, come del resto è ammesso chiaramente dalla Direttiva<sup>27</sup>. Il che impone un'attenta riflessione anche in quei sistemi che, come può dirsi per quello italiano, si discostano da tale impostazione, sebbene solo in parte.

### 3. *Uno sguardo al panorama interno visto in una prospettiva transnazionale*

Il nostro legislatore ha manifestato, per un verso, un chiaro *favor* verso l'idea di non differenziare la recente normativa sulla mediazione, dettata dal D.Lgs. n. 28/2010, a seconda della natura (puramente nazionale o transnazionale) del conflitto. Di qui, l'operatività delle nuove regole tanto nei casi di controversie civili e commerciali fra cittadini italiani, quanto in quelle di carattere transfrontaliero<sup>28</sup>. Per altro verso, però, ha preferito effettuare una scelta di segno contrario, rispetto a quella che sembra esser maggioritaria, in ambito europeo, giacché ha deciso di attuare la Direttiva esprimendo la dichiarata intenzione di mantenere il diritto di famiglia all'esterno dell'ambito operativo della disciplina di 'implementazione'<sup>29</sup>.

La motivazione addotta per giustificare tale mancata estensione è stata ancorata alla natura indisponibile dei diritti e degli obblighi che verrebbero in rilievo<sup>30</sup>, reputata di carattere generale e pertanto ostativa all'adozio-

<sup>26</sup> Così, letteralmente, i *considerando* 5 e 7.

<sup>27</sup> Cfr. l'ottavo *considerando*: «nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni», oltre a quelli transfrontalieri.

<sup>28</sup> In giurisprudenza, si segnala un'ordinanza, pronunciata dal Tribunale di Varese, I Sezione Civile, il 6/9.4.2010, con la quale si è escluso che, in una controversia in tema di diritto di famiglia, si configuri l'obbligo, per il legale, di informare il proprio assistito della possibilità di avvalersi della mediazione (ex art. 4, I co. 3, D.Lgs. n. 28/2010), in quanto la normativa in questione si riferisce alle sole «controversie civili e commerciali vertenti su diritti disponibili» (art. 2). Cfr. per il testo dell'ordinanza, annotata da A. CAPOZZOLI, <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=50021>>.

<sup>29</sup> Cfr. *infra* par. 4.

<sup>30</sup> Cfr. un'esplicazione del contenuto della riforma e della *ratio legis*, nel sito del governo italiano <[http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/mediazione\\_civile/schema\\_decreto.pdf](http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/mediazione_civile/schema_decreto.pdf)>.

ne di misure di recezione della Direttiva, in materia di diritto di famiglia, non solo dai redattori del testo normativo, ma anche da qualche primo commentatore della riforma<sup>31</sup>.

Tuttavia, è opportuno osservare che un eventuale accordo, raggiunto a seguito di una mediazione, con riferimento a situazioni giuridiche inerenti al diritto di famiglia potrebbe violare il principio di indisponibilità dei diritti e degli obblighi di cui i soggetti interessati sono titolari solo se dovesse incidere su diritti non negoziabili, se fosse l'esito di un percorso imposto dalla legge oppure in assenza, ove necessaria, di un'adeguata ed effettiva assistenza legale, che sia cioè accessibile anche a chi sia privo dei mezzi per sostenerne i costi. Analogamente, si può dire, d'altronde, per altre ipotesi, «particolarmente frequenti [... anche] in materia di diritto del lavoro», come è puntualizzato testualmente nella Direttiva<sup>32</sup>. Diversamente, in assenza di obbligatorietà e in presenza di un'ideale tutela dei diritti in questione, non v'è alcun motivo per ritenere che accordi raggiunti liberamente *inter partes*, di cui si sia appurata la conformità ai principi inderogabili operanti in materia, non possano rientrare nell'ambito applicativo della disciplina recettiva della Direttiva comunitaria.

Certo, se si dovesse accogliere la premessa per cui il carattere dell'obbligatorietà – attribuito con ampiezza dal legislatore italiano al tentativo di mediazione in ambito civile e commerciale<sup>33</sup> – sia un elemento costitutivo imprescindibile dell'istituto, allora si dovrebbe concludere, ineluttabilmente, che le situazioni giuridiche soggettive del diritto di famiglia non possano esservi mai assoggettate, pena il rischio di un conflitto con le garanzie previste, anche dalla Direttiva, per i diritti indisponibili.

L'obbligatorietà del ricorso alla mediazione, però, non è un tratto qualificante dell'istituto, intrinseco ad esso, per quanto sia pienamen-

<sup>31</sup> Cfr. la nota di R. NOVATI, *La mediazione familiare alla luce del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, in <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=11337>>.

<sup>32</sup> Si può notare che – come reso esplicito dalla stessa Direttiva n. 52/2008 – l'indisponibilità è una caratteristica 'frequente', ma non necessaria, delle situazioni che si presentano in entrambi i contesti, lavorativo e familiare (*considerando* n. 10).

<sup>33</sup> Un requisito, questo, che è stato fortemente contestato sia anteriormente all'emanazione del D.Lgs. n. 28/2010, sia, in seguito, nell'approssimarsi della data della sua entrata in vigore, prevista per il 20 marzo 2011, tanto che, da ultimo, è stata prevista una proroga di un anno nel cosiddetto «Decreto mille proroghe», quanto alle controversie condominiali e in tema di incidenti stradali e della navigazione Cfr. la legge del 26 febbraio 2011, n. 10 (art. 16-*decies*). Se però volgiamo lo sguardo ad altri Paesi, che si accingono a recepire la Direttiva 52/2008, come la Spagna, ecco che si nota un certo *favor* verso la soluzione italiana. Ad esempio, il Presidente dell'Istituto Spagnolo per la Mediazione, ritiene che non sia affatto fuori luogo ipotizzare una soluzione come quella accolta dal D.Lgs. n. 28/2010. Cfr. in tal senso un brano di un articolo che riporta una sua recente intervista. Cfr. A. SÁNCHEZ-PEDREÑO, intervista rilasciata al *Diario Jurídico*, reperibile nel link <<http://www.diariojuridico.com/entrevista-destacada-2/entrevista-con-antonio-sanchez-pedreno-presidente-instituto-espanol-para-la-mediacion.html>>.

te ammissibile e dunque possa esser senz'altro contemplato dalla legge statale<sup>34</sup>.

Semmai, com'è noto, è una delle caratteristiche del nuovo 'regime', introdotto dal D.Lgs. n. 28/2010 relativamente a un'estesa cerchia di controversie civili, che ha suscitato le discussioni più animate, in Italia<sup>35</sup>, sebbene le principali censure possano rivolgersi, piuttosto, ad alcune delle conseguenze sanzionatorie previste per i casi di rifiuto della proposta di un accordo formulabile, anche *sua sponte*, dal mediatore, qualora le parti non si siano accordate<sup>36</sup>. È opportuno ribadire, al riguardo, che se l'obbligatorietà non è sancita dalla Direttiva n. 52/2008 quale requisito essenziale della mediazione, è tuttavia una sua eventuale caratteristica, non esclusa *a priori*, purché la relativa normativa nazionale non ostacoli l'esercizio del diritto delle parti ad accedere al sistema giudiziario<sup>37</sup>.

La natura obbligatoria non è contemplata tuttavia da gran parte dei testi o dei progetti di legge stranieri tramite i quali si sta attuando, in Europa, l'adattamento degli ordinamenti interni al dettato dell'UE, sia in generale, ossia relativamente al quadro inerente il diritto civile<sup>38</sup>, sia nella regolamentazione della mediazione familiare<sup>39</sup>. Anzi, per restare

<sup>34</sup> Ricordiamo, sul punto, quanto previsto dalla Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (98) 1 del 22.1.1998.

<sup>35</sup> Si delineano diverse opinioni sul punto. Dato che gli avvocati risultano le «prime vittime della situazione del processo», si conclude notando come «criticare la mediazione pare gravemente contraddittorio, quasi... suicida!». Così V. VIGORITI, *Mediazione: un'opportunità da cogliere*, in *Guida al Diritto*, giugno 2010, p. 1 ss., pp. 6-10. Cfr. altresì V. VIGORITI, G. CONTE (a cura di), *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, Torino, Giappichelli, 2010. Relativamente al dovere di informazione gravante sull'avvocato (sancito dall'art. 4, co. 3, D.Lgs. n. 28/10), si considera «condivisibile, mentre non lo è l'apparato sanzionatorio che lo completa [i.e. l'annullabilità del mandato]». Sul tema, sia consentito il rinvio ad E. URSO, *La mediación en Italia y en el panorama europeo a la luz de la Directiva CE/2008/52*, in AA.VV., *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el Siglo XXI*, (a cura di) C. FERNÁNDEZ CANALES, E. VÁZQUEZ DE CASTRO, L. GARCÍA VILLALUENGA, J.L. TOMILLO URBINA, Madrid, Reus, 2010 Tomo I, *Mediación*, p. 315 ss., p. 348.

<sup>36</sup> Si delineano delle previsioni che disegnano un quadro tale da poter determinare, in talune situazioni, indebite forme di pressione, su chi intenda tutelare i propri diritti per via giudiziale. Sarebbe però sufficiente introdurre un richiamo alla *ragionevolezza* del mancato accoglimento della proposta, per evitare simili rischi e trasformare il meccanismo in una valida opportunità.

<sup>37</sup> Com'è noto, nella Direttiva n. 52/2008 assume centralità la mediazione non obbligatoria. La legittimità di forme 'obbligatorie' di conciliazione è stata ammessa sia dalla Corte costituzionale, sia dalla Corte di Giustizia Cfr. G. SCIANCALEPRORE, P. PACILEO, *La mediazione e la conciliazione: profili generali*, in G. SCIANCALEPRORE, S. SICA, *Mediazione e conciliazione*, Torino, Giappichelli, 2010, Cap. I, p. 3 ss., p. 5.

<sup>38</sup> Così può dirsi per la progettata riforma spagnola. Cfr. nella II Parte il testo dell'*Anteproyecto* presentato il 19.2.2010.

<sup>39</sup> In tal senso, cfr. la recentissima normativa francese, ossia, il *Décret* n. 2010-1359 del 12.11.2010 *relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale*, riportato nella II Parte.

a quest'ultima, si può notare come già nel periodo anteriore all'emanazione della Direttiva – e, a maggior ragione, in quello successivo – si sia sempre valutata attentamente l'esigenza di tener conto del carattere di volontaria giurisdizione che connota, almeno di norma, il procedimento di mediazione, cui si riferisce espressamente uno dei suoi *considerando* (n. 13). Nel contesto del diritto di famiglia, si tratta, in definitiva, di bilanciare due interessi contrapposti. Innanzitutto, quello alla libera esplicazione dell'autonomia privata e, quindi, quello a che siano posti chiari argini giudiziali a protezione delle posizioni maggiormente suscettibili di dar luogo a forme di abuso, da parte del soggetto economicamente o anche solo psicologicamente 'più forte', fra i due 'contendenti'. Pertanto, occorre assicurare che il diritto al giusto processo non si riduca ad una garanzia astratta, ma sia sempre una possibilità concreta, da attuare raccordando le previsioni dettate dalla legge ordinaria, disciplinanti il processo civile e le forme extra-giudiziali di risoluzione delle controversie, con le finalità perseguite a livello costituzionale (artt. 24 e 111 Cost.) in relazione ai diritti fondamentali che vengono in rilievo, tutelati anche in ambito europeo (art. 6 CEDU, art. 47 CDFUE). Come già ricordato, nei *considerando* della Direttiva si precisa, da un lato, come la sua disciplina non possa applicarsi in presenza di diritti ed obblighi «su cui le parti non hanno la facoltà di decidere da sole in base alla pertinente legge applicabile [...] particolarmente frequenti in materia di diritto di famiglia», oltre che nel diritto del lavoro (n. 10). Dall'altro, si soggiunge, tuttavia, che il contenuto di «un accordo risultante dalla mediazione», reso esecutivo in uno Stato membro dell'UE, «dovrebbe essere riconosciuto e dichiarato esecutivo negli altri Stati membri in conformità della normativa comunitaria o nazionale applicabile». Ad esempio, ciò si può dire per le ipotesi rientranti nella sfera operativa di alcuni Regolamenti dell'UE, fra i quali viene menzionato, non a caso, anche quello relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale (n. 2201/2003), esplicitamente richiamato dal *considerando* n. 20.

Quest'ultimo Regolamento è ricordato pure nel *considerando* n. 21, ove si enuncia il criterio centrale, accolto ai fini dell'esecutività degli «accordi fra le parti», ossia il requisito per cui, per poter esser «esecutivi in un altro Stato membro», questi devono «essere esecutivi nello Stato membro in cui sono stati conclusi». Qui si chiarisce altresì che, qualora il contenuto di «un accordo risultante dalla mediazione in materia di diritto di famiglia» non sia esecutivo nello Stato membro in cui sia stato concluso ed ove ne sia chiesta l'esecuzione, la Direttiva n. 52/2008 non «dovrebbe incoraggiare le parti ad aggirare la legge di tale Stato», rendendo «l'accordo in questione esecutivo in un altro Stato membro». Pertanto, si può affermare che quando venga riconosciuto, viceversa, il carattere esecutivo dell'accordo nello Stato in cui questo abbia avuto conclusione, si possa senz'altro darvi esecuzione in un altro Stato dell'UE. Altrimenti, sotto l'egida della pretesa natura indisponibile di tutti i diritti e i doveri correlati alle controversie

oggetto di mediazione familiare, si rischierebbe di avallare quelle che si potrebbero definire come *limping mediations*, in quanto si verrebbero a privare di esecutività mediazioni frutto di accordi pienamente validi ed efficaci, nello Stato in cui sono stati raggiunti, per il solo fatto che sia intervenuto un elemento di estraneità (come, ad esempio, il trasferimento della residenza di un componente della coppia in un altro Stato membro, dopo la separazione o il divorzio; il che accade di sovente, nelle coppie di diversa nazionalità). Così, si finirebbe per vanificare la finalità primaria della Direttiva. È quindi auspicabile che, in Italia, si giunga quanto prima ad una disciplina specifica, adottando nuove norme che completino l'attuale quadro normativo, in modo da tener conto della necessità di non circoscrivere la sfera di esecutività degli accordi, conseguenti a un percorso di mediazione familiare, limitandone gli effetti all'interno dell'ordinamento in cui sono stati raggiunti. Se, per un verso, la mancanza di previsioni di legge dettate<sup>40</sup>, in questo ambito, non comporta, in quanto tale, una violazione del diritto dell'UE, o meglio non dà vita ad alcuna infrazione (*infringement*) del dovere di realizzare gli obiettivi indicati dalla Direttiva<sup>41</sup>, per altro verso, non si possono sottovalutare le difficoltà derivanti dall'estrema divaricazione fra il nostro sistema e quegli ordinamenti europei ove è prevalsa l'idea di dare una veste normativa alla mediazione familiare, ancorché con sfumature alquanto diverse.

Proprio perché, comparando l'ambizioso obiettivo della Commissione Europea, espresso dal Libro Verde del 2002<sup>42</sup>, con quello proprio della Direttiva n. 52/2008, quest'ultima appare rivolta ad un'armonizzazione minima, ossia al ravvicinamento delle discipline nazionali relative alle sole controversie transfrontaliere, spettando agli Stati membri la scelta di ampliarne l'operatività ai casi puramente interni, diventa ancora più paradossale il limite conseguente dall'estromissione, dal nuovo *corpus* di regole processuali, di tutte le questioni di diritto di famiglia, derivante dall'opzione fatta propria dal legislatore italiano.

<sup>40</sup> Tutt'altro che dettagliata è la previsione di cui all'art. 155-*sexies* c.c., come riformata dalla legge n. 54/2006. Sul punto, cfr. *infra* par. 9.

<sup>41</sup> Come già sottolineato nel testo, ai fini del riconoscimento e dell'esecutività di un accordo frutto di una mediazione all'interno di uno Stato diverso dell'UE, rispetto al quello in cui fu raggiunto ed ove tale accordo sia già esecutivo, rileva quanto previsto dalla «normativa comunitaria o nazionale applicabile». È lecito chiedersi se quest'ultima possa porre delle limitazioni, non ammettendo cioè che si possa dar esecuzione a un accordo fra soggetti già uniti in un matrimonio omosessuale, qualora tale matrimonio – come può dirsi per l'attuale ordinamento italiano – dovesse esser ritenuto non riconoscibile in base alla sua asserita contrarietà alle «norme di ordine pubblico». Il pericolo di violare il principio di non discriminazione, sancito dalla CDFUE (art. 21) sussiste, a maggior ragione se si considera la sua opportuna menzione della Carta nel recente Regolamento n. 1259/2010 nei *considerando* n. 25 e 30.

<sup>42</sup> Cfr. C. CAMPIGLIO, *Scritti di diritto internazionale privato e penale*, Torino, Wolters Kluwer Italia, 2009, p. 374 ss.

#### 4. *La mediazione familiare fra pluralismo dei modelli ed univocità delle garanzie di professionalità*

Le motivazioni della scelta espressa dalla recente riforma (D.Lgs. n. 28/2010) possono esser state molteplici, ma è ragionevole supporre che, ad esser decisive, più che alcune difficoltà pratiche, pur esistenti<sup>43</sup>, siano state determinate questioni di principio, legate alla discussa questione della presenza e del ruolo dell'avvocato all'interno della mediazione familiare<sup>44</sup>. Tale presenza è reputata sempre indispensabile, da una parte della classe forense, in Italia, fautrice altresì della necessaria formazione giuridica del mediatore, in qualsiasi campo questi espliciti la propria attività<sup>45</sup>. Si tratta di una tesi apertamente contestata da gran parte degli esperti della materia, che temono che così si possa avallare un radicale stravolgimento dell'istituto della mediazione. In quest'ottica, non viene affatto in rilievo una chiusura apodittica verso la figura del consulente delle parti. Anzi, v'è una piena consapevolezza sia della necessità che, nel corso della mediazione, ci si possa avvalere di un esperto, sia del fatto che questi possa essere un giurista, purché il suo ruolo sia chiaramente distinto da quello del mediatore. Al contempo, non si osteggia, di per sé, la compresenza di una duplice formazione, nel mediatore, sì che anche un professionista del settore legale, che abbia un'adeguata preparazione ed esperienza, potrà assumere tale veste, a patto che sappia tracciare una netta distinzione fra le due funzioni. Quindi, si riconosce l'opportunità di prevedere l'assistenza di un legale, tanto che se ne sostiene pure la necessità, onde evitare disequilibri, nelle situazioni in cui le parti non appaiano al mediatore in condizioni paritetiche, sì che occorra garantire ad entrambe una consulenza specialistica, ad opera di chi, dunque, si affianchi al mediatore, senza sostituirsi però, né sovrapporsi, alla sua attività. Che questo sia un obiettivo realizzabile è dimostrato dal fatto che, in tal senso, si possono già segnalare alcune interessanti prassi, elaborate nelle esperienze in cui si stanno diffondendo sempre più le organizzazioni degli 'avvocati collaborativi' (*collaborative lawyers*), operanti in molti ambiti nella realtà statunitense e ormai presenti, con le loro associazioni, anche in altri Paesi, compresa l'Italia<sup>46</sup>. Notoriamente, simili iniziative tendono a reagire all'originaria

<sup>43</sup> Il riferimento è alla mancanza di una precedente normativa, in materia, comparabile a quella già vigente in altri Paesi dell'UE, nonché alla scarsa diffusione di reti di a livello nazionale. Cfr. sul punto *infra* parr. 7-8.

<sup>44</sup> Cfr. *infra* par. 4.

<sup>45</sup> Cfr. *infra* par. 4.

<sup>46</sup> Antesignana del movimento è stata L. TESLER, *Collaborative Law*, American Bar Association, 2001. Sulle questioni riguardanti una nuova concezione della 'genitorialità', nel diritto statunitense, cfr. N.E. DOWD, *Fathers and the Supreme Court: Founding Fathers and Nurturing Fathers*, in 54 *Emory Law Journal*, 2005, p. 1271 ss. Per una visione comparatistica sul tema, cfr. AA.VV., *Symposium: Collaborative Law*, in 1 *Judicial Studies Institute*, 2009, nel link <<http://www.jsijournal.ie/html/>

prevalenza di un'accentuata propensione verso la *litigation* – tanto che, nelle cause di divorzio, non era raro rinvenire, negli USA, richieste di *punitive damages*, di per sé tali da inasprire ulteriormente le già compromesse relazioni fra gli *ex-coniugi*<sup>47</sup>. Si disvela così l'intento di ridefinire lo stesso ruolo dell'avvocatura, specie nelle controversie familiari<sup>48</sup>. Più precisamente, l'orientamento espresso da chi si fa promotore di questa nuova concezione si basa sull'idea che le parti siano in grado di raggiungere direttamente un accordo, ancorché con l'ausilio di professionisti con diverse competenze, che svolgano, rispettivamente, il ruolo di mediatore, di negoziatore, di consulente legale o di esperto in altri settori (ad es., finanziario). Fra costoro si deve necessariamente instaurare una relazione di una mutua fiducia, nel senso che il professionista della mediazione (qualunque sia la sua formazione di base, giuridica o no) deve rispettare la funzione tanto degli esperti, quanto del legale o dei legali della coppia, a seconda che si sia concordato di condividere la scelta dell'avvocato oppure che questi sia stato incaricato individualmente, da ciascun coniuge. Di qui, l'affermarsi di una concezione ispirata, appunto, alla collaborazione, sia fra le parti, sia fra tutti coloro che le assistano, a diverso titolo. In breve, sarebbe alquanto difficile da comprendere, per un *collaborative lawyer* statunitense, il motivo per cui si propugna con forza, da parte di alcune associazioni ed organismi di categoria, in Italia, la presenza, in tutte le ipotesi, di un legale, per ciascuna delle parti, che partecipi a tutte le fasi della mediazione, oppure la ragione per la quale si ritiene che solo l'avvocato possa essere mediatore<sup>49</sup>. Le obiezioni non mancano, neppure negli Stati Uniti, ma sono di tutt'altro genere, in quanto si è contestato il fatto che, nel mandato conferito al *collaborative lawyer*, di norma, ma non necessariamente, dai due coniugi in modo congiunto, si possa delimitare il suo operato alla fase non contenziosa, volta al raggiungimento di un accordo<sup>50</sup>, sì che, in caso di insorgenza di conflittualità fra i componenti della coppia divenga necessario, per ciascuno di loro, conferire l'incarico ad un altro legale. Si è criticato inoltre il fatto che, in tal modo, si instauri un rapporto fra l'avvocato e i suoi assistiti di carattere parziale, circoscritto cioè ad un preciso obiettivo e dunque non rispondente al dovere di fornire

volumes\_9\_1.htm>, ed ivi, in particolare, i contributi di L. CROWLEY, *Collaborative Law: The Future Cornerstone of the Resolution Process?*, di R. POLLACK, *Real and Perceived Disadvantages of Collaborative Law* e di P. MALLON, *Collaborative Practice: An Overview*. Sul tema, vedi inoltre S. DAICOFF, *Collaborative Law: A New Tool for the Lawyer's Toolkit*, in *Collaborative*, 2010, p. 1.

<sup>47</sup> Cfr. *infra* par. 7.

<sup>48</sup> Cfr. *infra* par. 7.

<sup>49</sup> Cfr. *infra* par. 4.

<sup>50</sup> Il che accade spesso tramite il ricorso alla mediazione, compiuta da un professionista (*family mediator*), ma a volte anche attraverso una negoziazione compiuta dallo stesso, unico legale, incaricato dalle parti di seguirle nel percorso prodromico al raggiungimento dell'accordo. Cfr. *infra* par. 7.

una tutela integrale alle parti. È molto discussa altresì la possibilità di patuire il compenso del *collaborative lawyer* in funzione del raggiungimento dell'accordo. Da un lato, si paventa, quindi, una violazione del dovere professionale di assistere *in toto* coloro che richiedano l'assistenza legale. Dall'altro, si evidenzia il rischio di seri condizionamenti della libertà delle parti, dal momento che il patto in questione potrebbe indurre l'avvocato ad incidere, seppur in modo indiretto o inconsapevole, sulle loro scelte, solo per acquisire un vantaggio patrimoniale. Ebbene, simili prospettive, assieme alle critiche correlate, non sono neppure ipotizzabili nel nostro ordinamento, per evidenti ragioni legate ai divieti sanciti dalle regole della deontologia professionale, mentre sarebbe pienamente ammissibile e senz'altro auspicabile una rinnovata attenzione da parte dell'avvocatura verso la mediazione, in modo da favorire, in modo effettivo, la composizione amichevole delle controversie, senza che ciò implichi, per i legali, alcuna sottrazione delle proprie competenze e, per i mediatori professionali (qualunque sia la loro formazione di base), indebite commistioni di ruoli.

Quindi, la *ratio* sottesa alla cautela espressa dalla decisione di non legiferare in materia di diritto di famiglia – attuata con il D.Lgs. n. 28/2010 – non si può reputare correlata a preoccupazioni analoghe a quelle riguardanti i peculiari aspetti dell'attività di alcuni *collaborative lawyer* statunitensi cui si è appena fatto cenno. Oltretutto, è da considerare solo in parte dovuta alla consapevolezza delle contrapposizioni fra i diversi «modelli» di mediazione familiare, prima evocati, o meglio, della disomogeneità fra gli stessi, a livello europeo. Non sembra, infine, che abbia inciso neppure la constatazione dell'obiettiva carenza, in Italia, di un ricco sostrato di esperienze concrete che connota quei Paesi dell'UE ove è già in atto una fase di coordinamento, a livello nazionale, volta al riordino delle fonti, al loro rinnovamento e all'adattamento alle nuove realtà socio-familiari e a mutamenti del quadro istituzionale<sup>51</sup>. Difatti, nonostante alcune evidenti disarmonie e lacune normative, sulle quali torneremo fra breve, le prassi che si sono affermate nel nostro Paese potrebbero, dopo tutto, rappresentare delle basi iniziali sufficienti, sulle quali costruire un'adeguata reazione alla sfida imposta dalla Direttiva n. 52/2008, così da assicurare una rispo-

<sup>51</sup> È noto che, in molti Paesi dell'Unione Europea, sono intervenuti cambiamenti di un rilievo tale da giustificare una specifica attenzione alle nuove situazioni, specie nell'ultimo decennio, ossia durante un periodo in cui erano già presenti, in gran parte di essi, previsioni legislative in tema di mediazione familiare. Pensiamo, fra le maggiori novità, all'ormai diffusa regolamentazione delle unioni registrate o civili e all'estensione del matrimonio alle coppie composte da persone del medesimo sesso (il che è avvenuto per via legislativa in Olanda – 2000 –, Belgio – 2003 –, Spagna – 2005 –, Svezia – 2009 –, Norvegia – 2008 –, Portogallo – 2010 –). Nel nostro ordinamento giuridico la mancata estensione del matrimonio alle coppie omosessuali non è stata considerata costituzionalmente illegittima. Cfr. la sentenza della Corte Costituzionale n. 138/2010, nonché le successive ordinanze, del 7.7.2010, n. 276/2010 (in <<http://www.giurcost.org/decisioni/2010/0276o-10.html>>) e del 16.12.2010 n. 4/2011 (in <<http://www.giurcost.org/decisioni/2011/0004o-11.html>>).



sta, quanto meno, agli interrogativi più urgenti, inerenti al rapporto fra mediazione familiare e processo e alla qualificazione degli 'esperti'<sup>52</sup>, cui conferire il delicato compito di operare nel settore. D'altronde, su un duplice profilo v'è ormai chiarezza: circa il carattere volontario del tentativo di giungere a un accordo, tramite la mediazione familiare, e sul necessario intervento di soggetti specializzati, che abbiano maturato un'idonea esperienza in questo campo<sup>53</sup>. Pertanto, la motivazione che può davvero spiegare la scelta di non intervenire legislativamente è da porre in relazione con le divaricazioni fra le impostazioni proprie dei distinti ordini professionali maggiormente interessati, ossia, essenzialmente, l'ordine degli avvocati e quello degli psicologi<sup>54</sup>. È noto che, fra le riforme *in fieri*, v'è pure quella delle professioni intellettuali. Quindi, si può comprendere agevolmente perché si possa esser giunti alla decisione di non prender posizione, almeno per il momento. In fondo, nella fase attuale si discute ancora animatamente non solo delle vie da seguire, nel riformare l'attività forense<sup>55</sup>, in prospettiva della specializzazione dei legali (anche) in diritto di famiglia e dei minori<sup>56</sup>, ma altresì sui requisiti per accedere alla professione di mediatore, intesa quale figura professionale distinta, rispetto a quelle «già regolamentate»<sup>57</sup>, ossia riconducibili agli albi professionali esistenti. Quindi,

<sup>52</sup> Il termine adoperato è, non a caso, quello che si rinviene nell'unica norma vigente che tratta della mediazione familiare, in ipotesi di separazione e/o di divorzio: l'art.155-*sexies* c.c., come riformato dalla Legge n. 54/2006. In giurisprudenza, si segnala, in senso conforme ad una posizione affermata anteriormente all'entrata in vigore della riforma del 2006 (Tribunale Bari, 21 novembre 2000, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2001, p. 1501 ss.), un'ordinanza del Tribunale di Lamezia del 5.12.2007, con la quale si riconduce la figura del mediatore a quella dell'esperto, del cui operato il giudice si può avvalere in applicazione dell'art. 68 c.p.c. cfr. <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=39413>>. A maggior ragione, si giustificano le riserve nei confronti della formula legislativa adoperata dalla L. n. 54/2006.

<sup>53</sup> Nel dibattito che ha preceduto e, quindi, seguito l'entrata in vigore della legge sull'affidamento condiviso sono stati questi i nodi principali da sciogliere. In effetti, in uno dei disegni di legge presentati in materia, si prevedeva, inizialmente, che la mediazione dovesse essere obbligatoria.

<sup>54</sup> Anche l'ordine degli assistenti sociali potrebbe esser interessato, ma probabilmente a causa dell'eterogeneità delle figure che operano nel settore dei servizi sociali, è stata molto meno «compatta» la reazione alle novità che si profilano, nel campo in esame.

<sup>55</sup> Risale al 23 novembre 2010 l'approvazione, da parte del Senato, in prima lettura, del testo unificato comprensivo di vari Disegni di legge, in tema di professione forense. Si è avuta conferma, anche a seguito dell'approvazione, nel dibattito fra i 'protagonisti' della riforma, in ambito politico e professionale, come uno dei punti più controversi sia proprio quello inerente alla previsione della figura dell'avvocato specialista o specializzato. Il che rileva in modo particolare, ai fini del tema in esame.

<sup>56</sup> La specializzazione potrà riguardare il diritto di famiglia e dei minori. Il Titolo di Avvocato specializzato sarà rilasciato dal Consiglio Nazionale Forense (CNF).

<sup>57</sup> Cfr. in tal senso la Direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno.

il silenzio del legislatore può esser interpretato come il riflesso di una tensione irrisolta, oltre che di una difficoltà contingente. Si prova la sensazione d'esser di fronte, dunque, più che ad un preciso programma di non legiferare, ad una strategia d'attesa imposta dalle circostanze e dovuta, con tutta probabilità, alla volontà di non alimentare eventuali reazioni di chiusura, analoghe a quelle che era prevedibile potessero esser ingenerate da quelle previsioni del D.Lgs. n. 28/2010 implicanti una trasformazione radicale di alcune coordinate-base del processo civile e, in particolare, dalle disposizioni attinenti all'obbligo di far ricorso alla mediazione anteriormente alla proposizione della domanda giudiziale, quale condizione di procedibilità della stessa, in presenza di determinate controversie, e al dovere dell'avvocato di informare con chiarezza il proprio assistito al riguardo, attestando per iscritto l'avvenuta comunicazione, pena l'annullabilità del mandato. Tuttavia, essendovi ormai concordia di opinioni quanto all'inadeguatezza dell'applicazione, *tout court*, di un meccanismo identico alle controversie riguardanti il diritto di famiglia e dei minori, sarebbe stato più coerente con il progetto riformatore sancire un regime *ad hoc*, per tali questioni, senza doverle assoggettare necessariamente alla 'regola generale', appena richiamata, valevole per numerosi ambiti del diritto civile, e fatta oggetto di numerose censure, essenzialmente da un'ampia parte dell'avvocatura, tanto da lasciar già presagire un rinvio, sebbene parziale, dell'entrata in vigore della riforma, oltre che varie forme di protesta.

Torneremo in seguito sugli sviluppi più recenti e sulle prospettive *de iure condendo*<sup>58</sup>. Adesso, si può ribadire, comunque, una notevole contraddizione fra quel che può definirsi il tratto qualificante, l'opzione di fondo, tradottasi nella recente disciplina (D.Lgs. n. 28/2010 e Regolamento n. 180/2010) tendente a una vastissima estensione della mediazione in ambito privatistico, e la scelta di espungere da tale ambito il diritto di famiglia – settore, questo, in relazione al quale v'è una concordanza maggiore, fra gli esperti (giuristi e no), circa l'utilità e l'opportunità di adottare misure ulteriori, idonee a completare il quadro normativo, rendendolo più organico e completo, rispetto a quello attuale<sup>59</sup>. Infatti, tale esigenza si palesa, ormai con linearità, già da tempo proprio perché le previsioni adottate sinora, emanate dapprima in tema di diritto dei minori<sup>60</sup>, quindi in relazione ad alcune situazioni in cui emergono, rispettivamente, condizioni di rischio o di potenziali tensioni, di maggiore o minor gravità, per la vita familiare<sup>61</sup>, hanno avuto un carattere settoriale e parziale, oltre che,

<sup>58</sup> Cfr. *infra* par. 9.

<sup>59</sup> Cfr. *infra* parr. 4 e 9.

<sup>60</sup> Il riferimento è alla legge n. 285/1997, sui cui contenuti ed attuazione, in materia, cfr. *infra* par. 4. Sul tema, cfr. E. MARIANI, *Dove vanno le politiche per i minori? Fra L. n. 285/97 e piani di zona*, in *Cassazione Penale*, 2004, 11, p. 3857 ss.

<sup>61</sup> Ci si riferisce, rispettivamente, ai pericoli connessi alle condotte violente, tenute all'interno della famiglia, e alla disciplina degli ordini di protezione (di cui

per alcuni aspetti, intenzionalmente vago. Il fatto che sia prevalsa un'opzione, nel D.Lgs. n. 28/2010, estremamente favorevole all'individuazione di un'ampia cerchia di controversie da sottoporre alla regola del previo esperimento di un tentativo di mediazione (art. 5), rende quindi ancora più pressante il bisogno di dedicare una specifica attenzione alle problematiche familiari implicate dal conflitto. Al contempo, visto che si è scongiurato il pericolo di un'equiparazione indifferenziata fra situazioni alquanto diverse, è auspicabile che la deliberata astensione legislativa sia seguita ora da un dibattito animato da un reale intento innovatore, da cui trapeli altresì una particolare sensibilità verso quelle nuove 'realità familiari' che, sebbene non regolate dalla legge italiana, sono però sempre più ricorrenti, specie se si considerano quelle coppie – composte da cittadini e/o stranieri – che, all'estero, hanno dato vita a unioni non coniugali, ivi assoggettate a precise regole (*pacs, civil union, partnership* registrate), o a matrimoni fra persone del medesimo sesso; situazioni in cui – sembra utile ricordarlo – è quasi sempre ammessa anche l'adozione dei minori o il ricorso alla procreazione medicalmente assistita (PMA)<sup>62</sup>. Inutile sottolineare l'indifferibilità del problema, di cui è avvertita la centralità certo non solo a livello dottrinale, come si poteva osservare appena qualche anno fa, ma anche nelle discussioni concernenti gli interventi, già attuati o programmati, del legislatore dell'UE<sup>63</sup>. In particolare, si può segnalare la necessità di affidare a mediatori specializzati tutti i casi, transfrontalieri e no, relativi a famiglie che richiedano d'esser comprese nella propria peculiarità, dovuta ora al fatto che si tratti di realtà molto innovative, se confrontate con la famiglia nucleare, fondata sul matrimonio, oppure di nuclei familiari che, all'opposto, esprimono un intenso radicamento con le tradizioni del passato, con conseguente distacco dalla visione prevalente

alla legge n. 154/2001), e alle situazioni di conflittualità che si possono presentare nei casi di crisi dell'unione fra i genitori (di cui alla legge n. 54/2006). Su entrambi gli ambiti, cfr. *infra* par. 4.

<sup>62</sup> Mentre, infatti, nei casi delle coppie unite da un *pacs* (*pacte civil de solidarité*), in base al diritto francese, non è possibile dar vita a un rapporto di filiazione adottiva, né aver accesso alla PMA, diversamente, in quasi tutti i Paesi dell'Unione Europea che hanno legiferato in materia di «nuove unioni», queste ultime sono state totalmente equiparate a quelle matrimoniali quanto alla possibilità di adozione piena dei minori, nonché ai fini dell'accesso alla PMA. Eppure, anche in Francia sono sorti seri problemi, nei casi di rapporti di filiazione in cui i genitori (biologici o affettivi) siano uniti da una relazione non coniugale, eterosessuale od omosessuale, sì che si discute oggi animatamente sull'esigenza di una nuova disciplina in tema di *autorité parentale*.

<sup>63</sup> Dopo la stesura di queste note, è stato approvato un Regolamento dell'UE (n. 1259/2010), il 20 dicembre del 2010, il cui contenuto è in parte accennato nel testo, con riferimento alla proposta approvata dalla Commissione. Prima dell'approvazione del Regolamento n. 1259/2010, per un'attenta analisi delle questioni che si presentano in materia, cfr. O. LOPES PEGNA, *La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profili problematici*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, p. 126 ss.

nella società contemporanea. Il che accade spesso in caso di coppie 'miste', o meglio appartenenti a etnie, origini nazionali o tradizioni diverse. Solo approfondite conoscenze, a livello sociologico, antropologico, culturale, in senso lato, unite alle competenze linguistiche, possono consentire di svolgere la professione di mediatore in modo da fronteggiare conflitti legati (anche) a contrasti scaturenti dai contrapposti modi di intendere la vita comune. In tali ambiti, oltre alla conoscenza del diritto interno e delle dinamiche relazionali proprie del luogo in cui il mediatore opera, è indispensabile altresì quella del diritto straniero, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali, delle prassi seguite concretamente, delle specifiche competenze degli organi giudiziari e dei vari soggetti che, a vario titolo, possono intervenire in materia familiare (i servizi sociali per l'infanzia, i centri di sostegno psicologico e di lotta all'emarginazione e alla violenza endofamiliare, che spesso esistono, sebbene caratterizzati da diverse modalità attuative, all'estero)<sup>64</sup>.

Non viene in considerazione, dunque, soltanto l'applicazione del diritto internazionale privato e processuale, come regolato dalle norme nazionali o, più spesso, dal diritto pattizio – pensiamo, innanzitutto alle Convenzioni de L'Aja rilevanti nel settore in esame – e dal diritto dell'Unione Europea, che ormai ha acquisito, in materia, una sua peculiare fisionomia. Al riguardo, è quasi superfluo sottolineare l'importanza del Regolamento n. 2201/2003, in tema di 'responsabilità' dei genitori verso i figli, in caso di crisi della loro unione, sia questa coniugale o no, e siano i figli 'comuni' o meno alla coppia, noto come *Bruxelles-II bis*<sup>65</sup>, oppure al ruolo del Regolamento n. 4/2009 in tema di obbligazioni alimentari<sup>66</sup>, disciplinante il recupero dei crediti alimentari transfrontalieri derivanti dalle relazioni di famiglia, e della ormai prossima normativa dell'UE<sup>67</sup>, che interverrà, nell'ambito del divorzio, nel medesimo quadro, attribuendo alla scelta compiuta da parte dei coniugi il ruolo di criterio cardine per individuare la legge applicabile alla dissoluzione del vincolo matrimoniale. In altre parole, quanto maggiore è la percezione della complessità dei nodi da sciogliere, in simili situazioni, tanto più meditata appare la decisione di conferire priorità alla

<sup>64</sup> Non a caso, una recente comunicazione della Commissione dell'UE, dell'agosto 2010, si sofferma proprio sul punto. Cfr. i risultati, ivi richiamati, di uno studio svolto dal *ADR Center* (consultabile in <[http://www.adrcenter.com/jamsinternational/civil-justice/Survey\\_Data\\_Report.pdf](http://www.adrcenter.com/jamsinternational/civil-justice/Survey_Data_Report.pdf)>). Sulla necessità di un coordinamento, in materia di diritto di famiglia e dei minori, fra le iniziative dell'UE, della CHDIP e del CdE, sia consentito il rinvio a E. Urso, *Shaping the Features...*, cit.

<sup>65</sup> Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale.

<sup>66</sup> Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18.12.2008. Sul tema, cfr. S. MARINO, *Il difficile coordinamento delle fonti nella cooperazione giudiziaria in materia di obbligazioni alimentari*, in *Contratto e Impresa-Europa*, 2010, p. 363 ss.

<sup>67</sup> Il 20.12.2010 si è giunti infine all'emanazione di nuovo Regolamento del Consiglio, n. 1259/2010.

libertà di autodeterminazione delle parti interessate<sup>68</sup>. Il livello di litigiosità raggiunto, nel contesto in esame, è allarmante. I dati sono noti, anche a chi non sia addentro al tema: «ogni anno nell'Unione si registrano circa 140.000 divorzi transnazionali, ovvero quasi il 13 per cento di tutti i divorzi pronunciati», cui conseguono elevati costi<sup>69</sup>, dipendenti in molte ipotesi proprio dalla scarsa chiarezza circa la normativa applicabile, o meglio dalle difficoltà dovute alle tensioni ingenerate dal fatto che la distanza, frapposta spesso intenzionalmente, fra un genitore e l'altro, proprio per impedire una soluzione concordata, basata sulla condivisione dei diritti e delle responsabilità parentali, produca altrettanto frequenti lacerazioni, a volte insanabili, specie se i figli sono allontanati per lunghi periodi dal padre o dalla madre. Non è questa la sede per svolgere un'analisi ampia ed accurata del tema, ma sembra evidente che, per una sua piena comprensione, si debba adottare una prospettiva comparatistica, nonché tener conto delle attente riflessioni svolte specificamente in relazione alla mediazione familiare internazionale, sulla scia di quelle compiute ad opera di esperti della materia<sup>70</sup>, nel contesto di iniziative di ampio respiro, fra le quali si segnalano alcuni importanti conferenze, svoltesi a maggio del 2007, a Vilnius, e a marzo del 2009 a Strasburgo<sup>71</sup>, organizzate dal Consiglio d'Europa, e dedicate proprio ad un'analisi comparata della questione<sup>72</sup>, nonché l'attività dell'Ufficio del Parlamento Europeo sulla mediazione, di cui si è proposta una chiara descrizione, proprio in occasione di quest'ultimo, esteso confronto<sup>73</sup>.

<sup>68</sup> Sulle difficoltà di raggiungere una soluzione ampiamente condivisa fra i Paesi dell'UE cfr. O. LOPES PEGNA, *La proposta di cooperazione...*, cit.

<sup>69</sup> In tal senso, nel documento prima ricordato si soggiunge che tali costi «potrebbero raggiungere un totale di 205 milioni di euro e dato che nei nove Stati membri in questione, la cui popolazione rappresenta quasi la metà della popolazione dell'Unione (44 per cento), ogni anno circa 53.000 divorzi hanno un carattere transnazionale, la Commissione europea ha deciso [dunque...] di accogliere la richiesta dei nove Stati in questione, convinta che la cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio presenti numerosi vantaggi».

<sup>70</sup> Fra le principali iniziative, ricordiamo quella dell'*International Social Service*, denominata *International Family Mediation: A global project for ISS*, descritta in <<http://www.iss-ssi.org/2009/index.php?id=57>>. Cfr. sul tema D. GANANCIA, *La médiation familiale internationale. La diplomatie du coeur dans l'enlèvements d'enfants*, Toulouse Èrès, 2007.

<sup>71</sup> Cfr. rispettivamente l'incontro del 2007 intitolato *Mediation in Europe: Present Challenges and Future Developments* e la VII Conferenza europea sul diritto di famiglia, svoltasi il 16.3.2009.

<sup>72</sup> Più in generale, sulle iniziative del CdE, cfr. <<http://www.coe.int/t/dg3/familypolicy/Source/4%20Sources%20on%20family%20law%20and%20children's%20rights.pdf>>.

<sup>73</sup> È stata recentemente pubblicata una Nota che illustra la situazione europea, nel settore qui esaminato. Si tratta di uno studio (PE 432.732) intitolato *The Current Stage of Family Mediation in the European Union*, curato da M. DA CONCEIÇÃO OLIVEIRA, su incarico del *Directorate General for International Policies, Policy Department C – Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs*, Parlamento

### 5. *La mediazione familiare nel diritto italiano: una panoramica del diritto vigente*

È indispensabile tener conto dei problemi che potranno sorgere nei casi di mediazioni familiari che coinvolgono coppie composte da cittadini/e italiani/e e stranieri, che siano state (o che possano essere) assoggettate, per varie ragioni<sup>74</sup>, a una legislazione straniera che, nel procedere alla realizzazione degli obiettivi sanciti dal legislatore dell'UE, si sia ispirata all'idea di sottoporre anche il settore in esame al nuovo *corpus* di regole dettate, più in generale, per la mediazione in ambito civilistico, seppur talora con i necessari adattamenti, sino a giungere all'emanazione di autonomi testi di legge<sup>75</sup>. Su tali questioni, sugli sviluppi e sugli orientamenti manifestatisi in un'ottica riformatrice, torneremo nella parte conclusiva<sup>76</sup>. Prima, sembra opportuno tracciare le linee evolutive del fenomeno, in modo da fornire una serie di punti di riferimento in vista di una panoramica comparativa e, quindi, di una riflessione che dia conto sia delle influenze esercitate dal 'diritto europeo', *lato sensu*, sulle esperienze nazionali, sia delle prassi che, pur in assenza di una specifica regolamentazione, si stanno diffondendo in modo sempre più uniforme, entro uno scenario ben più ampio, rispetto ai confini dell'UE<sup>77</sup>, qual è quello in cui si inserisce l'attività del Forum europeo dei mediatori familiari<sup>78</sup> e del Forum mondiale dei centri di mediazione<sup>79</sup>.

dell'UE, Bruxelles, 2010 (consultabile in <<http://www.europarl.europa.eu/studies/>>), ove si dà spazio all'analisi della mediazione familiare internazionale, p. 19 ss.

<sup>74</sup> Ad esempio, perché, in caso di coppie «miste», composte da un/a italiano/a e un/a straniero/a, in presenza di un conflitto familiare, sorto all'estero, luogo di stabile residenza della coppia durante la vita matrimoniale, si è fatto ricorso alla mediazione familiare in base alle previsioni di legge che la inseriscono nel medesimo contesto in cui si collocano le norme recettive della Direttiva dell'UE n. 52/2008, oppure, ove questa ancora non sia stata emanata, all'interno delle previsioni inerenti ai profili processual-civilistici, in termini specifici (come nel caso francese, belga, ecc.), oppure generali (come nel caso tedesco).

<sup>75</sup> Cfr. la Nota a cura di M. DA CONCEIÇÃO OLIVEIRA, *The Current Stage of Family Mediation in the European Union*, cit., *passim*.

<sup>76</sup> Cfr. *infra* par. 8.

<sup>77</sup> Cfr. fra gli Autori italiani I. MONTANARI (a cura di), *Separazione e genitorialità. Esperienze europee a confronto*, Milano, Vita & Pensiero, 2000; C. MARZOTTO, G. TAMANZA, *La mediazione e la cura dei legami familiari*, in E. SCABINI, G. ROSSI (a cura di), *Rigenerare i legami familiari: la relazione nelle relazioni familiari e comunitarie*, Milano, Vita & Pensiero, 2004, pp. 71-104. Per una lettura del fenomeno alla luce dell'esperienza della mediazione familiare nata a Bristol, negli anni Settanta, ad opera della sua artefice, cfr. L. PARKINSON, *La mediazione familiare. Modelli e strategie operative*, Trento, Erickson, 2004.

<sup>78</sup> Fondato nel 1996. Cfr. <[http://www.europeanforum-familymediation.eu/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=41](http://www.europeanforum-familymediation.eu/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=41)>.

<sup>79</sup> Ricordiamo anche le iniziative del Forum Mondiale dei Centri di Mediazione (*World Forum of Mediation Centers*), fondato nel 2001, quelle compiute nel qua-

Com'è noto, la prima menzione esplicita alla mediazione familiare, nel diritto italiano, si rinviene nella legge n. 285 del 28.8.1997, con la quale sono state adottate «Disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per l'infanzia e l'adolescenza», e si è istituito, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Fondo Nazionale volto a realizzare interventi a livello statale e territoriale, al fine di dar attuazione ai diritti fondamentali dei minori d'età, sanciti dalla Convenzione ONU del 1989 sui diritti del fanciullo<sup>80</sup>, la cui ratifica ed esecuzione erano state autorizzate in Italia già nel 1991<sup>81</sup>. In particolare, fra gli scopi dei progetti realizzabili, ammessi al finanziamento erogabile dal Fondo nazionale, si è individuata la realizzazione di «servizi di preparazione e di sostegno alla relazione genitore-figli, di contrasto della povertà e della violenza, nonché di misure alternative al ricovero dei minori in istituti educativo-assistenziali, tenuto conto altresì della condizione dei minori stranieri» (art. 3)<sup>82</sup>. Tale normativa, di notevole portata innovativa, aspirava a tracciare una nuova via, lungo un itinerario volto a rafforzare le misure a sostegno dei più giovani, tramite la creazione di strutture pensate altresì per soddisfare le esigenze dei nuclei familiari in difficoltà. Si accoglieva, così, in un'ottica preventiva, l'intento di fronteggiare il disagio prima che questo si manifestasse in modo irreversibile; un'ottica in cui si sarebbe collocata, di lì a pochi anni, anche la riforma dell'affidamento e dell'adozione dei minori (Legge n. 149 del 2001)<sup>83</sup>, nel far venir meno il sistema dell'«istituzionalizzazione» (art. 2, L. n. 149/2001)<sup>84</sup>.

doro del Consiglio d'Europa, spesso in collaborazione con l'UE e con la Conferenza dell'Aja, con riferimento alle nuove convenzioni in materia di diritto di famiglia: circa i criteri in tema di giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione di decisioni – anche non giudiziali – inerenti al mantenimento, alla protezione dei minori.

<sup>80</sup> Si tratta della cosiddetta «Convenzione di New York» (o CRC, acronimo di *Convention on the Rights of the Child*), dal luogo in cui fu aperta alla firma degli Stati membri delle Nazioni Unite, il 20.11.1989. Per inciso, solo gli Stati Uniti e la Somalia non hanno, da allora, proceduto alla sua ratifica, per diverse ragioni. Per un bilancio generale, R. RUGGIERO, R. BELOTTI (a cura di), *Vent'anni d'infanzia. Retorica e diritti dei bambini dopo la convenzione dell'ottantanove*, Milano, Guerini Studio, 2008 ed il Rapporto curato da SAVE THE CHILDREN, *Il Rapporto supplementare alle Nazioni Unite sul monitoraggio della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia*, Roma, Arti Grafiche Agostini, 2009.

<sup>81</sup> Con la Legge n. 176, del 27.5.1991.

<sup>82</sup> Ricordiamo, per inciso, che la medesima disposizione (art. 3 della L. n. 285/1997) contemplava, tra le finalità di tali progetti, anche l'innovazione la sperimentazione di servizi socio-educativi per la prima infanzia; l'attuazione di strutture ricreative ed educative per il tempo libero.

<sup>83</sup> In modo eloquente, il nuovo titolo dato alla legge n. 184/1983 dalla riforma del 2001 è stato il seguente «Diritto del minore ad una famiglia». Nonostante l'importante cambiamento, tuttavia, l'art. 1 della L. 149/2001 rappresenta una sorta di 'norma manifesto', nell'elencare gli obiettivi che occorre realizzare, per prevenire che si giunga all'allontanamento del minore dal proprio nucleo familiare.

<sup>84</sup> Ossia, la possibilità di collocare i minori presso strutture incaricate di svolgere le funzioni degli affidatari, ormai non più ammessa nel nostro ordinamento,

È comprensibile, quindi, la genericità del richiamo alla mediazione, in un simile contesto. Infatti, la legge in questione si limita a soggiungere che le finalità da essa perseguite possano esser raggiunte, tra l'altro, attraverso «i servizi di mediazione familiare e di consulenza per famiglie e minori» per superare le «difficoltà relazionali»<sup>85</sup>. Ai fini del tema in esame, possiamo limitarci a sottolineare che le alte finalità enunciate in tale testo normativo hanno sì trovato attuazione, sebbene solo in parte, ma ciò è avvenuto all'interno di un quadro normativo e costituzionale ormai mutato. Infatti, sin dall'entrata in vigore della Legge n. 285/1997 si dette vita a una serie di progetti, in ambito regionale e locale, sostenuti finanziariamente dallo Stato, sottoposti in seguito a ricognizione e valutazione, all'interno delle relazioni biennali presentate in Parlamento, ed oggetto quindi delle ricerche svolte presso il Centro nazionale di documentazione ed analisi sull'infanzia e l'adolescenza e l'Osservatorio nazionale sull'infanzia, con sede entrambi a Firenze; organismi, questi, istituiti da un'altra legge emanata a fine anni Novanta (Legge n. 485/1997). Tuttavia, alcuni importanti cambiamenti hanno determinato profonde ripercussioni sui tempi di realizzazione del programma delineato dal legislatore del 1997<sup>86</sup>. Fra le riforme intervenute in seguito, che hanno inciso sulla disciplina del sistema assistenziale italiano, influendo dunque anche sull'attuazione dell'antecedente disegno legislativo, si segnala innanzitutto la Legge quadro (n. 382/2000)<sup>87</sup>, che ha introdotto un «sistema integrato di interventi e servizi sociali», inteso ad alimentare un circuito, o meglio una 'rete', i cui artefici avrebbero dovuto essere lo Stato, le Regioni, gli enti locali, le organizzazioni cooperative e le associazioni senza fini di lucro (del cosiddetto 'terzo settore'), assieme alle famiglie e agli individui. In breve, il rispetto del binomio 'privato sociale/responsabilità pubblica' e, al contempo, del principio di sussidiarietà, avrebbe dovuto garantire l'attuazione del nuovo modello, di carattere universalista. In materia, però, si sono segnalate molteplici difficoltà, solo in parte riconducibili ad un altro mutamento di notevole rilievo, apportato, a

essendo consentito disporre l'affidamento soltanto nei confronti di una famiglia, possibilmente con figli minori, di una persona singola oppure, subordinatamente, di una comunità di tipo familiare (art. 2 della L. n. 149/2001). La scomparsa degli istituti è stata però graduale. Il superamento definitivo del ricorso all'istituto è stato disposto, tuttavia, per tutti i minori, di qualunque età, entro un quinquennio dall'entrata in vigore della legge (o, più precisamente, «entro il 31 dicembre 2006»).

<sup>85</sup> Cfr. art. 4., co. 1, i, della L. n. 285/1997, la cui rubrica recita: «Servizi di sostegno alla relazione genitore-figli, di contrasto della povertà e della violenza, nonché misure alternative al ricovero dei minori in istituti educativo-assistenziali».

<sup>86</sup> Senza che però si sia determinato il venir meno della vigenza delle disposizioni della L. n. 285/1997, specie in relazione alle misure per il rafforzamento dei diritti dei minori, tramite il piano territoriale di intervento degli interventi per l'infanzia (art. 2, II co.).

<sup>87</sup> *Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*, n. 328 dell'8.11.2000.



distanza di appena un anno, dalla riforma del Titolo V della seconda parte della Costituzione<sup>88</sup>, che ha ridefinito il riparto di competenze legislative, fra lo Stato e le Regioni, attribuendo la potestà normativa generale a queste ultime, e riservando allo Stato, invece, il potere di legiferare nelle materie espressamente indicate, oltre che in quelle per le quali è stata prevista una competenza regionale concorrente<sup>89</sup>. Ebbene, fra le materie di competenza esclusiva delle Regioni rientra anche il settore dei servizi sociali, mentre resta di pertinenza statale la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, da garantire su tutto il territorio nazionale (art. 117, co. 2, *m Cost.*). Tale nuovo assetto ha inciso sull'avvio del processo di riforma, in quanto, come si è giustamente rilevato, le modifiche apportate alla Carta costituzionale nel 2001 hanno condizionato non solo l'equilibrio fra le istituzioni, sotto il profilo normativo ed amministrativo, ma altresì le «modalità di esercizio delle relative funzioni»<sup>90</sup>. Si è quindi determinata, per ragioni di natura strettamente politica, dovute al cambiamento della maggioranza governativa, una fase di stallo, dovuta in gran parte all'idea per cui si sarebbe verificata la «sostanziale 'decadenza' delle norme della legge quadro (sul presupposto della competenza esclusiva assegnata alle regioni nella materia dei servizi sociali)»<sup>91</sup>.

In questo rinnovato contesto delle fonti, soprattutto in un momento storico in cui è ancora in corso la lunga fase di ridefinizione dei compiti dello Stato, delle Regioni e degli enti locali, e non è ancora noto l'esito definitivo della riforma costituzionale intesa ad attuare il 'federalismo fiscale'<sup>92</sup>, si può solo osservare l'estrema difficoltà incontrata dal progetto

<sup>88</sup> Attuata dalla legge costituzionale n.3 del 18.10.2001. Per un semplice rinvio ai necessari approfondimenti, cfr. L. CHIEFFI, *Evoluzione dello stato delle autonomie e tutela dei diritti sociali. A proposito della riforma del titolo V della Costituzione*, Padova, CEDAM, 2001; A. WOJTEK PANKIEWICZ, *Federalismo e diritti sociali*, Bari, Cacucci, 2005.

<sup>89</sup> Rispetto, invece, alla definizione dei livelli essenziali dell'assistenza, la soluzione accolta dalla riforma del Titolo V, II Parte della Costituzione, cfr. M. BELLETTI, I "livelli essenziali delle prestazioni concernenti di diritti civili e sociali" alla prova della giurisprudenza costituzionale. Alla ricerca del parametro plausibile, in *Istituzioni del federalismo*, 2003, p. 613 ss.; A.A.VV., *Percorsi regionali per il governo delle politiche sociali: scelte organizzative a confronto*, Roma, Formez, 2006. Quanto alle figure professionali cfr. A. ADILARDI, *Nuovi scenari per le professioni sociali nel nuovo welfare locale*, Cosenza, Format, 2005.

<sup>90</sup> Così, R. FINOCCHI GHERSI, *Servizi sociali e riforma del Titolo V*, p. 2, in <<http://www.astrid-online.it/Amministra/Contributi/Servizi-sociali-e-riforma-del-titolo-v.pdf>>. In materia, cfr. D. ROSATI, *Federalismo e solidarietà: quale impatto sul welfare?*, in *Studi Zancan*, 2003, p. 8 ss.

<sup>91</sup> Così, L.R. FINOCCHI GHERSI, *Servizi sociali*, cit., p. 3 e p. 16. Su questi temi, cfr. E. VIVALDI, *Le politiche sociali nei nuovi statuti delle Regioni ordinarie*, in *Studi Zancan*, 2005, p. 39 ss.

<sup>92</sup> Progetto già attuato con riferimento alla dimensione municipale (cfr. il D.Lgs. del 14.3.2011, n. 23, pubblicato sulla G.U. n. 67 del 23.3.2011).

di dar vita, in Italia, a strutture pensate per il sostegno delle famiglie «a rischio di disagio», per varie ragioni, all'interno delle quali proporre percorsi di mediazione familiare. Certo, in determinate aree del Paese si sono sviluppati centri, di natura pubblica o privata, che hanno dato prova di particolare efficienza, ma è evidente come la situazione, se considerata nel suo complesso, appaia alquanto insoddisfacente, essendo la mediazione, essenzialmente, una risorsa cui accedono, con i propri mezzi, e dunque in modo individuale ed episodico, le famiglie maggiormente in grado di comprenderne l'utilità, dotate degli strumenti culturali e dei mezzi economici per affrontare un percorso ancora non conosciuto da molti, anche perché sussistono ampie zone del tutto prive di simili servizi, se si eccettuano alcune iniziative intraprese da associazioni private molto attive. In mancanza di una presenza diffusa di strutture organizzate, preposte alla mediazione familiare, quindi, sembra quasi utopistico ipotizzare un rapido avvicinamento del nostro sistema ai modelli che si sono andati affermando in altri Paesi, specie nel corso degli ultimi tre decenni. Più in generale, volgendo l'attenzione alle scelte compiute, nel campo delle politiche finanziarie, si può ribadire come – già nel quinquennio successivo al periodo iniziale, successivo all'approvazione delle riforme appena menzionate – si sia assistito a una drastica riduzione del rilievo attribuito al settore dei servizi sociali, con conseguente, inevitabile indebolimento delle relative strutture amministrative, dovuto, fra l'altro, alla priorità conferita al Ministero dell'economia, nelle decisioni di maggior rilievo, sì che i diritti sociali in questione si ripresentano ormai nella tradizionale accezione di diritti condizionati finanziariamente, essendo dipendenti dalle decisioni sulla spesa pubblica, e non ascrivibili dunque, a pieno titolo, all'alveo dei diritti soggettivi in senso proprio.

Eppure, non sono mancati i segnali di interesse, anche a livello legislativo, sebbene si tratti pur sempre di interventi adottati in modo sporadico, al di fuori di un quadro di riferimento unitario. Nel completare questa sintetica panoramica del diritto vigente, possiamo ricordare, a questo punto, la seconda legge ove v'è traccia di un richiamo ai servizi di mediazione, ossia la Legge n. 154/2001, con la quale si sono disciplinati gli 'ordini di protezione', provvedimenti emanabili dal giudice in diversi casi in cui si presentino comportamenti violenti, di carattere sia fisico, sia psichico, nell'ambito delle relazioni familiari, intese in senso lato, ossia indipendentemente dalla sussistenza di un legame formale fra le parti, e dunque non solo nei rapporti fra coniugi o fra genitori e figli, ma anche fra persone che convivano<sup>93</sup>.

Qualora il giudice verifichi l'esistenza di un grave pregiudizio per l'integrità fisica o morale della persona che ha presentato l'istanza, oppure per la sua libertà, può disporre, con decreto, la cessazione della condotta fonte

<sup>93</sup> Cfr. artt. 342-bis e 342-ter c.c. Cfr. Legge n. 154 del 5.4.2001, *Misure contro la violenza nelle relazioni familiari*.

dell'abuso e ordinare l'allontanamento dalla casa familiare del soggetto abusante, nonché vietargli di avvicinarsi ad altri luoghi frequentati dalla vittima<sup>94</sup>. È in questo contesto che si fa cenno alla possibilità di ricorrere alla mediazione familiare, nonostante la peculiarità della situazione, in cui ricorrono condizioni che, proprio per la violenza insita nella condotta, sono spesso reputate preclusive, in altri ordinamenti, talora in modo assoluto<sup>95</sup>, di ogni forma di mediazione. La previsione legislativa italiana si inserisce all'interno di una norma (art. 342-ter c.c., co. 2) che conferisce altresì al giudice il potere di disporre, in caso sia necessario, «l'intervento dei servizi sociali del territorio o di un centro di mediazione familiare, nonché delle associazioni che abbiano come fine statutario il sostegno e l'accoglienza di donne e minori o di altri soggetti vittime di abusi e maltrattati». Come già precisato, nel periodo a cui risale l'approvazione di tale normativa iniziava una fase di cambiamenti tuttora in corso, sì che si può anche giustificare la vaghezza della formula adoperata, o meglio il fatto che l'intervento dei centri di mediazione sia stato previsto in alternativa a quello dei servizi sociali territoriali. Oltretutto, mentre questi ultimi hanno precisi doveri, definiti dalla legge, non si comprende a quali compiti faccia riferimento il legislatore, nel richiamare i centri di mediazione, in assenza di una struttura uniforme, a livello nazionale.

Anche nel terzo, ed ultimo, testo normativo che, finora, ha contemplato la mediazione si percepisce un'analogia, quasi inevitabile, genericità. Si tratta della legge n. 54 dell'8.2.2006, con la quale si sono apportate varie modifiche alla disciplina dell'affidamento dei figli minori in casi di crisi dell'unione fra i genitori (art. 155 c.c.). Le nuove norme, nel sancire il principio della «bigenitorialità» (declamato dalla Convenzione ONU del 1989 e anche dall'art. 24 CDFUE), applicabile sia ai figli di genitori coniugati, sia a chi sia nato da un'unione non matrimoniale<sup>96</sup>, e dunque nell'attribuire centralità all'istituto dell'affidamento 'condiviso', introducono però solo un rapido cenno alla mediazione, nella previsione inerente al procedimento di separazione o divorzio fra i coniugi. Infatti, si attribuisce al giudice il «potere», qualora «ne ravvisi l'opportunità», di rimandare l'adozione

<sup>94</sup> Precisa inoltre l'art. 342-bis: «il giudice, qualora il fatto non costituisca reato perseguibile d'ufficio, su istanza di parte, può adottare con decreto uno o più dei provvedimenti di cui all'articolo 342-ter». Sul nuovo illecito penale definito «atti persecutori» (art. 612-bis c.p.), cfr. F. SARNO, *Il nuovo reato di atti persecutori* (art. 612-bis), Milano, Giuffrè, 2010.

<sup>95</sup> Così accade nel diritto spagnolo, ad esempio. Cfr. da ultimo J. FERNÁNDEZ NIETO, A.M. SOLE RAMÓN, *El impacto de la mediación en los casos de violencia de género. Un enfoque actual práctico*, Valladolid, Lex Nova, 2011 e F. MARTÍN DÍZ, *Mediación en Materia de Familia y Derecho Penal*, La Coruña, Torculo, 2011. Tra gli Autori italiani, cfr. C. PUZZO, *I reati sessuali*, Rimini, Maggioli, 2010, p. 270.

<sup>96</sup> Così, l'art. 4, co. 2 della L. n. 54/2006: «Le disposizioni della presente legge si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati».

dei provvedimenti in materia, compresi quelli «in via provvisoria», dopo aver sentito le parti e in presenza del loro consenso, per consentire che queste, «avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli» (art. 155-*sexies* c.c.)<sup>97</sup>.

Se, da un lato, è da condividere il riferimento alla valutazione di opportunità, che il giudice è chiamato a compiere, come pure l'inserimento del requisito della volontà favorevole manifestata dai coniugi, sorge però un dubbio di fondo, quanto alla validità della scelta legislativa, sotto un duplice profilo. Innanzitutto, si può evidenziare un'eccessiva indeterminatezza, sia nel far rinvio ad 'esperti', senza alcuna precisazione relativa alla loro formazione, sia nel ricorso ad un'espressione ambigua, per cui alla coppia che sia disponibile si permetterebbe di 'tentare' una mediazione finalizzata al raggiungimento di un accordo, mentre un percorso di mediazione si può solo intraprendere, essendo consequenziale ad esso, semmai, il tentativo di accordarsi. Inoltre, pur essendo scopo primario del legislatore quello di non distinguere i figli a seconda del loro *status*, tuttora differenziato dal diritto italiano<sup>98</sup>, tanto che permane tutt'oggi una distinta competenza giurisdizionale – confermata dall'interpretazione giurisprudenziale della legge in esame<sup>99</sup> – tramite l'opzione recepita dall'art. 155-*sexies* è stata suggerita, in definitiva, tale contrapposizione, proprio mentre questa si sta avviando, infine, a scomparire dal sistema<sup>100</sup>. Infatti, alla luce di una lettura sistematica del testo, sembra che l'ambito applicativo della norma che disciplina l'invito giudiziale alla mediazione sia da circoscrivere alle sole ipotesi di genitori coniugati. Il generico riferimento, effettuato dalla legge, al 'giudice', termine volutamente impreciso perché volto a ricomprendere tanto il Tribunale ordinario quanto il Tribunale per i minorenni, non pare sufficiente ad estendere a quest'ultimo una regola che è strettamente inerente al procedimento civile, come regolato

<sup>97</sup> Cfr. N. SOLDATI (a cura di), *La nuova mediazione e conciliazione*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2010 e V. BONSIGNORE, *La mediazione familiare*, ivi, p. 271 ss. ed E. GUZZESI, *La mediazione familiare nelle fonti normative italiane ed europee*, ivi, p. 285 ss.

<sup>98</sup> Per una sintesi delle iniziative in tal senso, durante la precedente legislatura, cfr. AA.VV., *Il III-IV Rapporto per l'Italia alle Nazioni Unite, sulla condizione dell'infanzia e l'adolescenza in Italia e sullo stato di attuazione della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo – «Diritti in crescita»*, Firenze, Istituto degli Innocenti, 2009, p. 41 ss.

<sup>99</sup> Sul punto, si sono succedute varie pronunce. Da ultimo, si segnala una decisione della Corte Suprema, che ha ribadito la competenza del giudice ordinario nei casi di mantenimento dei figli di genitori non coniugati (art. 148 c.c.), lasciando al Tribunale per i Minorenni quella per le questioni legate all'affidamento. Cfr. C. Cassazione sez. I, ordinanza del 27 ottobre 2010 n. 2200.

<sup>100</sup> Ultimamente, il Consiglio dei Ministri ha approvato un progetto di legge delega (nella seduta n. 112 del 29.10.2010) inteso a modificare «la disciplina in materia di filiazione con il fine di assicurare una sostanziale equiparazione dei diritti dei figli legittimi con quelli dei figli naturali».

dall'art. 155 c.c., norma che fa espresso richiamo al «giudice che pronuncia la separazione». La previsione relativa alla mediazione, dunque, non potrebbe applicarsi alle procedure eventualmente instaurabili davanti al giudice minorile, pur essendo anch'esse intese a tutelare «l'interesse morale e materiale dei figli», come recita l'art. 155-*sexies* c.c.

#### 6. *Le indicazioni promananti dalle decisioni della Corte di Strasburgo e della Corte Costituzionale*

Preso atto della presenza, nel diritto vigente, di un insieme di richiami alla mediazione familiare, si sarebbe potuto quanto meno introdurre qualche specificazione, nelle norme esistenti, nell'implicito rinvio ad una futura normativa di settore, anziché far persistere la situazione di vaghezza che proprio queste ultime hanno determinato. Che vi sia una sentita necessità di chiarezza è reso evidente dall'ampliarsi degli strumenti a disposizione degli organismi che, in vario modo, si rivolgono ai bisogni delle famiglie e dei minori, specie quando si profila una crisi o una conflittualità duratura, e dalla contestuale valutazione dell'inefficienza del sistema, nel suo complesso, nel fronteggiare il disagio di un numero sempre maggiore di famiglie. Seppur a costo di eccedere con lo schematicismo, la questione sembra porsi davvero in termini antitetici. Da un lato, si finisce per accettare l'esistente, ossia si considera ineluttabile dover intervenire *ex post*, dopo aver constatato la drammaticità delle conseguenze prodotte da una conflittualità esasperata, fra *ex-coniugi*, accresciuta dall'obiettivo difficoltà di collaborazione fra i diversi attori che intervengono a dirimere i contrasti (avvocati, psicologi, operatori sociali, magistrati), spesso dovuti al mancato rispetto di accordi e/o provvedimenti giudiziali. Dall'altro, si confida eccessivamente nella funzione dei mediatori familiari, come se il riconoscimento per via legislativa del loro ruolo e il semplice aumento del loro numero possa, di per sé, essere una garanzia sufficiente per il superamento di tali difficoltà, dimenticando che il tentativo di mediare è tanto più efficace quanto più è tempestivo e che la mediazione si deve inserire in un contesto più ampio di strumenti in grado di prevenire la litigiosità e la conseguente violenza endofamiliare, sovente di natura psicologica, ma non per questo meno grave di quella fisica<sup>101</sup>. Si pensi, ad esempio, alle problematiche destinate

<sup>101</sup> Non è questa la sede per approfondire la questione relativa all'opportunità o meno di prevedere 'sanzioni pecuniarie', in materia di diritto di famiglia. Da ultimo, sul tema, cfr. F. TOMMASEO, *Applicazioni giurisprudenziali di una norma controversa: ancora sull'art. 709-ter c.p.c.*, in *Famiglia e diritto*, 2010, n. 7; I. ZINGALES, *Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art. 709 ter c.p.c.*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2009, p. 404 ss. Per qualche riflessione, sul tema, si rinvia alle conclusioni, cfr. *infra* par. 8.

In sintesi, si può soggiungere sul punto che, nell'ambito del diritto di famiglia, specie quando vengono in rilievo lesioni di diritti fondamentali, va effettuato con

a manifestarsi nei bambini e negli adolescenti, figli di genitori separati o divorziati, in presenza di condotte tali da far sorgere in loro la cosiddetta «sindrome da alienazione parentale».

Come si desume dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>102</sup>, il diritto alla bigenitorialità, principio cardine sancito espressamente dalla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20.11.1989 (art. 9, co. 3)<sup>103</sup> – dev'esser assicurato anche e soprattutto tramite un'attenta e immediata attuazione di tutte le misure volte al mantenimento di un 'diretto' legame affettivo fra il figlio ed i suoi genitori. Il che esige un'intensa cooperazione fra i vari soggetti competenti per non alterare il duplice legame con entrambi, valorizzando gli interventi preventivi idonei a impedire l'allontanamento del minore.

Quando un distacco si sia già verificato e sia di durata tale da incidere irreversibilmente sulla relazione parentale, si potrà certo configurare una violazione del diritto al rispetto della vita familiare (art. 8 CEDU)<sup>104</sup> e/o del giusto processo (art. 6 CEDU)<sup>105</sup>, e dunque giungere a una condanna

estrema delicatezza un bilanciamento di tutti gli interessi che vengono in considerazione (libertà individuale/doveri di solidarietà familiare; protezione dei soggetti più vulnerabili/tutela delle garanzie processuali), sì che delegare al giudice civile il compito di svolgere un compito sanzionatorio potrebbe far sorgere difficoltà analoghe a quelle che si sono spesso presentate, in tali ambiti, nell'esperienza statunitense, specie prima che la Corte Suprema Federale intervenisse più volte a 'delimitare' la tendenza espansiva dei *punitive damages*. Sul tema, sia consentito il rinvio ad E. URSO, *La peine privée*, in AA.VV., *L'indemnisation, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Paris, 2008, p. 177 ss. ed EAD., *I punitive damages fra regole, standards e principi: una inedita funzione pubblica di un antico strumento privatistico?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2001, p. 2011 ss.

<sup>102</sup> Fra la vasta giurisprudenza della Corte di Strasburgo, cfr., ad esempio, il caso *Reigado Ramos c. Portogallo*, sentenza del 22.11.2005/22.2.2006 (definitiva); un caso in cui le autorità nazionali avevano «lasciato consolidare una situazione di fatto, a discapito delle decisioni giudiziali» adottate, sì che «il mero trascorrere del tempo aveva [prodotto delle] conseguenze sempre più gravi per il ricorrente, privato di contatti con la figlia, [una minore] in tenera età». Nonostante l'assenza di collaborazione da parte della madre della minore, non veniva meno il dovere delle autorità competenti di «apprestare tutti i mezzi suscettibili di permettere il mantenimento del legame familiare» (§§ 54-58).

<sup>103</sup> Articolo che sancisce, nella versione originale il diritto «to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, except if it is contrary to the child's best interest».

<sup>104</sup> Nel caso *Kriz c. Repubblica Ceca*, sentenza del 9.1.2007/9.4.2007 (definitiva), la Corte di Strasburgo ha reputato responsabili le autorità nazionali, per violazione dell'art. 8 della CEDU (§§ 84-93), perché avevano consentito che si protrasse a lungo una situazione in cui i contatti fra padre e figlio erano quasi inesistenti, consistendo solo in rapporti epistolari, il che aveva impedito il sorgere fra loro di una relazione affettiva.

<sup>105</sup> Cfr., ad esempio, *Bianchi c. Svizzera*, sentenza del 22.6.2006/22.9.2006 (definitiva). Cfr. in particolare il § 110, ove la CtEDU ricorda la propria: «giurisprudenza costante, in base alla quale l'articolo 6 protegge anche l'esecuzione delle decisioni

nei confronti dello Stato responsabile, sanzionando così le autorità pubbliche cui sia riferibile la condotta fonte del pregiudizio sofferto dal genitore ricorrente, ma il rimedio risarcitorio non potrà affatto rappresentare uno strumento adeguato per garantire il rispetto pieno dei diritti in questione, anche quando si possa considerare soddisfacente l'entità della somma accordata al danneggiato<sup>106</sup>. Paradossalmente, ogni ricorso accolto dalla Corte di Strasburgo segna una sconfitta, a livello nazionale, data la natura intrinsecamente irrimediabile del pregiudizio sofferto. È il simbolo stesso dell'insuccesso del sistema statale di protezione dei diritti fondamentali che vengono in rilievo, sanciti ora anche dalla CDFUE.

Diventa indifferibile, quindi, una seria riflessione finalizzata alla predisposizione di una valida cornice normativa in materia. Sebbene vi siano indubbe testimonianze di una nuova sensibilità, da parte delle istituzioni italiane, nei confronti di uno spazio per la mediazione, persiste comunque una situazione di obiettiva incompiutezza, se si osserva l'apparato degli organismi e delle strutture che devono assicurare che dalla fase progettuale si passi a quella attuativa. La lunga sequenza che ha scandito l'adozione della disciplina della mediazione civile e commerciale induce ad apprezzare<sup>107</sup>, quindi, il fatto che si sia scelto di non legiferare, nel settore del diritto di famiglia. In fondo, così si è scongiurato il rischio di procedere in modo affrettato, in un contesto in cui si sarebbe rischiato di accentuare le già gravi difficoltà in cui versa il «sistema giustizia», salvo qualche rara eccezione.

Si è assistito, di recente, a un tentativo di regolamentazione, compiuto a livello regionale, volto a definire la fisionomia del mediatore familiare

giudiziali definitive e vincolanti che [...] non possono restare inoperanti a danno di una delle parti. Pertanto, l'esecuzione di una decisione giudiziale non dev'esser impedita, invalidata o eccessivamente ritardata», così com'era avvenuto nel caso concreto, con pregiudizio del padre di un minore che la madre aveva portato con sé in Svizzera, là dove le autorità statali non avevano tenuto conto delle decisioni rese dalle competenti autorità italiane. In senso analogo, cfr. *Pini e Bertani c. Romania*, sentenza del 22.9.2004, spec. § 176. Anche in altre pronunce, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha sottolineato come non si debbano determinare ingiustificate «rotture dei contatti» nelle relazioni fra genitori e figli come, ad esempio, nel caso *Kutzner c. Germania*, sentenza del 26.2.2002/10.7.2002 (definitiva).

<sup>106</sup> Il che non sempre accade. Così si può dire per il recentissimo caso *Piazzini c. Italia*, del 2.11.2010. Nonostante l'accoglimento del ricorso, infatti, la somma accordata a titolo risarcitorio (15.000 euro oltre alle spese, per un totale di 20.000 euro) è stata di gran lunga inferiore a quella richiesta (240.000 euro). Il ricorso era stato presentato dal padre di un minore il quale lamentava di non aver potuto mantenere contatti con il proprio figlio, a causa sia di ostacoli frapposti dalla madre, sia per la mancata attuazione dei provvedimenti adottati dalle autorità competenti. Si tratta della prima sentenza, per altro relativa ad una condanna dell'Italia, in cui la CtEDU menziona espressamente la mediazione familiare.

<sup>107</sup> Sul punto, ricordiamo le osservazioni contenute nella relazione presentata dal Presidente del Consiglio Nazionale Forense, Professor Guido Alpa, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario, nel gennaio 2011.

quale nuova, autonoma figura<sup>108</sup>; tentativo che però si è infranto contro il limite della competenza legislativa statale<sup>109</sup> in tema di disciplina delle professioni<sup>110</sup>. Come precisato dalla Consulta, la materia non può ritenersi rientrante, infatti, nella sfera normativa delle Regioni<sup>111</sup>. Quindi, permane la situazione sin qui descritta.

Le parole della Corte costituzionale, tratte dalla sentenza che ha affrontato la questione (n. 131/2010), la raffigurano con estrema chiarezza: «la legislazione statale, con l'art. 155-*sexies* del codice civile [...] ha soltanto accennato alla attività di mediazione familiare, senza prevedere alcuna specifica professione, [...] ma a tutt'oggi non ha introdotto la figura professionale del mediatore familiare, né ha stabilito i requisiti per l'esercizio dell'attività»<sup>112</sup>.

Al tempo stesso, pur essendovi un'indubbia ambivalenza fra la scelta di far richiamo a un istituto e quella di non regolarne, per legge, i profili centrali, si può osservare che – assente un chiaro riferimento normativo – i corsi di formazione si susseguono. Anzi, si moltiplicano a ritmi impensabili, sino a pochi anni fa, grazie alla disponibilità di alcune associazioni che, in sedi e con modalità diverse, fanno risaltare ancor di più un fenomeno già evidenziato, ossia la crescita, in modo esponenziale, delle iniziative formative, nel novero delle quali se ne rinvengono alcune di indubbio pregio, data la competenza e l'esperienza dei docenti e la validità delle proposte formulate, sotto il profilo sia pratico, sia teorico, mentre altre attestano solo l'inarrestabile proliferazione di un crescente numero di 'scuole', intese non quali orientamenti, impostazioni, bensì quali strutture rivolte ad obiettivi contingenti: il conferimento di crediti formativi, di attestati, di certificazioni la cui 'utilizzabilità', in un prossimo futuro, sarà tutta da valutare, alla luce delle novità che paiono profilarsi, nel contesto della riforma delle professioni. Si segnalano, da un lato, gruppi di lavoro il cui operato è noto e di consolidata affidabilità. Dall'altro, si osserva l'attivismo di organismi di recentissima istituzione, costituiti spesso in assenza della necessaria vocazione all'interdisciplinarietà – presupposto per

<sup>108</sup> Si tratta della Legge della Regione Lazio 24 dicembre 2008, n. 26, recante «Norme per la tutela dei minori e la diffusione della cultura della mediazione familiare» e dell'art. 1 della legge della Regione Lazio 24 dicembre 2008, n. 27, recante «Modifiche alla deliberazione legislativa approvata dal Consiglio regionale nella seduta del 10 dicembre 2008, concernente “Norme per la tutela dei minori e la diffusione della cultura della mediazione familiare”».

<sup>109</sup> Infatti, le disposizioni della Legge n. 24/2008 e della L. n. 27/2008 della Regione Lazio contenevano una «definizione della mediazione familiare», disciplinando le caratteristiche di tale figura, tramite l'individuazione di «specifici requisiti per l'esercizio dell'attività, con la previsione di un apposito elenco» e dei criteri per iscriversi, così invadendo «una competenza sicuramente statale».

<sup>110</sup> Cfr. la sentenza della Corte costituzionale, 15 aprile 2010, n. 131.

<sup>111</sup> La sentenza n. 131/2010 ne evidenzia chiaramente le ragioni.

<sup>112</sup> Così, Corte costituzionale, 15 aprile 2010, n. 131, § 2.2.



una reale capacità di collaborazione e per quell'apertura che si richiede ai professionisti della mediazione familiare –. In breve, se certo si può auspicare che vi sia una notevole 'competitività' fra le varie proposte di servizi formativi, in ambito sia pubblico che privato, è bene esser avvertiti anche di un rischio tutt'altro che secondario, in un momento in cui le difficoltà connesse alla crisi economica giustificano il timore che ad esser pregiudicate possano essere le famiglie più fragili, nonché le fasce più 'deboli' delle professioni coinvolte, e segnatamente quelle che comprendono i cosiddetti 'giovani'<sup>113</sup>, o meglio soggetti rientranti in un'ampia fascia d'età ma privi di un'attività lavorativa stabile e costante. L'obiettivo da realizzare è quello di coniugare la responsabilità alle regole della competizione, sì che la libertà di iniziativa non sia disgiunta dalla serietà esigibile in ogni caso di intervento di professionisti cui viene affidata la gestione di delicatissime questioni, di ampia diffusione, data la frequenza della conflittualità, e che reclamano soluzioni indifferibili, da adottare con la consapevolezza del discrimine fra gli accordi su diritti e situazioni concernenti diritti indisponibili, aventi natura di diritti fondamentali, e quelli che tali non sono, ma senza alimentare visioni ispirate a generiche contrapposizioni, come se il diritto di famiglia debba rimanere del tutto esterno alla disciplina della mediazione, a causa di una sua asserita ineliminabile, ma inesistente, incompatibilità con essa.

### 6.1. *Le tendenze europee nella nuova cornice dei diritti fondamentali*

Oltre che dalle pronunce della Corte di Strasburgo, si possono trarre chiare indicazioni, circa l'opportunità di un 'percorso europeo' in tema di mediazione familiare, anche da altre iniziative che si inseriscono fra le attività del Consiglio d'Europa. Uno dei documenti di maggior interesse, in questa prospettiva, è la Convenzione di Strasburgo del 1996 sull'esercizio dei diritti dei fanciulli<sup>114</sup>, ratificata in Italia nel 2003, il cui ambito

<sup>113</sup> Se, come si è proposto di recente, si richiede che, conseguita la laurea magistrale in giurisprudenza (di durata quinquennale), decorso il biennio di pratica forense, e superato l'esame di abilitazione per la professione d'avvocato, debbano trascorrere almeno quattro anni per poter partecipare alla scuola di alta formazione, di durata biennale, è doveroso metter in dubbio che tale formazione sia aperta davvero ai giovani, giacché l'età media alla quale si giungerà a terminare il corso biennale in questione, necessario per conseguire la specializzazione in diritto di famiglia e dei minori, sarà, nella migliore delle ipotesi, attorno ai trentacinque anni. Cfr. per tale proposta, la bozza del *Regolamento della Scuola di Alta Formazione in Diritto di famiglia, minorile e delle persone*, dell'AIAF, approvato a Milano il 2 dicembre 2010.

<sup>114</sup> Per l'esattezza, si tratta di una Convenzione europea, fatta a Strasburgo il 25.1.1996, la cui ratifica ed esecuzione sono state autorizzate, in Italia, dalla legge n. 77 del 20.3.2003. Sul tema, cfr. G. MAGNO, *Il minore come soggetto processuale. Commento alla Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo*, Milano, Giuffrè, 2001.

applicativo riguarda il processo civile<sup>115</sup>. Qui si afferma il dovere degli Stati membri, «al fine di prevenire o di risolvere i conflitti, e di evitare procedimenti che coinvolgano minori dinanzi ad un'autorità giudiziaria» di incoraggiare «il ricorso alla mediazione e a qualunque altro metodo di soluzione dei conflitti atto a concludere un accordo, nei casi che [...] riterranno opportuni»<sup>116</sup>. Il riferimento alla mediazione compare, quindi, in una disposizione con la quale si afferma con la massima chiarezza che pure ogni altro itinerario, in grado di far cessare le contrapposizioni all'interno della famiglia, debba esser considerato come una valida alternativa alla risoluzione per via non contenziosa della conflittualità. Invece, relativamente alla controversa questione inerente all'opportunità o meno di prevedere la «presenza/partecipazione» del minore al percorso di mediazione familiare si è preferito riconoscere un ampio margine all'intervento statale<sup>117</sup>, affermando, però, la centralità delle garanzie da apprestare per tutelare i diritti del minore anche in questo contesto<sup>118</sup>.

Un'analogia forza propulsiva è manifestata da un ulteriore documento del Consiglio d'Europa che, seppur privo di forza vincolante, si indirizza agli Stati membri individuando i principi basilari materia di mediazione familiare. Si tratta della Raccomandazione n. R (98) 1<sup>19</sup>, adottata dal

<sup>115</sup> Quanto all'ambito applicativo delle disposizioni della Convenzione, è bene precisare tuttavia che l'Italia lo ha ampiamente circoscritto, avvalendosi in modo molto peculiare di una facoltà ivi prevista (art. 1, co. 4). Infatti, non sono state indicate «tre categorie» alle quali applicare la nuova normativa, come consentito dalla Convenzione, per agevolare la sua ratifica, ma è stata individuata una serie di articoli del codice civile (art. 145, art. 244, ultima parte., art. 247, art. 262, co. 2., art. 274; art. 322 ed art. 323). L'unica via che consentirebbe una maggior area di operatività alle sue previsioni consisterebbe nel ritenere direttamente applicabile le norme considerabili come *self-executing*. In tal senso, sia consentito il rinvio a E. URSO, *Shaping the Features...*, cit., p. 129 ss., nota 57.

<sup>116</sup> Così, l'art. 13, dedicato alla *Mediazione e altri metodi di soluzione dei conflitti*.

<sup>117</sup> Sul tema, cfr. J.E. MCINTOSCH, Y.D. WELLS, B.M. SMYTH, C.M. LONG, *Child-focused and Child Inclusive Divorce Mediation: Comparative Outcomes from a Prospective Study of Postseparation Adjustment*, in 46 *Family Court Review*, 2008, p. 105 ss. In un'ottica 'non giuridica', cfr. J. ACHIM, F. CYR, L. FILLON, *L'implication de l'enfant en médiation familiale: de la théorie à la pratique*, in 18 *Revue Québécoise de psychologie*, n. 1, 1997.

<sup>118</sup> Ultimamente, si può segnalare, circa la prospettiva favorevole ad un'interpretazione evolutiva del diritto nazionale alla luce delle fonti internazionali, M.R. MORELLI, L. MACIOCE, *La ragione del nostro lavoro*, in AA.VV., *La Corte «del precedente» - Riflessioni, su continuità ed innovazione, per l'applicazione dell'art. 360 bis del codice di procedura civile - Anno 2009*, Roma, gennaio 2010, pp. I-III.

<sup>119</sup> Anteriormente, il IV Congresso europeo sul diritto di famiglia, svoltosi il 1-2 ottobre 1998, era stato dedicato al tema della mediazione familiare. Un contributo fondamentale per dimostrare l'importanza della mediazione fu la presentazione di tre simulazioni, ad opera di mediatori esperti, appartenenti allo *UK College of Family Mediators*, ossia: C. RICHARDS, P. MONTGOMERY, E. WALSH, F. GARWOOD, della *Family Mediation Scotland*. Cfr. <<http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/>>

Comitato dei Ministri il 21.1.1998<sup>120</sup>, alla quale si deve un'analitica descrizione dell'ambito cui si riferisce la mediazione, delle sue modalità di attuazione, del relativo procedimento, della natura ed efficacia degli accordi raggiunti<sup>121</sup>, ma pure una specificazione del modo in cui si deve atteggiare il rapporto fra mediazione e processo<sup>122</sup>, e una puntualizzazione sia delle misure da adottare per procedere alla promozione della mediazione, garantendone l'accesso in modo equo<sup>123</sup>, sia della maniera con la quale si deve articolare l'obbligo degli Stati di assicurare l'estensione dei principi in materia anche ad altri ambiti, e in particolare alla mediazione familiare internazionale<sup>124</sup>.

Nella Raccomandazione (98) 1 risalta, soprattutto, l'autonomia conferita alla mediazione, rispetto al giudizio, nel senso che si precisa come essa possa esser sia anteriore che successiva al procedimento, determinandosi altresì una netta delimitazione dei compiti del mediatore, giacché resta sempre di competenza giudiziale il potere di adottare provvedimenti d'urgenza volti alla protezione delle parti, dei figli, o dei loro interessi

family/7th%20Conference\_en\_files/actes%20m%C3%A9diation%20familiale%20en%20anglais.pdf>.

<sup>120</sup> Cfr. *Recommendation n. R (98) 1 of the Committee of Ministers of the Member States concerning family mediation, adopted by the Committee of Ministers 21 January 1998 at the 616th meeting of the Delegation of Ministers*, il cui testo è consultabile in originale, assieme al relativo *memorandum*, nel sito del CdE: <[http://www.coe.int/t/t98/legislation/comcommittee\\_of\\_ministers/Rec%20R\(98\)1%20Family%20Mediation\\_EN.pdf](http://www.coe.int/t/t98/legislation/comcommittee_of_ministers/Rec%20R(98)1%20Family%20Mediation_EN.pdf)>.

<sup>121</sup> Si chiarisce che sussiste un dovere di 'facilitare' l'approvazione degli accordi (*mediated agreements*) ad opera di un organo giurisdizionale (*judicial authority*) o di un'altra autorità competente, laddove le parti ne facciano richiesta, nonché di fornire strumenti intesi all'esecuzione di tali accordi, conformemente al diritto nazionale.

<sup>122</sup> Si sancisce il dovere di riconoscere autonomia alla mediazione, unitamente alla possibilità che questa si svolga prima, durante o dopo il processo (*legal proceedings*). Inoltre, gli Stati sono tenuti a istituire meccanismi atti a determinare la sospensione del procedimento giudiziale ove abbia luogo una mediazione e ad assicurare che, in tal caso, l'autorità competente (giudiziale o no), mantenga il potere di adottare decisioni urgenti al fine di tutelare le parti, i loro figli o la loro proprietà. Sussiste inoltre il dovere di informare tale autorità circa la prosecuzione della mediazione e sull'esito della stessa, ossia se si sia o meno raggiunto un accordo.

<sup>123</sup> Tale dovere si ricollega all'attuazione di programmi divulgativi volti a informare la collettività sì da far conoscere maggiormente la possibilità di risolvere le controversie in modo consensuale. Per altro, gli Stati sono liberi di introdurre metodi funzionali alla agevolazione del ricorso alla mediazione, come «per esempio, rendendo obbligatorio per le parti incontrarsi con un mediatore», così da consentir loro di valutare se sia o meno appropriato raggiungere in tal modo un accordo. Si afferma pure la possibilità di favorire l'accesso alla mediazione familiare, anche internazionale, tramite l'adozione di meccanismi atti a promuoverla.

<sup>124</sup> Sul tema, cfr. N. DE VROEDE, *Médiation familiale internationale – Préface*, in 1 *Revue Scientifique de l'AIFI*, n. 2, Yvon Blais – Canada, 2008; D. GANANCIA, *Médiation familiale internationale...*, cit.

patrimoniali. Fra le iniziative del Consiglio d'Europa si inserisce un'altra Raccomandazione, n. 1639 del 25.11.2003<sup>125</sup>, adottata dall'Assemblea Parlamentare allo scopo di evidenziare la necessità di assicurare che, tramite la mediazione familiare, non si attuino forme di prevaricazione, con pregiudizio della parte che si trova in condizioni di maggior debolezza. Di tale preoccupazione è indice il titolo stesso della Raccomandazione: *Family Mediation and Gender Equality*. Infatti, dopo una riesposizione delle caratteristiche principali dell'istituto, si fa riferimento a una delle questioni più delicate, inerente appunto all'equilibrio fra le parti, e al dovere del mediatore di intervenire in presenza di posizioni sbilanciate, specie quando vi sia la prova o anche solo il timore che vi sia stata violenza domestica o qualsiasi altra forma d'abuso. Si osserva altresì che è bene esser avvertiti di un altro rischio molto frequente, sussistente in caso di assenza di una idonea valutazione dell'effettiva pariteticità fra le parti: quello di attribuire alla mediazione la natura di 'rimedio universale', atto a risolvere tutti i problemi familiari, solo perché, in sostanza, si vorrebbe ridurre il carico di lavoro delle corti, trascurando così, però, i risultati delle ricerche svolte dagli studiosi e le osservazioni cui sono giunti gli operatori pratici, nell'evidenziare il pericolo che la mediazione, qualora sia disposta dal giudice in modo vincolante (*court-ordered mediation*), e indipendentemente da un'attenta verifica del singolo caso, possa trasformarsi, purtroppo, in una forma di giustizia, certo meno costosa e più rapida, ma tutt'altro che garantista, destinata a chi non si può permettere di sostenere le spese elevate del processo, dando vita a un'alternativa di secondo livello, riservata ai non abbienti («*poor man's justice*»); un esito, questo, da ostacolare con fermezza, in quanto in contrasto con il principio d'uguaglianza. Per poter considerare la mediazione una valida alternativa al processo, si ribadisce, quindi, l'esigenza di assicurare la «piena libertà di scelta delle parti, quale elemento chiave di ogni mediazione», da cui discende pure il divieto di ogni rinvio vincolante alla mediazione familiare («*mandatory referral to mediation must be prohibited*»).

Inoltre, poiché spesso si presentano situazioni di disequilibrio legate al ruolo familiare e sociale dei soggetti in conflitto, si aggiunge un'esplicita precisazione relativa al dovere di rispettare la pari dignità fra i coniugi, poiché si ritiene che questa sia configurabile solo sul presupposto che vi sia la massima attenzione alle differenze che, di fatto, possono presentarsi, fra uomini e donne. Di qui, l'affermazione per cui «l'uguaglianza di genere dev'esser garantita, nella mediazione familiare, così come nel sistema della giustizia per la famiglia, in generale». Ne consegue l'inammissibilità del sacrificio dei diritti individuali, 'immolati' su quello che si potrebbe definire l'«altare dell'efficienza», o meglio l'inaccettabilità del ricorso alla

<sup>125</sup> Il testo della Raccomandazione, adottato *dallo Standing Committee*, per conto dell'Assemblea, *Family mediation and gender equality*, si può consultare in: <<http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta03/errec1639.htm>>.

mediazione, se questo sia effettuato a vantaggio del mero obiettivo della riduzione dei costi e dei tempi processuali. La sensibilità verso la condizione femminile, resa esplicita dal richiamo al dovere di evitare accordi attuativi del volere di una sola delle parti, ove questa «domini l'altra in qualsiasi modo», si affianca poi ad una specifica menzione della condizione del figlio minore d'età, quando l'oggetto centrale della controversia attenga ad una questione che lo riguarda. In tal caso, il suo ascolto è considerato come doveroso, non solo nel procedimento civile, ma anche all'interno della mediazione in quanto si tratta di un soggetto titolare di diritti<sup>126</sup>.

Parrebbe superfluo evidenziarlo, a distanza di oltre due decenni dalla firma della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo<sup>127</sup>, ma questo inciso, inserito in documento dei primi anni Duemila, è da ritenere quanto mai opportuno, se si considera la resistenza mostrata, tutt'oggi, dai fautori di quegli orientamenti tradizionali – espressi non solo in alcuni contesti giudiziali, ma anche da parte di determinate 'scuole' di mediazione<sup>128</sup> – strenuamente restii a riconoscere ai minori d'età una condizione di crescente autonomia<sup>129</sup>, che si contrapponga alla posizione di rigida ed indistinta subordinazione determinata dalla visione che li qualificava come individui «*assoggettati*» all'altrui potestà, e in quanto tali privi di alcun diritto, di natura sia sostanziale, sia processuale, ammettendone sì la rappresentanza in giudizio, ma sempre in modo che risultassero sottoposti a decisioni che, seppur adottate nel loro «*miglior interesse*», di fatto erano raggiunte tenendo conto dell'opinione degli adulti, senza dare alcun peso al loro punto di vista<sup>130</sup>. Quindi, pur essendo superata già da tempo la concezione tradizionale, rigettata ormai a livello legislativo sin dal momento in cui i diritti dei minori, enunciati dalla Convenzione ONU del 1989, sono stati recepiti all'interno dei sistemi nazionali, a seguito della

<sup>126</sup> «When the bone of contention is the child, he or she should also be heard in the mediation process because he or she is recognised as having rights. Children should be allowed their say if a solution is to be found that is genuinely in their best interests».

<sup>127</sup> Cfr. art. 12.

<sup>128</sup> Cfr. *supra*, par. 2.

<sup>129</sup> Quella che i *common lawyer* hanno significativamente definito come «*competence*», nel riconoscere l'attitudine dei minori d'età di autodeterminarsi, in una serie di ambiti sempre più estesi, destinata ad ampliarsi costantemente col trascorrere degli anni e con l'approssimarsi alla maggior età. Cfr. E. SALVATERRA, *Capacità e competence*, in AA.VV., *Diritti in medicina*, Vol. III, *Trattato di biodiritto*, diretto da P. ZATTI, Milano, Giuffrè, 2010, p. 341 ss.; J. BRIDGEMAN, *Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 24.

<sup>130</sup> Così che il cosiddetto «interesse migliore» o «meglio tutelato» del minore finisce per significare sempre altre cose, anche se, come si è osservato con ironia, alcune volte accade anche che indichi l'interesse del bambino. Così, E. RESTA, *L'infanzia ferita*, Bari, Laterza, 1998, p. 33.

sua ratifica<sup>131</sup>, è stata necessario fare la massima chiarezza, in materia, persistendo appunto simili tendenze restrittive.

Pertanto, si giustifica la solennità della declamazione contenuta nella Raccomandazione n. 1639/2003: «Children should be allowed their say if a solution is to be found that is genuinely in their best interests». Riconducendo a pochi punti salienti le indicazioni dell'Assemblea Parlamentare del CdE, notiamo che è stato riconfermato, in gran parte, pure il nucleo essenziale della Risoluzione R (98) n 1, giacché si è ribadito il principio della volontarietà della mediazione familiare e dunque sancito il rigetto di un ricorso obbligatorio alla stessa («ruling out mandatory referral to mediation»), riaffermandosi altresì l'ampia serie di principi prima ricordati. Al tempo stesso, facendo leva sull'esperienza acquisita nel quinquennio trascorso dal 1998, si è raccomandato al Comitato dei Ministri di rivedere le linee guida redatte a suo tempo, sì da prender in considerazione sia le questioni prima menzionate, in tema di uguaglianza sostanziale fra le parti, sia quelle concernenti le garanzie per i diritti dei minori e, in particolar modo, il diritto all'ascolto («the need to hear children's views and guarantee their rights»), avvalendosi di professionisti e di soggetti di particolare esperienza (*experts and experienced practitioners*). Il 16 giugno 2004 queste Raccomandazioni sono state recepite dal Consiglio dei Ministri del CdE e da allora rappresentano un punto di riferimento essenziale, per gli Stati membri, al quale rivolgersi in vista dell'adozione o della riforma di una disciplina statale, nel settore considerato.

Nel medesimo periodo, era stato emanato un altro importante testo normativo europeo, sebbene di natura cogente ed afferente al sistema delle fonti dell'UE: il Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27.11.2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale<sup>132</sup>. Fra i compiti propri delle Autorità centrali di ciascuno Stato membro, operanti nel settore disciplinato da tale Regolamento, è menzionata la facilitazione di accordi «fra i titolari della responsabilità genitoriale», raggiunti tramite la «mediazione o con altri mezzi», ma pure l'agevolazione della «cooperazione transfrontaliera» a tal fine. Il fatto che, nella Direttiva 52/2008 sulla mediazione<sup>133</sup>, vi sia un richiamo proprio al Regolamento 2201/2003, invita a una seria riflessione, *de lege ferenda*. Al di là della constatazione della pluralità di opzioni adottabili a livello interno, tale inciso, infatti, reclama un'attenzione specifica, da parte del legislatore nazionale, tenuto a dar attuazione alle finalità indicate dalla normativa in esame, cui non si può certo negare forza vincolan-

<sup>131</sup> Cfr. B. BENNETT WOODHOUSE, *Hidden in Plain Sight: The Tragedy of Children's Rights from Ben Franklin to Lionel Tate*, Princeton, Princeton University Press, 2009, p. 8.

<sup>132</sup> Sul punto, sia consentito di nuovo far rinvio, per maggiori dettagli, a E. URSO, *Il diritto di famiglia nella prospettiva "europea"*, cit., p. 551 ss.

<sup>133</sup> Cfr. *considerando* 21 e 22 della Direttiva 52/2008. Cfr. *supra* par. 2.

te<sup>134</sup>, ancorché sia da considerare (ed interpretare) nel suo complesso, ossia anche alla luce delle sue correlazioni sia con le fonti non cogenti, sia con i principi del «sistema europeo», senza che si possa giustificare, quindi, un atteggiamento «nazionalistico» tale da condurre ad un'apodittica e sbrigativa esclusione della mediazione familiare dal novero delle materie suscettibili di ricevere una regolamentazione giuridica. In effetti, il tratto innovativo di maggior rilevanza ascrivibile alla Direttiva 52/2008 è rappresentato dalla sua vocazione a rafforzare la certezza del diritto, in materia, apprestando una base comune di riferimento e potenziando gli strumenti già esistenti. Oltre ai profili già esaminati, merita ricordare che, da un lato, ivi si riconoscono i requisiti essenziali, propri della mediazione, sui quali v'è ormai unanimità, a livello europeo, come, del resto, sulla definizione di «mediazione»<sup>135</sup> e di «mediatore» (art. 3)<sup>136</sup>. Dall'altro, si riconfermano le garanzie connesse all'imparzialità, efficacia e competenza dell'attività di mediazione, sulla cui qualità dovranno vigilare gli Stati membri dell'UE, tramite interventi volti a stabilire precise regole per la formazione iniziale e continua dei mediatori, l'adozione di codici di condotta, aventi natura volontaria, destinati ai singoli e alle organizzazioni operanti in materia, e la predisposizione di strumenti in grado di verificare l'operato di tutti i soggetti coinvolti (art. 4). Ai fini del tema in esame, è importante notare come, in nome dell'interesse pubblico, si siano contemplate delle deroghe al principio di riservatezza, essendo ammessa un'eccezione, alla regola della confidenzialità, qualora ricorrano «considerazioni di ordine pubblico» dello Stato membro, specie se ciò sia «necessario per assicurare la protezione degli interessi superiori dei minori o per scongiurare un danno all'integrità fisica o psicologica di una persona»; o se la conoscenza del contenuto dell'accordo sia indispensabile per la sua applicazione od esecuzione (Art. 7, *a, b*)<sup>137</sup>.

Quanto al dovere d'informazione, questo viene affermato in termini generali, essendo gli Stati membri liberi di definire le opzioni attuative,

<sup>134</sup> In presenza di un Regolamento dell'UE, non sorgono dubbi sul punto, evidentemente.

<sup>135</sup> Infatti, «per 'mediazione' si intende un procedimento strutturato», tramite il quale «due o più parti di una controversia tentano [...] su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore», sia che ad avviare tale procedimento siano le parti stesse, sia che questo venga «suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro». Nella nozione di mediazione è compreso il caso in cui essa sia «condotta da un giudice», purché non sia responsabile di un procedimento «concernente la controversia in questione», mentre sono esclusi «i tentativi messi in atto dall'organo giurisdizionale o dal giudice aditi al fine di giungere ad una composizione della controversia in questione nell'ambito del procedimento giudiziario oggetto della medesima».

<sup>136</sup> Per «mediatore» si intende qualunque terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente», indipendentemente dalla sua denominazione o professione, all'interno dello Stato membro interessato, e dalle «modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione».

<sup>137</sup> L'art. 7 stabilisce un preciso rapporto fra regola ed eccezione.

mentre si stabilisce che la divulgazione dovrà avvenire «in particolare via Internet», in modo da consentire ai cittadini di esser messi al corrente delle modalità con le quali prender contatti con i mediatori ed i servizi di mediazione (art. 9). Rispetto alle informazioni sugli organi giurisdizionali e le autorità competenti (art. 10) si prevede, infine, che debbano esser divulgate dalla Commissione, a seguito della comunicazione da parte di ogni Stato, entro un termine (21.11.2010) anteriore a quello fissato per la recezione della Direttiva (21.5.2011)<sup>138</sup>.

### 7. *La nascita della mediazione familiare: una visione d'insieme del diritto anglo-americano*

Dopo questa sintetica ricognizione delle fonti, a livello interno ed «europeo», si possono ripercorrere, adesso, per grandi linee, le principali tappe dello sviluppo della mediazione familiare. Anche senza proporre un'analisi comparatistica delle singole esperienze, ma sfiorando appena le fasi salienti dell'evoluzione della materia, si potrà forse percepire come l'affermarsi di tendenze europee verso l'armonizzazione coesista (e probabilmente continuerà a coesistere) con la presenza di notevoli diversità a livello statale. Contemporaneamente, sarà possibile constatare come – proprio in un settore, il diritto di famiglia, in cui la potestà normativa degli Stati dell'UE è indiscussa – tali tendenze si inseriscano ormai in un quadro istituzionale rinnovato, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, sì che si può supporre un possibile mutamento, in futuro, in grado di ridurre l'impatto di quel che è stato definito come un 'diritto ibrido'<sup>139</sup>, ossia di quel diritto 'europeo' che, scaturendo da fonti non cogenti (Risoluzioni del Parlamento dell'UE, Raccomandazioni del CdE), ha finito, comunque, per influenzare molto intensamente l'evoluzione normativa, all'interno dei Paesi membri dell'UE, tutti ricompresi nella cerchia degli Stati del CdE, senza che si potesse ancorare la tutela a parametri di riferimento aventi la funzione di 'strutture portanti', quali, invece possono esser considerati i principi e i valori espressi dalla CDFUE, i quali hanno acquisito la medesima portata normativa del Trattato di Lisbona, dal momento della sua entrata in vigore (il 1 dicembre 2009), ed i diritti tutelati dalla CEDU, alla cui adesione si è impegnata l'UE<sup>140</sup>. Il tema è

<sup>138</sup> Il Regolamento d'attuazione del D.Lgs. n. 28/2010 ha rispettato tale termine.

<sup>139</sup> Cfr. P.G. MONATERI, *Integrazione e armonizzazione: le scelte di tecnica normativa della Commissione UE. Il concetto di fonte e la forma ibrida del diritto europeo*, consultabile all'indirizzo web: <<http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2009/Monateri2.pdf>>.

<sup>140</sup> Si può segnalare, di recente, la proposizione di una domanda pregiudiziale, da parte del Tribunale di Bolzano, il 7.12.2010, nella causa C-571, alla Corte di Giustizia, avente ad oggetto proprio tale questione.



stato oggetto di vari approfondimenti comparatistici<sup>141</sup>, ai quali sarà necessario fare un semplice rinvio, nel delineare una visuale generale, anche se le recenti novità normative meriterebbero un'attenta disamina<sup>142</sup>, come del resto sarebbe interessante considerare il tema in una prospettiva storico-antropologica<sup>143</sup>. Evidenti ragioni di sintesi impongono, tuttavia, di trascurare un attento confronto, nonché ogni forma di comparazione, sia sincronica, sia, a maggior ragione di tipo diacronico e/o interdisciplinare. Il che esigerebbe una trattazione molto estesa ed accurata, impossibile da proporre in poche pagine<sup>144</sup>. Dunque, proprio perché è essenziale esser consapevoli del fatto che la storia presuppone la comparazione e la comparazione presuppone la storia, o meglio, che è indispensabile prender le distanze dalle astrazioni, per soffermarsi sulla concretezza delle molteplici diversità, frutto della storia<sup>145</sup>, si cercherà di riproporre semplicemen-

<sup>141</sup> Una chiara sintesi, in tal senso, è proposta da M.M. CASALS, *Divorce Mediation in Europe: An Introductory Outline*, in vol. 9.2 (July 2005) *Electronic Journal of Comparative Law*, nel sito: <<http://www.ejcl.org/92/art92-2.pdf>>. Cfr. inoltre in un'ottica critica L. COENRAAD, *Harmonisation of the Divorce Procedure in Europe*, in M. MARTIN-CASALS, J. RABOT (a cura di), *The Role of Self-Determination in the Modernisation of Family Law in Europe*, Girona, Documenta Universitaria, 2006, p. 15 ss.

<sup>142</sup> Le connessioni fra il profilo giuridico e quello sociologico sono senz'altro profonde. Fra gli Autori che hanno sottolineato la tensione fra le concezioni descritte come 'tradizionali' e quelle riconducibili ai sistemi che aspirano a dar attuazione a una struttura dello stato basata sulla *Rule of law*, cfr. O.G. CHASE, *Law, Culture and Ritual. Disputing Systems in Cross-Cultural Context*, New York, New York University Press, 2005 (trad. it. *Gestire i conflitti: diritto, cultura, rituali*, a cura di M.R. Ferrarese, con un'introduzione di J.S. Bruner, Bari-Roma, Laterza, 2009).

<sup>143</sup> Cfr., per una lettura critica del fenomeno dell'ADR, U. MATTEI, *Access to Justice: A Renewed Global Issue?*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 11:3, 2007, nel sito: <[http://works.bepress.com/ugo\\_mattei/34](http://works.bepress.com/ugo_mattei/34)>.

<sup>144</sup> L'antropologia giuridica propone una visuale di grande fascino, sebbene le opinioni, anche in tale contesto, non siano affatto univoche. Cfr. J.L. COMAROFF, S. ROBERTS, *Rules and Processes: The Cultural Logic of Dispute in an African Context*, Chicago, University of Chicago Press, 1986. L'interdisciplinarietà della prospettiva spesso rivela profili trascurati da chi si limita ad una sola visuale. Cfr. L. HICKSON, *The Social Contexts of Apology in Dispute Settlement: A Cross-Cultural Study*, in 25 *Ethnology*, 1986, p. 283 ss. Evidentemente, questi vaghi richiami non attengono alla mediazione familiare, né alla questione della centralità della mediazione interculturale, in presenza di costumi e tradizioni diverse. Sul tema, cfr. S.N. SHAH-KAZEMI, *Cross-cultural Mediation: A Critical View of the Dynamics of Culture in Family Disputes*, in 14 *International Journal of Law Policy Family*, 2000, p. 302 ss. Sull'incidenza dell'aspetto 'culturale' sul modo di affrontare i conflitti, più in generale, cfr. D.P. FRY, K. BJÖRKVIST (eds.), *Cultural Variation in Conflict Resolution: Alternatives to Violence*, Mahwah, Lawrence Erlbaum, 1997.

<sup>145</sup> In effetti, «la comparazione, quale metodo, non è che storia». Perciò in essa scompaiono «certe forme di latente giusnaturalismo». Così, G. GORLA, *Il contratto - Problemi fondamentali trattati con metodo comparativo e casistico*, Milano, Giuffrè, 1954, pp. V e VI.

te quelli che si possono considerare i passaggi-chiave di una storia, tutto sommato, piuttosto recente, di cui ormai cominciano ad esser scritte però diverse narrazioni, per quanto si tratti di un fenomeno che trova le proprie radici originarie in lontane esperienze del passato, non solo all'interno della tradizione definita come 'occidentale'<sup>146</sup>, ma anche in realtà sociali del tutto estranee ad essa<sup>147</sup>. Ripercorrendo cronologicamente le varie fasi attraversate dalla mediazione familiare, in età contemporanea, è doveroso prendere l'avvio dall'esperienza anglo-americana perché qui iniziarono a manifestarsi i primi segnali favorevoli allo sviluppo del fenomeno<sup>148</sup>, in una realtà in cui cominciavano a farsi gradualmente più frequenti le disunioni familiari, giunte, negli USA dei giorni nostri, a percentuali fra le più elevate al mondo. In un primo momento, nel corso della prima metà del XX secolo, come del resto sarebbe accaduto anche in Inghilterra, qualche decennio dopo, la mediazione e la conciliazione erano considerate in modo indistinto e, soprattutto, non v'era una netta distinzione tra le finalità perseguite dall'una e dall'altra. Infatti, si tendeva, inizialmente, a considerare prioritario l'obiettivo della riconciliazione fra i coniugi<sup>149</sup>. A rendersi artefici di un cambiamento radicale, in materia, furono due noti esponenti statunitensi della storia della mediazione: O. James Coogler<sup>150</sup> e

<sup>146</sup> Ancor prima della fase in cui nacque la filosofia, nella cultura greca era tramite la tragedia che si affrontavano quelle che si sarebbero poi descritte come le questioni centrali dell'etica; un profilo, questo, di estremo interesse, ma che esula dal tema dell'indagine.

<sup>147</sup> Per un'ampia analisi dell'etica del giurista, cfr. G. COSÌ, *La responsabilità del giurista: etica e professione legale*, Torino, Giappichelli, 1998. Cfr. sul tema, sempre in un'ottica filosofico-giuridica, G. COSÌ, M.A. FODDAI (a cura di), *Lo spazio della mediazione: conflitti di diritti e confronto di interessi*, Milano, Giuffrè, 2003.

<sup>148</sup> Per un confronto comparatistico, a fine anni Ottanta, cfr. AA.VV., Vermont Law School -Dispute Resolution Project, *The Role of Mediation in Divorce Proceedings: A Comparative Perspective (United States, Canada and Great Britain)*, Vermont Law School, 1987. Fra gli esperti italiani, cfr. C. MARZOTTO, *Per una storia della mediazione familiare*, in *Mediazione Familiare Sistemica*, 2, reperibile all'indirizzo (17/4/2007): <<http://mfs2.blogspot.com/2007/04/per-una-storia-della-mediazione.html>>.

<sup>149</sup> Ad esempio, già nel 1939, in California esistevano i *court-connected conciliation services*. Il passaggio dall'attività rivolta alla *reconciliation* al *divorce counseling* fu graduale, ma avvenne ad opera dei medesimi operatori. Così, A.L. MILNE, J. FOLBERG, P. SALEM, *The Evolution of Divorce and Family Mediation...*, cit., p. 5.

<sup>150</sup> O. James Coogler aveva una formazione sia giuridica, sia nell'ambito della psicoterapia. Venuto a contatto con un centro in cui si incontravano coppie di separati o divorziati, chiamato «Il Ponte» (*The bridge*), di cui erano stati fondatori alcuni consulenti familiari (Griffin, Santons e Pemberton), Coogler ne apprezzò l'idea di base, consistente nel rendere possibile l'ascolto dei soggetti coinvolti, per giungere ad accordi fra di loro, cercando di tener conto sia degli aspetti emotivi, sia di quelli giuridici, sì da assicurare il raggiungimento di soluzioni condivise rispettose dei sentimenti degli *ex-coniugi*, ma anche dei loro reciproci diritti. Cfr. C. MARZOTTO, *Per una storia ...*, cit.

John M. Haynes<sup>151</sup>. Il primo dopo aver dato vita, nel 1974, al primo centro privato di mediazione familiare ad Atlanta, in Georgia, l'anno seguente fondò un'associazione che riscosse un notevole successo: la *Family Mediation Association (FMA)*<sup>152</sup>, un'organizzazione composta da esperti di vari settori, la cui natura interdisciplinare suscitò un vasto consenso. Tale iniziativa ebbe un ampio seguito e fu accompagnata da alcune pubblicazioni che produssero un'eco altrettanto profonda<sup>153</sup>. In particolare, si può ricordare come – nel corso della prima metà degli anni Ottanta – Haynes, dopo un periodo trascorso nell'ambito della formazione di consulenti familiari ed operatori dei servizi sociali, dette impulso a un nuovo modo di procedere, trasferendo ai conflitti familiari il metodo basato sulla soluzione dei problemi (*problem solving*) e quello proprio della negoziazione ragionata (*brainstorming*). L'impatto del suo lavoro fu molto esteso, anche al di fuori dei confini statunitensi. Nel 1981, pubblicò il suo celebre manuale<sup>154</sup> e, l'anno successivo, creò l'Accademia dei mediatori familiari (*Academy of Family Mediators – AFM*)<sup>155</sup>. La sua attività ebbe un'intensa ripercussione sulle nascenti esperienze di altri Paesi, innanzitutto in Canada, dove, sin dal 1982, prese parte a un progetto di formazione voluto dalla *Supreme Court* di Montreal. Nel decennio successivo, divulgò quindi la sua esperienza anche in Inghilterra e in altri Paesi europei. Se osser-

<sup>151</sup> Cfr. J.M. HAYNES, *The Fundamentals of Family Mediation*, New York, Suny Press, 1994. Ricordiamo che Haynes si dedicò alla mediazione familiare dopo una lunga esperienza maturata come negoziatore nel settore dei conflitti di lavoro e d'impresa. Di qui, la profonda influenza subita dalla propria formazione, che determinò il prevalere di una metodologia presa a prestito da quella sperimentata anteriormente, in campi alquanto diversi.

<sup>152</sup> Cfr. A.L. MILNE, J. FOLBERG, P. SALEM, *The Evolution of Divorce and Family Mediation...*, cit., p. 5.

<sup>153</sup> Fu intrapresa la pubblicazione di una rivista specifica (*Family Mediation*), nel 1975, e dato alle stampe poco dopo un volume che divenne presto un testo-base. Cfr. O.J. COOGLER, *Structured Mediation in Divorce Settlement: An Handbook for Marital Mediators*, Lexington, Mass., Lexington Books, 1978. Tuttavia, come già precisato, il modello «strutturato» di Coogler fu presto oggetto di varie critiche. Cfr. *supra* par. 2, nota 17.

<sup>154</sup> J.M. HAYNES, *Divorce Mediation. Practical Guide for Therapists and Counselors*, New York, Springer Pub., 1981.

<sup>155</sup> L'AFM, nel 2001, è confluita nella *Society of Professionals in Dispute Resolutions* e nel *Conflict Resolution Educational Network*, con cui si è fusa, dando vita all'*Association for Conflict Resolution (ACR)*. Grazie al lavoro congiunto di varie associazioni, si sono elaborati i *Model Standards Practice for Family and Divorce Mediation*, cui si fa riferimento per dare uniformità alle prassi seguite, in materia, per quanto sia opportuno chiarire che non si tratta di affatto di regole processuali cogenti (*mandatory rules of court*). Quanto all'attività delle associazioni – fra le quali si può ricordare l'*Association of Family and Conciliation Courts* – impegnate in una costante attività formativa e divulgativa, si può segnalare altresì la presenza di corsi universitari, seguiti da un periodo di pratica, che conferiscono un titolo di studio specifico, un «diploma in risoluzione dei conflitti».

viamo la sequenza degli interventi legislativi, è dunque negli Stati Uniti che si colloca la prima fonte normativa intesa a disciplinare la mediazione familiare, ossia la legge della California, approvata nel 1980<sup>156</sup>, che ha previsto la mediazione quale fase necessariamente anteriore al procedimento di divorzio, in presenza di figli minori. Tuttavia, anche l'esperienza canadese svolse un'importantissima funzione, nel fungere da modello per molti altri sistemi giuridici<sup>157</sup>.

Completando adesso il quadro anglo-americano, ricordiamo che, in Inghilterra, verso la fine degli anni Settanta, iniziava l'esperienza di Lisa Parkinson<sup>158</sup>, a Bristol, la quale, traendo ispirazione dalla sua esperienza di assistente sociale abituata al contatto con gli operatori giuridici, i componenti delle Corti e gli avvocati, accomunati da una formazione analoga, intraprendeva un percorso che avrebbe portato a una rapida diffusione di una nuova concezione della *conciliazione (conciliation)*, termine che allora si utilizzava prevalentemente, e tale da far venir meno l'originaria confusione con la *riconciliazione (reconciliation)*, di cui v'era ancora traccia, in quegli anni<sup>159</sup>. Cominciarono ad esser redatti, proprio in quel periodo,

<sup>156</sup> Cfr. I. RICCI, *Court-Based Mandatory Mediation. Special Considerations*, in A.L. MILNE, J. FOLBERG, P. SALEM, *Divorce and family mediation...*, cit., p. 397 ss., p. 399. Sul punto, cfr. inoltre D.G. BROWN, *Divorce and Family Mediation: History, Review, Future Directions*, in 20 *Family Court Review*, 1982, p. 1 ss.

<sup>157</sup> Cfr. D. TURCOTTE, A. BEAUDOIN, L. CHAMPOUX, A. ST-AMAND, *Les effets à moyen terme de la médiation familiale sur les parents et les enfants*, in E. COUTU (a cura di), *Comprendre la famille: actes du VII Symposium québécois de recherche sur la famille*, PUQ, 2004, p. 227 ss.

<sup>158</sup> A Lisa Parkinson si deve la nascita e il coordinamento del *Bristol Family Mediation Service*, il primo servizio di mediazione familiare del Regno Unito, ove ha operato dal 1979 al 1983. Fra i suoi scritti, cfr. L. PARKINSON, *Family Mediation*, London, Sweet & Maxwell, 1997; EAD., *La mediazione familiare. Modelli e strategie operative*, 1997, trad. it. a cura di C. MARZOTTO, Trento, Erickson, 2003; EAD., *Family Mediation in Practice – “a Happy Concatenation?”*, in J. WESCOTT (a cura di), *Family Mediation: Past, Present and Future*, Bristol, Family Law, 2004.

<sup>159</sup> Il modello che si affermò a Bristol, in quel periodo, prevedeva comunque un'ampia partecipazione giudiziale, in quanto – sia nei casi di divorzi che di controversie riguardanti l'affidamento dei figli – invalse la prassi, iniziata nel 1977-78, di fissare, anteriormente alla prima udienza, un incontro preliminare fra le parti, assistite dai propri legali (*solicitor*), il giudice della *County Court* (allora detto *Registrar*) e un funzionario pubblico (*court welfare officer*), il cui scopo consisteva nel chiarire i termini della controversia, al fine di pervenire ad un accordo. Se questo fosse apparso probabile, si sarebbe svolto un distinto, breve colloquio, in presenza delle sole parti e del *court welfare officer*, il cui contenuto non era suscettibile d'esser rivelato al *Registrar*. Quest'ultimo, se non si fosse giunti ad un accordo, avrebbe disposto invece la prosecuzione del giudizio, mentre, in caso d'accordo, avrebbe emanato un provvedimento (*order*) avente la finalità di darvi attuazione. Tale modello è stato accolto, sin dai primi anni Ottanta, anche da altre corti, ed è stato completato dalla previsione di un incontro con i figli della coppia, se d'età superiore ai nove anni. Cfr. M. ROBERTS, *Mediation in Family Disputes...*, cit., p. 41.

alcuni Studi, come il «*Finer Report*», pubblicato nel 1974<sup>160</sup>, ove si riconobbe ufficialmente il prevalere delle negoziazioni, nei casi di crisi fonti di conflitti familiari. Da allora, si è radicata sempre più la tendenza a trattare le questioni controverse, in diversi ambiti del diritto di famiglia e dei minori, preferendo il ricorso a transazioni frutto di accordi (*settlements through agreements*), secondo un'ottica che attribuisce alla negoziazione e alla mediazione un ruolo centrale, nella gestione delle controversie in materia<sup>161</sup>, ed è questa la linea lungo la quale si sarebbero collocate le scelte compiute, anche in seguito, dal legislatore<sup>162</sup>.

Fu proprio in Inghilterra che, in questo periodo, si diffuse inoltre l'idea della necessità di un servizio pubblico, che fu istituito nel 1978, anno di nascita del *National Family Conciliation Council (NFCC)*. L'operato del NFCC si caratterizzò subito per una costante interazione con tutti gli altri soggetti, pubblici e privati, operanti nel campo in esame, a livello individuale od organizzato. Si poté osservare la nascita e la crescita di una forma costante di collaborazione fra i mediatori e i legali, rappresentati dall'Associazione degli avvocati di diritto di famiglia, come del resto un'ampia apertura verso le associazioni senza fini di lucro, impegnate nel settore del volontariato sociale (*not-for-profit associations e charities*)<sup>163</sup>.

Anche l'esperienza canadese si colloca in questa prima fase, quella di emersione del fenomeno, oggi giunto alla «seconda ondata», nel corso della quale – come vedremo – si nota il susseguirsi di modifiche legislative, cui fanno da contraltare, comunque, intense riflessioni critiche, foriere di possibili, ulteriori mutamenti. Continuando a procedere per gradi, ricordiamo quindi che, sempre a fine anni Settanta, si affermò appunto in Canada un'esperienza pilota di grande forza innovativa, consistente in un progetto rivolto alle persone le cui unioni affettive erano in grave crisi, per fornir loro un'alternativa valida alla via giudiziale di definizione dei loro conflitti, incentrata allora molto spesso sull'individuazione del responsabile della crisi, essendo ancora rilevante la funzione della colpa, in materia

<sup>160</sup> *Report of the Committee on One Parents Families*, Cmnd, 5629, London, HMSO, 1974. Nel decennio successivo, fu redatto il «*Booth Report*», *Report of the Committee on Matrimonial Causes*, London, HMSO, 1985.

<sup>161</sup> Dopo l'esperienza di Bristol, si ricorda quella del *South Est London Family Mediation Bureau*, istituito nel 1979, anch'esso finanziato da privati (*charitable authorities*) ed indipendente dal sistema delle Corti e caratterizzato dalla presenza di personale appartenente a diverse aree professionali.

<sup>162</sup> Cfr. J. WESCOTT (a cura di), *Family Mediation: Past, Present and Future*, Bristol, Family Law, 2004, *passim*.

<sup>163</sup> In estrema sintesi: con il Children Act (1989), in vigore dal 1991, si dette risalto alla nozione di *parental responsibility* – in seguito sottoposta ad una revisione critica –, unitamente al principio del non intervento delle corti, sul presupposto che siano i genitori i soggetti maggiormente in grado di trovare una soluzione, per il bene dei propri figli, rendendo possibile attuare così anche l'interesse pubblico. Cfr. A. BAINHAM, *The Privatization of the Public Interest in Children*, in 53 *Modern Law Review*, 1990, p. 206 ss.

di divorzio; il che aveva profonde ripercussioni altresì sulle decisioni in tema di affidamento dei figli. Fu nel 1978 che Howard H. Irving e Michael Benjamin dettero vita a tale progetto. Qualche anno dopo, altri esperti, in Québec, stimolati dal lavoro dello statunitense John Haynes che, come già ricordato, era stato chiamato in Canada qualche anno prima, per una collaborazione, presso la Corte Suprema, a Montreal, svilupparono un'ulteriore sperimentazione, coinvolgendo professionisti di altri ambiti, oltre che mediatori professionali<sup>164</sup>. Il loro lavoro si rivolgeva essenzialmente alle donne vittime delle disunioni familiari, esposte all'esclusione sociale specie in presenza di figli privi del necessario sostegno affettivo e materiale. L'operato dell'Associazione in questione – *Associazione Mediatori Familiari del Québec* – svolse una funzione precorritrice di altre, successive realtà, che si diffusero costantemente, nel corso del tempo<sup>165</sup>. L'itinerario seguito è stato, infatti, molto graduale.

In un primo momento, è prevalsa una visione della mediazione incentrata sulla risoluzione dei problemi concreti da affrontare, all'interno della singola coppia, e dunque ancorata alle specifiche difficoltà del nucleo familiare conseguenti alla crisi dell'unione. In seguito, accanto all'impostazione propria della negoziazione ragionata, si sono affermate le metodologie riconducibili alla filosofia relazionale, volte a tener conto della complessa trama di relazioni, anche esterne, fra tutti i soggetti coinvolti. Di qui, l'emergere di una visione sensibile all'intera rete di rapporti che legano i membri della famiglia, coinvolta direttamente nella crisi, con altri componenti del tessuto familiare, nonché con la realtà sociale d'appartenenza. Fa breccia, in tal modo, una concezione attenta alle dinamiche 'endo-' ed 'eso-familiari', tale da conferire alla mediazione la funzione di strumento d'intervento per curare tali relazioni, senza trascurare quelle fra generazioni diverse: nonni e nipoti, genitori e figli<sup>166</sup>. Sotto il profilo legislativo, si osservano tempi diversi, comunque, circa l'emanazione di leggi in materia.

In Canada, Stato federale in cui la materia rientra nella competenza delle province e dei territori, e non in quella dello Stato centrale, ossia del-

<sup>164</sup> Cfr. H.H. IRVING, M. BENJAMIN, *Family Mediation: Contemporary Issues*, Thousand Oaks, Sage, 1995. Degli stessi Autori, cfr. *Therapeutic Family Mediation: Helping Families Resolve Conflict*, Thousand Oaks, Sage, 2002.

<sup>165</sup> Pensiamo ad IMEDIA, centro interdisciplinare di risoluzione dei conflitti creato quindici anni fa presso l'Università Complutense di Madrid, in cui pure collaborano professionisti aventi un diverso profilo e una distinta formazione, essenzialmente psicoterapeuti e legali esperti in diritto di famiglia e dei minori.

<sup>166</sup> Cfr. L. BÉRUBÉ, D. LAMBERT, *La médiation étape par étape*, Pub. CCH, Québec, II ed; 2000; L.L. BOYER (a cura di), *La médiation familiale*, Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1998. In breve, cfr. J. VAN COMPERNOLLE, *Médiation et contentieux familial*, in L. CADIEU, T. CLAY, E. JEULAND (a cura di), *Médiation et arbitrage. Alternative dispute resolution. Alternative à la justice ou justice alternative? Perspectives comparatives*, Paris, Litec, 2005, p. 49 ss, p. 52 ss., nel riportare la sintesi di M.D. GOUBAU, pp. 315-316, ivi.

la Federazione, fu il Québec la prima provincia in cui si emanò una normativa specifica, a fine anni Novanta (Loi n. 65/1997). Si determinò così una riforma del codice di procedura civile, contemplante l'obbligatorietà di un incontro, previsto a pena dell'improcedibilità del giudizio, in tutte le ipotesi di separazioni in cui vi fosse la presenza di figli minori, indipendentemente dalla sussistenza o meno del vincolo coniugale fra i genitori, sussistendo una o più questioni controverse, inerenti all'affidamento o al mantenimento della prole oppure alla suddivisione dei beni familiari. Lo scopo era quello di fornire le necessarie informazione circa l'esistenza di una fase anteriore all'inizio del procedimento giudiziale, consistente in alcune sessioni di mediazione, volte al raggiungimento di un accordo fra le parti. A integrazione di tali previsioni legislative, fu predisposta anche una specifica Guida (*Guide de normes de pratique en médiation familiale*)<sup>167</sup>, la cui stesura fu curata da un Comitato raggruppante gli organismi autorizzati a rilasciare l'accreditamento ai soggetti operanti nel settore. Un testo, questo, che rappresenta ormai da oltre un decennio un punto fermo anche per i magistrati, chiamati a verificare l'equità e la validità delle prassi seguite nell'ambito della mediazione, in funzione della garanzia dei diritti fondamentali che vengono in rilievo: la parità fra le posizioni delle parti coinvolte, l'imparzialità del mediatore, il rispetto della riservatezza circa le vicende narrate nel corso delle sedute di mediazione. Sembra opportuno soggiungere che prima dell'emanazione della legge del 1997 si era tentato di conferire natura obbligatoria all'intero percorso della mediazione, ma tale proposta era stata rigettata, alla luce delle note ragioni che si frappongono a una simile forma di imposizione, sulle quali si erano soffermati soprattutto gli esponenti dell'avvocatura.

A sostegno della mediazione, è stata prevista però la totale gratuità di un numero minimo di incontri, pari a sei e, a garanzia della qualità del servizio, questo è stato circoscritto ai mediatori accreditati. A tale modello si ispirarono, negli anni a venire, anche le altre province del Canada, sì che non sussistono ormai grandi diversità, all'interno del Paese, fra le soluzioni accolte da ciascuna di esse, al riguardo. Sebbene il modello originario, nato in Québec, non recepisca un sistema di natura obbligatoria, essendo tale solo la seduta informativa, è prevista, comunque, in corso di causa, quella che è definibile, propriamente, come un «ipotesi di mediazione obbligatoria», che, per altro, ricorre solo molto raramente<sup>168</sup>. Si tratta, più precisamente, della situazione in cui, durante la fase istruttoria, il Tribunale esercita il potere di disporre la partecipazione delle parti a un tentativo di mediazione, sia tramite il ricorso a un mediatore appartenente al servizio di mediazione della corte, sia attraverso la «mediazione

<sup>167</sup> Per il testo, cfr. il sito dell'ordine degli avvocati del Québec: <<http://barreau.qc.ca/mediation>>.

<sup>168</sup> Cfr. M.D. GOUBAU, Allegato n. 1, in L. CADIET, T. CLAY, E. JEULAND (a cura di), *Médiation et arbitrage...*, op. cit., pp. 315-316.

delegata», attuata cioè da un mediatore privato, scelto liberamente dalle parti. Queste ultime hanno, quindi, in tal caso, il dovere di intraprendere il procedimento di mediazione, entro un termine di venti giorni dalla data di emanazione dell'ordinanza giudiziale. Tuttavia, poiché si delinea un'ipotesi in cui il giudice esercita il proprio potere di imporre alle parti lo svolgimento di una determinata attività (*pouvoir d'injunction*), un potere di cui si avvale solo in via eccezionale, è ridottissima la percentuale di casi in cui ciò accade<sup>169</sup>. Infatti, nella quasi totalità delle situazioni, alla mediazione si procede o prima del giudizio, su base puramente volontaria, sebbene a seguito della sessione informativa prima ricordata, oppure durante il suo svolgimento, ma solo per volontà delle parti, e non dunque a seguito della emanazione di tale *ordonnance judiciaire*, circoscritta ad un numero molto limitato di casi.

La scelta di conferire centralità al carattere volontario della mediazione familiare si spiega con l'attenzione manifestata dal legislatore verso gli studi effettuati in materia. Infatti, numerose ricerche, svolte anteriormente all'entrata in vigore della riforma del 1997, avevano dimostrato la rilevanza della libera volontà delle parti di accedere alla mediazione, ai fini sia di un esito positivo degli incontri, sia della maggior durata ed efficacia degli accordi. Già negli anni Ottanta, i risultati divulgati dagli esperti, basati sulla raccolta di dati empirici, attestavano una miglior 'tenuta', nel corso del tempo, delle soluzioni raggiunte quando il percorso di mediazione fosse stato intrapreso volontariamente e, quindi, seguito dalla redazione di patti basati su condizioni concordate direttamente dai genitori, in vista della regolamentazione di vari aspetti inerenti ai loro rapporti con i figli, quanto all'affidamento, al regime delle visite, alle relative modalità ed al sostegno economico. Le verifiche sono continuate successivamente e, come già precisato, siamo giunti ormai alla «seconda ondata» dei «rapporti», fra i quali sembra molto significativo quello presentato dal Comitato di valutazione, nel corso del Convegno internazionale di Montreal, svoltosi nel 2003<sup>170</sup>. Anche nel Regno Unito si stanno svolgendo ulteriori studi, che riprendono una prassi ormai consolidata, quella dei *Reports* sottoposti all'esame del Parlamento.

Osservando più da vicino l'esperienza inglese, si nota che, nel periodo successivo alla fase della genesi della mediazione familiare, si è mantenuta una certa continuità col passato, ma si sono pure attuati mutamenti di un certo rilievo. Infatti, non è venuto meno l'interesse, a livello istituzionale, verso le situazioni familiari correlate alle crisi delle unioni, mostrato già dal *Finer Report* (1974)<sup>171</sup>, e quindi riconfermato da successive indagini,

<sup>169</sup> Attestandosi attorno all'1%. Cfr. in tal senso VAN COMPERNOLLE, *Médiation...*, cit., p. 53.

<sup>170</sup> Cfr. AA.VV., *III Journées d'Étude Europe-Amérique*, 25-28 septembre 2003, Montreal.

<sup>171</sup> *Report of the Committee on One Parent Families*, Cmnd, London, HMSO, 1974. Uno degli obiettivi centrali del *Report* consisteva nel favorire una definizione



qual è stata quella che ha condotto alla stesura del *Booth Report* (1985)<sup>172</sup>. Analoga è l'impostazione, di natura critico/ricognitiva, che connota alcuni *Consultation* e *Working Paper* della *Law Commission*, preceduti da una vasta partecipazione di esperti di diversa formazione e funzionali alla proposizione di nuove soluzioni, indirizzate al legislatore. In questo ambito si inserisce sia una pubblicazione di fine anni Ottanta, intitolata *Facing the Future – A Discussion Paper on the Grounds for Divorce*<sup>173</sup>, sia uno studio di poco successivo, edito nel 1990, inteso a suggerire dei mutamenti della normativa in tema di divorzio<sup>174</sup>. Il filo conduttore dei due *Paper* è comune, poiché entrambi ripropongono l'intento primario già espresso dal *Booth Report*. Tuttavia, nel secondo si sono aggiunti obiettivi ulteriori rispetto a quelli già enunciati<sup>175</sup>, rappresentati dall'incoraggiamento della risoluzione in via amichevole dei problemi pratici connessi con diversi aspetti legati al divorzio e dal *favor* mostrato verso le opzioni in grado di ridurre le sofferenze patite dai figli, in presenza di un elevato tasso di conflittualità fra i genitori. Fra le principali innovazioni, si può ricordare, inoltre, l'esplicito riferimento alla mediazione, quale «elemento importante» per poter sviluppare un atteggiamento rinnovato e più costruttivo nei confronti delle problematiche caratterizzanti la fine di un'unione coniugale<sup>176</sup>. Questa impostazione è confluita poi nel *Green Paper* e nel *White Paper* governativi del 1995<sup>177</sup>, testi prodromici alla redazione del *Family Law Act* del 1996, una legge che, a causa del noto cambiamento dell'orientamento dell'ese-

consensuale delle questioni controverse fra coniugi, tramite una triplice modalità («reaching agreements or giving consents or reducing the area of conflict»). Cfr. *ivi*, par. 4.288.

<sup>172</sup> *Report of the Committee on Matrimonial Causes*, London, HMSO, 1985. Anche questo *Report* proseguì lungo la medesima scia, in quanto ribadì la funzione cardine della reponsabilità delle parti, nel giungere ad una conciliazione, spettando ad esse sia «identificare tutte le questioni determinate dal venire meno della propria unione», sia «ricercare un accordo» sulle stesse. Cfr. par. 3.10.

<sup>173</sup> Law Com. n. 170, London, HMSO, 1998.

<sup>174</sup> *Family Law and the Grounds for Divorce*, Law Com. n. 192, London, HMSO, 1990.

<sup>175</sup> Ossia, il raggiungimento di soluzioni condivise, facendo leva sulla responsabilità dei coniugi, e la riduzione della litigiosità.

<sup>176</sup> Così, il par. 7.24 del Report. Sul punto si rinvia alla chiara sintesi di M. ROBERTS, *Mediation in Family Disputes...*, cit., p. 33, che osserva giustamente come pure il *Children Act* rifletta tale impostazione, per la quale sono prioritari questi fondamentali obiettivi: «to encourage [...] the amicable resolution of practical issues relating to the couple's home, finances and children and the proper discharge of their responsibilities to one another and their children; to minimize the harm that the children may suffer [...] and to promote [...] the continued sharing of parental responsibility for them».

<sup>177</sup> Ambedue intitolati ambiziosamente *Looking to the Future: Mediation and the Ground of Divorce- The Government's Proposals*, London, Stationery Office, 1995.

cutivo, nel 1997<sup>178</sup>, anno della sua entrata in vigore, non ha ricevuto piena attuazione, segnando comunque un'importante svolta, in materia, grazie ad alcune sue previsioni, come quella istitutiva di un sistema pubblico di sostegno economico (*legal aid*), da attuare tramite la *Legal Services Commission*. Durante la lunga permanenza al governo dei laburisti, venuta meno nel maggio 2010, si è assistito ad altri tentativi di incentivare i meccanismi volti a un'immediata risoluzione dei conflitti (*early dispute resolution*) nel contesto in esame, accentuando un orientamento inaugurato già dal *Children Act* (1989), che ha posto le basi perché si affermasse una cooperazione fra servizi sociali e famiglie (*partnership working*), ribadita dalle riforme successive<sup>179</sup>. Si tratta di una scelta di fondo, in gran parte condivisa, seppure vi siano voci dissonanti<sup>180</sup>. Come del resto può dirsi anche per la realtà nordamericana, le censure più severe si rivolgono contro l'apparente neutralità della mediazione<sup>181</sup>, che farebbe da schermo alla sua intrinseca propensione ad imporre soluzioni spesso inique sui soggetti più fragili del nucleo familiare (le donne e i figli minori)<sup>182</sup>. Comunque,

<sup>178</sup> Ricordiamo che, nel 1999 entrarono in vigore le *Civil Procedural Rules* (CPR), implicanti il dovere per i giudici di primo grado (*High Court e County Court*) di promuovere attivamente la risoluzione delle controversie in modo collaborativo, fra le parti, facendo ricorso anche all'ADR, e contemplanti la possibilità di sospendere il giudizio, nella sua fase iniziale, per poter rendere possibile intraprendere un percorso volto al raggiungimento di un accordo. Cfr. CPR 1.4 (2); 26.4 (1).

<sup>179</sup> Ai fini del nostro tema, ricordiamo in particolare il mutamento intervenuto nella disciplina inerente ai «contatti» con i figli (*Contact with children*). Dopo la sec. 11 del *Children Act* 1989 (c.41), è stata inserita, da quest'ultima legge, un'integrazione (sec. 11A *Contact activity directions*), contenente una norma applicabile in una serie di procedimenti, nei quali il giudice deve considerare se emanare una decisione in materia di *contact*, non solo in relazione ad un *family proceeding*, bensì pure ove sia necessario dare indicazioni (*direction*) inerenti a diverse attività, fra le quali sono previsti gli incontri finalizzati a dare informazioni o pareri circa le modalità con le quali giungere ad accordi, ivi compresi quelli raggiunti tramite una *mediazione* («(b) sessions in which information or advice is given as regards making or operating arrangements for contact with a child, including making arrangements by means of mediation» (sect. 11A, 5, b).

<sup>180</sup> Si è notato che in alcuni casi è assolutamente impossibile poter contare sulla disponibilità dei genitori, tanto da rendere indispensabili i *care proceedings*, ossia i procedimenti giudiziari volti all'adozione di provvedimenti nell'interesse dei minori in difficoltà. Cfr. J. MASSON, *A New Approach...*, cit., p. 369 ss.

<sup>181</sup> Fra i molti, cfr. T. GRILLO, *The Mediation Alternative: Process Dangers for Women*, in 100 *Yale Law Journal*, 1991, p. 100 ss. Di qui, una serie di proposte per fronteggiare i rischi di abusi. Cfr. H. CLEAK, A.J. BICKERDIKE, L. MOLONEY, *Family Mediation and Women's Services: Towards Effective Referral*, in 12 *Journal of Family Studies*, 2006, p. 185 ss.

<sup>182</sup> Cfr. i condivisibili rilievi di M. ROBERTS, *Mediation in Family Disputes...*, cit., p. 37. In senso critico, si segnalano le posizioni di M. FREEMAN, *Questioning the Delegalisation Movement in Family Law: Do We Really Want a Family Court?*, in J.M. EEKELAAR, S.N. KATZ (a cura di), *The Resolution of Family Conflict: Comparative Legal Perspective*, Toronto, Butterworths, 1984, p. 7 ss. Diversamente, J. FOLBERG,

nel Regno Unito le tensioni sono state meno marcate, se poste a confronto con quelle emerse, in particolare, negli Stati Uniti<sup>183</sup>, per quanto non siano mancate le riflessioni sul punto, incentrate sul timore di promuovere, attraverso la mediazione, non una via alternativa al sistema giudiziale, ma solo una giustizia di 'second'ordine'. Eppure, nonostante la fondatezza di alcuni dubbi sollevati da quanti reclamano la massima attenzione verso l'esigenza di assicurare, in modo effettivo, l'equità delle soluzioni, non solo in materia di diritto di famiglia, ma anche in relazione alle cosiddette *small claims*, più frequenti nelle fasce più deboli della popolazione, si è giunti ad una vasta accettazione di una visione della giustizia basata su un metodo collaborativo, anziché antagonistico. È questo il *Leitmotiv* che unifica le diverse modalità tramite le quali si è data attuazione al disegno riformatore, prefigurato dai *Reports* prima ricordati. Senza scendere nei dettagli delle previsioni contenute nelle fonti legislative che hanno contribuito a porre le basi per questa via, definibile come collaborativa e non competitiva, possiamo ora far cenno alle linee portanti di alcuni dei meccanismi tramite i quali la mediazione viene effettuata, nel contesto del diritto di famiglia e dei minori.

Ebbene, la suddivisione centrale da compiere è fra ipotesi di mediazione esterna al processo e metodi di risoluzione 'conciliativi' delle controversie interne ad esso (*in-court conciliation*)<sup>184</sup>, una distinzione, questa, che riflette anche la collocazione temporale dei due modelli. In effetti, le ipotesi di *out-of-court mediation* – apparse già all'indomani della pubblicazione del *Finer Report*, a metà anni Settanta – esprimevano una palese cesura col sistema processuale. Si trattava di forme di mediazione effettuate volontariamente, ricorrendo a strutture indipendenti (ad es. enti benefici, associazioni private senza fini di lucro), allora non numerose. In seguito, la situazione generale è mutata profondamente, con la continua diffusione delle organizzazioni, una maggior presenza di mediatori professionali e la possibilità di concedere il *legal aid* a favore dei non abbienti. Il che ha fatto sì che si ampliasse anche la cerchia delle ipotesi in cui far ricorso alla mediazione, non più circoscritte ai soli casi di fine della vita di coppia<sup>185</sup>.

H. JAY, *Divorce Mediation – The Emerging American Model*, in J.M. EEKELAAR, S.N. KATZ (a cura di), *The Resolution...*, cit., p. 194 ss.

<sup>183</sup> Cfr. O.M. FISS, *Against Settlement*, in 93 *Yale Law Journal*, 1984, p. 1073 ss. Sulle sue tesi, cfr. J. RESNIK, *For Owen Fiss: Some Reflections on the Triumph and the Death of Adjudication*, in 58 *University of Miami Law Review*, 2003, p. 173 ss.

<sup>184</sup> Si parla, rispettivamente, di *out of court* e *court-based mediation*. Sul tema, cfr. L. TRINDER, J. KELLETT, *Fairness, Efficiency and Effectiveness in Court-based Dispute Resolution Schemes in England*, in 21 *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2007, p. 323 ss.

<sup>185</sup> Per l'esattezza, possono esser ricomprese nelle *out-of-court mediation* tutte le ipotesi di controversie familiari, non solo quelle fra ex-coniugi, ma pure fra *partner* di unioni di fatto, nonché i conflitti intergenerazionali. Elemento comune è la frequente collocazione della mediazione in uno stadio iniziale, quando cioè, in caso

Da oltre vent'anni, la *NFM* (*National Family Mediation*), l'associazione che riunisce gran parte dei servizi di mediazione dislocati sul territorio nazionale, si fa carico della formazione, della selezione e delle verifiche attestanti la professionalità dei mediatori, ai fini dell'autorizzazione allo svolgimento della loro attività (*accreditation*). Anche il compito di predisporre *standard* uniformi, inerenti all'operato dei mediatori, era riservato alla *NFM*, che lo esercitò inizialmente in modo esclusivo, sino all'avvento dello *UK College of Family Mediators*, istituito del 1996. Sino a qualche anno prima, non si erano ancora ben definiti, infatti, i confini tra gli interventi volti alla mediazione e quelli aventi, invece, natura sociale e terapeutica. La differenziazione si deve essenzialmente alla *NFM*, responsabile della predisposizione di un programma di formazione per i mediatori familiari di carattere unitario, a livello statale, oltre che ad un opportuno chiarimento del *Lord Chancellor*, contenuto nel *Conciliation Unit Project*, pubblicato nel 1989, anno in cui si cominciò a preferire il termine mediazione, abbandonando l'espressione conciliazione<sup>186</sup>. Allo *UK College of Family Mediators* va ascritto però il merito d'aver fatto cessare la situazione di grande disomogeneità propria della fase precedente alla sua nascita, in cui coesistevano diversi organismi, tutti deputati all'attività formativa e selettiva dei mediatori, sebbene ispirati ad impostazioni tali da privilegiare alcuni profili professionali a scapito di altri<sup>187</sup>.

Passando ai casi di *court-based conciliation*, di delineano vari meccanismi, finalizzati al raggiungimento di accordi fra le parti in grado di far cessare il contenzioso fra loro (*settlement*). Mentre la fase conclusiva (*final hearing*) è tendenzialmente analoga nelle diverse circoscrizioni, differiscono invece le prassi recepite relativamente all'incontro iniziale. La diversificazione fra le varie 'versioni' di questo *First Hearing Dispute Resolution Appointment* dipende, in sostanza, dal ruolo svolto dai soggetti pubblici che intervengono nel procedimento, e segnatamente dal maggior o minor livello di coinvolgimento da parte dell'organo giurisdizionale competente (un *District Judge* o un *Magistrate*)<sup>188</sup>, nell'interazione con un funzionario pubblico, un *welfare officer* denominato *Child and Family Reporter* (*CFR*). Seppur in modo schematico, è possibile ricondurre i diversi modelli a una

di separazione, la coppia inizia a manifestare difficoltà, pur continuando a convivere, sebbene molti casi si presentino quando l'unione sia già cessata. Di norma, tale forma di mediazione è molto rapida, facilmente accessibile e maggiormente in grado di assicurare il rispetto della riservatezza delle parti. Cfr. M. ROBERTS, *Mediation in Family Disputes...*, cit., p. 51.

<sup>186</sup> Come ricorda M. ROBERTS, *Mediation in Family Disputes...*, cit., p. 49.

<sup>187</sup> Ad esempio, era sorta l'associazione denominata *Solicitors in Mediation*, comprensiva sia di legali (*solicitor*), sia di assistenti sociali, cui aveva fatto seguito la *Family Mediation Association* (*FMA*), composta da singoli operatori, e non da strutture in grado di fornire servizi.

<sup>188</sup> In passato denominato *Registrar*. Cfr. M. ROBERTS, *Mediation in Family Disputes...*, cit., p. 41.

triplice tipologia, a seconda che sussista un'intensa partecipazione giudiziale, che questa sia meno estesa oppure più ridotta<sup>189</sup>. Quanto alla figura del *welfare officer*, ha subito delle modifiche, assumendo nuove funzioni, rispetto a quelle tradizionalmente di sua pertinenza<sup>190</sup>. Dopo una prima fase di notevole incertezza, dovuta all'autoattribuzione di compiti non previsti, a rigore, dalla legge, si stabilì – a metà anni Ottanta – una precisa distinzione fra l'attività di indagine volta alla predisposizione di resoconti scritti, di natura valutativa, da sottoporre all'esame del giudice, e quella consistente in un intervento definibile, propriamente, come inteso alla conciliazione fra le parti. Come correttamente evidenziato dal *Booth Report* (1985), tali attività «sono così differenti da essere incompatibili»<sup>191</sup>. Un punto, questo, che è stato ribadito altresì da una *Practice Direction*, l'anno seguente<sup>192</sup>. In effetti, era inevitabile che, se il medesimo *welfare officer* fosse stato impegnato ad acquisire elementi da riferire poi alla Corte, esprimendo un'opinione basata sull'osservazione del caso e, al tempo stesso, in un tentativo di far giungere i coniugi ad un accordo, vi sarebbe stato il serio pericolo di commistioni tali da determinare la violazione dei doveri più basilari in materia, ossia l'obbligo di riservatezza e di imparzialità. Questa netta separazione fu riaffermata anche in seguito, ad opera del Ministero dell'Interno<sup>193</sup>, per scongiurare il rischio di far intervenire nella fase conciliativa chi fosse responsabile della stesura di una relazione dedicata ad una controversia familiare destinata ad esser definita dall'organo giu-

<sup>189</sup> Le tre ipotesi potrebbero definirsi, rispettivamente, ricorrendo a dei neologismi, come *court-room conciliation*, *combined control system* e *court welfare officer control system*. Nel primo caso, è il giudice (*District Judge*) che svolge un ruolo centrale guidando le negoziazioni fra le parti, che sono rappresentate dai propri legali; nel secondo, invece, il giudice presiede la fase iniziale del giudizio (*process in chambers*), mentre le parti negoziano direttamente a contatto con il *Child and Family Reporter*, che poi riferisce al giudice tramite una relazione (*report*); nel terzo caso, infine, il funzionario ha un breve incontro con le parti, il cui esito comunica, in sintesi, al giudice. Cfr. in tal senso L. TRINDER, *Making Contact Happen or Making Contact Work?, The Process and Outcomes of In-Court Conciliation*, DCA Research Series, 396, London, 2006.

<sup>190</sup> Questi, infatti, in passato, in qualità di *court welfare officer*, ossia di funzionario chiamato ad assistere il giudice nello svolgimento dell'attività giurisdizionale, era tenuto all'adempimento di una serie di doveri di fonte legislativa, al fine di fornire tutti gli elementi necessari per l'esercizio del potere decisionale giudiziale (dall'obbligo di effettuare indagini sulla condizione di minori a rischio, e quindi di riferire all'autorità giudiziaria, al dovere di vigilare sull'andamento della situazione, a seguito del raggiungimento di accordi fra i genitori).

<sup>191</sup> Così, il *Report of the Committee on Matrimonial Causes*, London, HMSO, 1985, par. 41.2.

<sup>192</sup> *Practice Direction* (1986) 16 Fam Law 286, emanata dal *Principal Registry della Family Division*.

<sup>193</sup> Cfr. Home Office, *National Standards for Probation Service Family Court Welfare Work*, London, HMSO, 1994.

dicante<sup>194</sup>. Nonostante i miglioramenti apportati al sistema, permangono però, ancora oggi, alcune criticità. Infatti, si lamenta l'eccesso di pressioni, sulle parti, ma anche lo scarso tempo a loro disposizione, circa tre quarti d'ora, il fatto che talune situazioni sconsiglino il ricorso alla mediazione, nonché la limitata attenzione spesso mostrata verso i figli.

Inoltre, alla luce dell'assenza di uniformità, fra le prassi seguite nelle ipotesi di *in-court conciliation*, riflesso delle diverse concezioni accolte e degli scarsi risultati prodotti dai tentativi di dar vita a un maggior coordinamento<sup>195</sup>, si è sostenuto che, preso atto di tali divergenze, si debba cercare di fare ogni sforzo per far venir meno il confuso confluire, all'interno di un'unica espressione (*dispute resolution*), di una congerie di metodi totalmente diversi, per cui accade talora che il *Child and Family Reporter*, invocando il proprio compito di protezione verso i minori, agisca senza rispettare i confini fra tale attività e quella consistente, in realtà, in una mediazione volta alla conciliazione<sup>196</sup>.

Il ricorso all'ADR può presentarsi non solo nei casi di separazioni, ma anche nelle situazioni di minori che presentino difficoltà di vario genere<sup>197</sup>, seppur non correlate alla cessazione dell'unione fra i genitori. In particolare, possiamo ricordare che, nel 2008, si è affermata una procedura (*pre-proceedings process*) che prevede un preciso *iter*<sup>198</sup>: viene inviata una

<sup>194</sup> Mentre si contrapposero, giustamente, queste due attività (*dispute resolution/welfare report*), si ammise che, nel corso dei brevi incontri preliminari (*Direction Appointments*), il *welfare officer* potesse fungere da facilitatore, in vista di una tempestiva conclusione della controversia, tramite una soluzione condivisa. Tuttavia, v'è una crescente consapevolezza del fatto che quanto più penetrante è l'intervento volto a favorire il raggiungimento di un accordo, anche su impulso dei legali delle parti, tanto più ricorrente è il livello di instabilità delle pattuizioni concordate (*settlements*). In breve, si sostiene che un intervento esterno, inteso quale controllo esercitato dal giudice, renda più difficile mantenere fede a lungo a quanto stabilito al momento della conciliazione. In tal senso, cfr. TRINDER, *Making Contact...*, cit., *passim*.

<sup>195</sup> Cfr. Home Office, *National Standards...*, cit.

<sup>196</sup> Il CAF/CASS ha pubblicato tre *Consultation Paper*, nel quinquennio 2000-2005, ma ciò non è stato sufficiente.

<sup>197</sup> Con l'acronimo ADR, in questo contesto, si fa riferimento sia alla mediazione, sia alle forme di conciliazione endo-processuale (*in-court conciliation*), sia alle situazioni in cui intervengono i *collaborative lawyer*. Cfr. in tal senso l'interessante analisi di J. MASSON, *ADR in Child Protection: an Overview of the Common Law Experience* (in corso di stampa), consultata grazie alla cortesia dell'Autrice. Fra i suoi precedenti studi sul tema, J. MASSON, *A New Approach to Care Proceedings*, in *15 Child & Family Social Work*, 2010, p. 369 ss.; J. MASSON, J. PEARCE, K. BADER, O. JOYNER, J. MARSDEN, D. WESTLAKE, *Care Profiling Study, Ministry of Justice Research Report 5/08*, 2008, London, Ministry of Justice.

<sup>198</sup> Già da un biennio (dal 1.4.2008), si segue, infatti, una *Statutory Guidance, The Public Law Outline*, che è stata aggiornata nel marzo del 2010 da una *Practice Direction*. I servizi sociali delle autorità locali sono tenuti a una *pre-process procedure*, alternativa al giudizio, in caso di esito favorevole. Le autorità competenti,

comunicazione scritta ai genitori i cui figli presentino problemi di una certa gravità, contenente un invito a prender parte ad un incontro, prima che sia presentata una richiesta alla corte intesa dell'emanazione di un provvedimento giudiziale (*order*). Lo scopo del *pre-proceeding process* è proprio quello d'evitare l'inizio del giudizio. Si tratta di una soluzione che ha destato però alcune giustificate riserve, tanto che si sta svolgendo uno studio specifico, diretto ad analizzarne i *pro e contra* e a fornire indicazioni per un miglioramento del sistema attuale. Si è osservato<sup>199</sup>, al riguardo, come, in tal modo, da un lato, si siano introdotte delle indubbie garanzie, giacché si è attribuito ai genitori destinatari della comunicazione il diritto a richiedere un sostegno pubblico per le spese da sostenere (*legal aid*) e ad esser assistiti da un proprio consulente legale, durante l'incontro con l'assistente sociale. Tuttavia, dall'altro lato, si è evidenziato che, pur essendo apprezzabili le finalità perseguite, tramite il coinvolgimento dei genitori, «aiutati a comprendere l'importanza della collaborazione con l'autorità locale» per migliorare la condizione in cui si trovano i propri figli oppure per ricevere il loro «consenso a che i figli siano collocati in affidamento presso dei familiari o degli affidatari»<sup>200</sup>, si tratta, in sostanza, di un'ipotesi obbligatoria di ADR, ancorché non sia definita in tal modo, nel documento ufficiale che illustra il *pre-proceeding process*, che pure omette di individuare le sue modalità di svolgimento. Per questo motivo, si è sostenuto giustamente come in tal modo le «autorità locali siano lasciate [libere di] operare [...] senza [alcun] riferimento, né ai principi dell'ADR, né ai riscontri riferibili ai relativi schemi», in casi simili di *child protection*, propri di altre esperienze di *common law*. Oltretutto – si soggiunge – «il *pre-proceedings process* ha ammesso i legali [dei genitori] alla fase anteriore al giudizio (*pre-court discussion*), la quale, precedentemente, si sarebbe svolta invece solo in presenza dei genitori e dei funzionari pubblici (*social workers*), dando l'impressione così che gli avvocati siano indispensabili nei casi di *dispute resolution* correlati alla protezione dei minori»<sup>201</sup>. Per quanto si possa comprendere il motivo per cui si siano agevolate queste forme di intervento, essendovi una crescente consapevolezza da parte delle autorità inglesi delle conseguenze di attività omissive o, all'opposto, eccessivamente intrusive nella vita familiare<sup>202</sup>, la casistica non è stata ancora

tuttavia, restano responsabili dell'adozione di ogni provvedimento che si renda necessario, in casi d'urgenza, per tutelare l'incolumità di un minore. Se un funzionario dei servizi sociali ritenga, viceversa, che si debba richiedere un provvedimento giudiziale, è tenuto a confrontarsi con il responsabile dell'*équipe* competente (*Team Manager*), considerato il parere dei responsabili dell'ufficio legale.

<sup>199</sup> Così, J. MASSON, *ADR in Child Protection*:..., cit.

<sup>200</sup> Così, J. MASSON, *ADR in Child Protection*:..., cit.

<sup>201</sup> Così, J. MASSON, *ADR in Child Protection*:..., cit.

<sup>202</sup> Rispetto a quest'ultima cerchia di ipotesi, si possono segnalare varie vicende che hanno determinato forti reazioni, anche nell'opinione pubblica. Cfr. J. WRIGHT, *Child Abuse Tort Claims Against Public Bodies under the Human Rights Act*, in D.

oggetto di un'analisi ampia e, soprattutto, imparziale. Se il fenomeno viene esaminato in una singola ottica – ossia, quella dei professionisti dei diversi settori coinvolti – possono certo apparire luci ed ombre, ma è molto probabile che queste non siano affatto percepite allo stesso modo, anzi che siano speculari, a seconda della visuale. Di qui, l'esigenza di dedicare una specifica ricerca alla questione, che è tuttora in corso, ed è attuata tramite un progetto finanziato dallo *UK Economic and Social Research Council*, intitolato *Families on the Edge of Care Proceedings: The Operation and Impact of Pre-Proceedings in Children's Social Care*, i cui esiti potranno fornire ottimi spunti, in prospettiva di una riforma<sup>203</sup>. In attesa di conoscere le valutazioni di tale gruppo di lavoro, possiamo provare a proporre, ora, qualche riflessione conclusiva sulla situazione attuale in Italia.

### 8. Riflessioni conclusive

Ogni tentativo di sintesi, specie se rivolto ad un'area delimitata e se il punto d'osservazione è dunque circoscritto, si espone a condivisibili censure di parzialità. In effetti, lo scopo di queste riflessioni non va oltre una serie di considerazioni critiche circa le tendenze generali che si possono osservare, a livello interno ed europeo, in tema di mediazione familiare, per cogliere il rapporto fra le spinte verso l'innovazione, indubbiamente rivelate dal confronto comparatistico, e gli orientamenti favorevoli a una certa continuità, resi palesi dall'odierno panorama nazionale.

Un primo bilancio che si può desumere dalla ricognizione delle fonti e delle prassi riguarda lo stadio, piuttosto avanzato, delle ricerche e delle esperienze effettuate in Italia<sup>204</sup>. Paradossalmente, quanto più ampia è l'apertura che caratterizza i gruppi di lavoro specialistici ed interdisciplinari e le attività compiute nei centri d'eccellenza<sup>205</sup>, tanto più circoscritta e ca-

FAIRGRIEVE, S. GREEN (a cura di), *Child Abuse Tort Claims Against Public Bodies: A Comparative Law View*, Aldershot, Ashgate, 2004, p. 27 ss. Come ricorda J. MASSON, *ADR in Child Protection:...*, cit., si sono svolte varie indagini per investigare sulle gravissime responsabilità in materia. Cfr. ORKNEY INQUIRY, *Report of the Inquiry into the Removal of Children from Orkney 1991 (1991-2 HC 195)*, London, HMSO, 1992; CLEVELAND INQUIRY, *Report of the Inquiry into Child Abuse in Cleveland 1987 (Cmnd 412)*, London, HMSO, 1988.

<sup>203</sup> Cfr. J. MASSON, *ADR in Child Protection:...*, cit.

<sup>204</sup> Come puntualizzato già, si è manifestata altresì una notevole attenzione verso gli studi svolti da esperti stranieri, le cui opere sono stata divulgate in Italia tramite traduzioni. Si è già menzionato il ruolo precursore della 'scuola di Bristol'. Cfr. L. PARKINSON, *Separazione, divorzio e mediazione familiare*, Trento, Centro Studi Erickson, 1995 ed EAD., *La mediazione familiare. Modelli e strategie operative*, (ed. it. a cura di C. Marzotto) Trento, Erickson, 2003 (ed. originale 1997).

<sup>205</sup> Fra i molti contributi, in un'ottica che affronta le dinamiche psicologiche della cosiddetta 'ecologia della conflittualità', cfr. V. CIGOLI, *Psicologia della separazione e del divorzio*, Bologna, Il Mulino, 1998; P. BUSO, D.A. COLOMBO, R.



rente appare la normativa in materia e limitata l'estensione dei servizi di mediazione. Quindi, in conclusione, si può ribadire la sensazione iniziale, nel senso che sussiste ormai un vasto interesse verso il tema<sup>206</sup>, cui però non corrisponde affatto una diffusione sul territorio, in modo uniforme, di strutture paragonabili a quelle presenti in altri contesti europei. Il dibattito in Italia, si sviluppa così, necessariamente, attorno ai pochi 'appigli' forniti dalle scarse previsioni legislative che menzionano la mediazione, nell'ambito del diritto di famiglia e dei minori. In assenza di un intervento chiarificatore, da parte del legislatore, è lecito dubitare dunque che si possa proporre una definizione unitaria della mediazione familiare, delle caratteristiche del mediatore e dei requisiti per l'esercizio dell'attività.

Come opportunamente osservato dalla Corte Costituzionale, spetta però alla legislazione statale prender posizione<sup>207</sup>, in quanto la potestà normativa regionale non può estendersi sino a ricomprendere la determinazione dei criteri per l'acquisizione di una qualifica professionale, le condizioni per definire il relativo profilo e l'esercizio dell'attività correlata<sup>208</sup>. Indubbiamente, alcune utili indicazioni, sulle possibili vie da seguire, pur in assenza di una normativa espressamente dedicata al tema, si possono rinvenire in alcune decisioni della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, relative alla protezione del diritto a preservare le relazioni fra genitori e figli, anche in presenza di eventi che giustifichino l'adozione di provvedimenti incidenti sulle modalità di esercizio della potestà, legittimamente adottati dalle autorità statali (come può dirsi nelle ipotesi di affidamento esclusivo a uno dei genitori oppure di affidamento familiare a terzi).

MARINONI, G. RUGGIERO (a cura di), *Aiutare ad aiutarsi. La mediazione nei conflitti sociali e di comunità. La sfida ecologica del conflitto – La mediazione sociale e comunitaria – Il conflitto familiare: dalla valutazione al processo di mediazione*, in *Animazione Sociale*, 1997, pp. 4-95. Sul punto, cfr. altresì il fascicolo monografico dedicato al convegno nazionale dell'Associazione Internazionale dei Mediatori Sistemici, a cura di R. DE BERNART, L. PAPPALARDO, "Co.Me.Te" in *Verso un'ecologia del conflitto*, Modena, 1999; C. MARZOTTO, R. TELLESCHI, *Comporre il conflitto genitoriale. La mediazione familiare: metodo e strumenti*, Milano, Unicopli, 1999.

<sup>206</sup> Già da anni, si segnalano pubblicazioni specifiche, di natura descrittiva, ma anche critica. Cfr. per alcune sintesi e raccolte normative, M. BATTAGLINI (a cura di), *Codice della mediazione familiare. Raccolta di norme con il commento della giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 2001; A. PINNA VISTOSO, *La mediazione familiare: risorsa nuova per il giudice*, in *Consultori familiari oggi*, 2000, p. 22 ss. In un'ottica attenta alle dinamiche relazionali, cfr. F. CANEVELLI, M. LUCARDI, *La mediazione familiare. Dalla rottura del legame al riconoscimento dell'altro*, Torino, Bollati Boringhieri, 2000. Sul ruolo delle conoscenze pedagogiche, cfr. C. SIRIGNANO, *Il contributo della pedagogia relativamente alla mediazione familiare ed al mediatore familiare: educare e/o rieducare genitori e figli*, in *Consultori familiari oggi*, 2000, p. 27 ss.

<sup>207</sup> Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 131 del 12.4.2010, § 2.2.

<sup>208</sup> Era questo, invece, il contenuto delle disposizioni emanate dalla Regione Lazio (L. n. 26/2008 e L. n. 27/2008), dichiarate incostituzionali dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 131 del 12.4.2010, § 2.2).

Tuttavia, non si è ancora giunti a un'esplicita sanzione in presenza di violazioni della CEDU correlate a ritardi od omissioni inerenti al mancato tempestivo ricorso alla mediazione familiare, ove questa sia stata regolarmente disposta dalle competenti autorità nazionali. Pertanto, è parsa particolarmente interessante, ai fini del tema in esame, la questione affrontata in un ricorso, presentato contro l'Italia, alla Corte europea dei diritti dell'uomo, da un padre che, dopo essersi separato, non era riuscito a mantenere contatti col proprio figlio, non solo per le difficoltà fraposte dalla madre, ma anche a causa della non attuazione delle misure, disposte per via giudiziale, volte a dar vita ad un percorso di mediazione fra gli ex-coniugi<sup>209</sup>, per consentire ad entrambi di superare l'aspra conflittualità sussistente fra loro<sup>210</sup>. Al riguardo, si può quindi ribadire che, al di là della necessità di apprestare nuove regole specifiche, già quelle esistenti potrebbero esser sufficienti a garantire i diritti fondamentali dei protagonisti della crisi della famiglia, genitori e figli che a volte subiscono conseguenze gravissime, dovute sia ai noti ritardi dell'amministrazione e alla lentezza della giustizia, sia – quando i provvedimenti idonei siano stati emanati – al prevalere di una tendenza a sottovalutare l'importanza dell'urgenza, nell'adozione di misure intese a circoscrivere gli effetti pregiudizievoli della litigiosità familiare, spesso irreversibili, sui figli minori d'età. Di qui, l'aspirazione, espressa sin dalle considerazioni introduttive, a saper trarre dalle incertezze proprie della situazione attuale gli stimoli necessari per una rivisitazione della materia e, quindi, per una sua disciplina dettagliata e completa.

Di recente sono stati presentati alcuni disegni di legge in questa direzione<sup>211</sup>, ma si sono formulate anche diverse proposte, di vario tenore, riferibili a un'ampia gamma di iniziative formative che, in assenza di un quadro legislativo unitario, potrebbero anche finire per perpetuare le divaricazioni già segnalate, a livello nazionale, fra le diverse aree del Paese. La comparazione giuridica sollecita, invece, l'adozione di strumenti in grado di assicurare risposte coordinate, tramite le quali poter recepire anche in Italia una normativa sensibile all'istanza di protezione dei soggetti che, in diverso modo, siano esposti ai potenziali effetti distruttivi della conflittualità<sup>212</sup>.

<sup>209</sup> Si tratta del caso *Piazzi c. Italia*, ricorso n. 36168/09. Per un breve richiamo, cfr. *supra* nota 106.

<sup>210</sup> La decisione del caso ora, depositata, il 2 novembre 2010, assume un notevole rilievo, e suscita varie riflessioni, sebbene nell'ambito di queste sintetiche note conclusive. Cfr. *supra* par. 6.

<sup>211</sup> Vari disegni di legge sono stati presentati finora, nell'attuale legislatura, al Senato ed alla Camera dei Deputati: S 2203 (Adamo ed altri); S 957 (Valentino ed altri), relativo anche all'affido condiviso; C 2503 (Pezzotta e altri).

<sup>212</sup> Fra gli Autori italiani, in un'ottica comparatistica, si possono ricordare G. GIAIMO, *La mediazione familiare nei procedimenti di separazione personale e di divorzio. Profili comparatistici*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2001, p. 1606 ss.

Nel ripercorrere un itinerario normativo, in materia, è emersa la funzione centrale svolta dalla prassi, tutt'altro che paradossalmente. Infatti, si è potuto constatare come, nella realtà italiana, un ruolo fondamentale sia stato svolto da una serie di organismi operanti a livello europeo, che vedono partecipi centri di mediazione e professionisti del settore. Meritano d'esser ricordate segnatamente l'Associazione *GEMME* (*Groupment européen de magistrats pour la médiation*), responsabile di interessanti attività di confronto intra-europeo<sup>213</sup>, ed il *Forum Europeo dei centri di formazione alla mediazione familiare* (*FEMD*), fondato nel 1996 a Marsiglia<sup>214</sup>. Il *FEMD* si ricollega al *Forum mondiale dei mediatori*, col quale condivide scopi e funzioni: ossia, promuovere *standard* comuni in tema di formazione dei mediatori e favorire il confronto e la reciproca conoscenza, fra esperti dei vari Paesi, che si riuniscono periodicamente, con cadenza annuale, in occasione delle riunioni dell'assemblea dei centri di formazione accreditati dai due Comitati – quello competente per la definizione degli *standard* e quello avente funzioni direttive –. Ad una pluralità di iniziative si affianca però una certa eterogeneità, nei modelli accolti<sup>215</sup>.

Si possono segnalare, al riguardo, vari tentativi per giungere a percorsi formativi unitari, sebbene con le differenze appena enunciate. Fra le questioni più controverse, v'è inoltre quella inerente ai costi della mediazione, in quanto molti ritengono che sia impensabile creare un sistema realmente efficace ed equo, al tempo stesso, in assenza di un intervento (anche) pubblico, comprensivo di forme di sostegno per i non abbienti, sì che non si determinino disparità di trattamento, dovute solo alle condizioni economiche dei soggetti coinvolti nel conflitto familiare. Dunque, si suggerisce, da più parti, di predisporre un sistema atto a consentire che alla mediazione possano accedere anche coloro che non abbiamo consistenti mezzi economici, e che dunque non possano permettersi spese elevate. Altrettanto delicata è la questione che riguarda la definizione delle concrete modalità attuative di forme di verifica basate sul cosiddetto *follow up*, ossia su indagini *ex post*, intese ad accertare l'esito, nel lungo periodo, degli accordi raggiunti in sede di mediazione, e specificamente il grado di efficacia, sot-

In relazione al diritto inglese, cfr. G. CENTINEO CAVARRETTA, *La mediazione familiare nell'esperienza inglese: spunti per una riflessione comparatistica*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2001, p. 1271 ss. Successivamente, circa il diritto europeo, cfr. V. ZAMBRANO, *Un modello alternativo di giustizia: la mediazione familiare in Europa*, in *Famiglia*, 2005, p. 487 ss. Per un confronto con la realtà tedesca dei primi anni Duemila, cfr. G. HOHLOCH, *La mediazione familiare nel diritto tedesco*, in *Famiglia*, 2002, p. 129 ss.

<sup>213</sup> Per un quadro generale delle iniziative, cfr. <<http://www.gemme.eu/fr/>>.

<sup>214</sup> Sempre a Marsiglia si tenne il primo incontro del FEMD. Su una diversa esperienza, cfr. I. MONTANARI, *Francia – Le risorse del servizio «La Passerelle» di Grenoble*, in I. MONTANARI (a cura di), *Separazione e genitorialità. Esperienze europee a confronto*, Milano, Vita & Pensiero, 2007, p. 59 ss., p. 84.

<sup>215</sup> Cfr. *supra* par. 2.

to il profilo della realizzazione di assetti familiari che, dal punto di vista sia affettivo/relazionale, sia sotto il profilo patrimoniale, si rivelino validi, in quanto accettati dagli interessati e fonti di rapporti fra gli stessi ispirati al rispetto reciproco. Inutile aggiungere che l'adozione di tali misure, per così dire, «di prognosi» anticipata di un possibile disagio, dovuto alla mancata spontanea ottemperanza alle previsioni contenute negli accordi, è l'unica seria garanzia atta ad evitare quel crescendo di sofferenza che raggiunge spesso l'acme in momenti di particolare aggressività che fanno esplodere forme di violenza etero ed auto-distruttiva, senza una causa precisa, almeno in apparenza, ma spiegabili con tensione sopite che si annidano nell'animo dei protagonisti di «tregue forzate» e non realmente condivise. Invece che potenziare gli strumenti sanzionatori, ampliando le forme di condanna pecuniaria per i casi di inadempimento dei doveri gravanti sui genitori, sarebbe opportuno rafforzare gli strumenti aventi una funzione 'autocompositiva' del conflitto. La realtà normativa italiana, sul punto, manifesta evidenti contraddittorietà, se si pensa alla serie di misure repressive adottate, in materia di condotte che, seppur da scoraggiare con fermezza, potrebbero esser meglio fronteggiate ricorrendo a metodi alternativi, rispetto al modello punitivo, sempre che non si sia in presenza di comportamenti violenti o potenzialmente tali, evidentemente<sup>216</sup>.

In conclusione, possiamo ribadire come il tema della mediazione familiare rappresenti quasi una sfida per il diritto, ma solo se questo sia inteso quale *ius positum*, ossia come coincidente con le fonti giuridiche di 'diritto positivo', che non ammettono variazioni eccessivamente ampie, nella fase interpretativa/applicativa. Se però consideriamo l'idea della giustizia, che rappresenta il *fil rouge* dell'intera riflessione, possiamo senz'altro dire che la volontà dei *legum conditores* non solo non è assoluta, ma che neppure può esprimersi in modo isolato dalla realtà sociale. Se questa evidenzia un forte bisogno di ridurre la litigiosità che, spesso causata dallo stesso metodo «giuridico» di affrontare il conflitto coniugale, affligge tante famiglie, ecco che sorge l'esigenza di far sì che la *regula iuris* divenga il riflesso della norma sentita come presidio di un valore condiviso e centrale, per la collettività: la ricerca della pacificazione nelle relazioni intrafamiliari.

Certo, il diritto a volte va oltre la sensibilità propria di un determinato momento storico, e così riesce ad anticipare alcuni sviluppi, ma normalmente rappresenta una sorta di specchio, tanto da richiedere un'osservazione molto attenta, perché la visuale non sia alterata dall'immagine che in esso si proietta. A chiusura di questa riflessione, prendendo spunto

<sup>216</sup> Sull'art. 709-ter del c.p.c., introdotto dalla L. n. 54/2006, v'è ormai un'estesa serie di commenti. Per una riflessione sul ruolo della condanna risarcitoria, cfr. G. OBERTO, *I rimedi all'inadempimento degli obblighi di mantenimento nell'ambito della crisi della famiglia*, in *Famiglia e diritto*, 2008, p. 77 ss.; G. SPOTO, *Dalla responsabilità civile alle misure coercitive indirette per adempiere gli obblighi familiari*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2010, p. 2 ss.

dal binomio *law and literature* – oggetto di una tendenza che, negli Stati Uniti, ha rinnovato l'antica prassi di trarre esempi dall'ambito narrativo, per esplicitare le vicende del diritto – possiamo proporre una citazione, ma sovvertendo un ordine spesso seguito, nel richiamare una celebre opera di Tolstòj, *Anna Karénina*. Infatti, si tende di solito a ricordare l'*incipit* di questo bellissimo romanzo: «Tutte le famiglie felici si somigliano; ogni famiglia infelice è invece disgraziata a modo suo», che racchiude una verità incontestabile. Se però si legge la frase che Levin rivolge a se stesso, nell'ultima pagina di questa avvincente «storia familiare», ci troviamo di fronte ad un'altra profonda constatazione: «Eppure, d'ora in poi, la mia vita, indipendentemente da quanto possa avvenire, non soltanto non sarà insensata come prima, ma avrà un vero significato, quello che le verrà dal bene di cui io farò la sua base»<sup>217</sup>. Si individuano così i punti fondamentali di una lunga vicenda, che sintetizzano perfettamente ciò che può esser appreso solo con l'esperienza personale: la certezza che, nonostante l'imprevedibilità degli eventi dell'esistenza, questa possa assumere un senso più profondo, desumibile dall'accettazione individuale del bene, che ne sarà il fondamento. Evidentemente, nessuna relazione umana, soprattutto se intensa qual è quella familiare, può durare, sopravvivere a una crisi, se non si accetta, come essenziale, la necessità di conoscere se stessi, gli altri, e la realtà che ci circonda, evitando di rimuovere il passato, ma anche ogni attitudine recriminatoria o desiderio di rivalsa, utili solo a rafforzare tendenze lesive. È questo lo scopo che si prefigge la mediazione familiare, ed è auspicabile che si possa realizzare entro uno scenario normativo sensibile a tali istanze.

<sup>217</sup> L. Tolstòj, *Anna Karénina* (trad. it., Milano, Mondadori, 1937, consultata nell'edizione del 1998, pp. 1015-1016).

# LA DIRETTIVA CE 2008/52 IN MATERIA DI MEDIAZIONE: UNA SCELTA PER IL RINNOVAMENTO DELLA GIUSTIZIA CIVILE IN EUROPA

Nicolò Trocker\*

SOMMARIO: 1. La mediazione come strumento di differenziazione dell'offerta di giustizia nel disegno del legislatore europeo. – 2. La mediazione nel sistema di tutela dei diritti: segni di un movimento 'antigiurisdizionale' in Europa? – 3. La Direttiva e il favor per la mediazione endoprocessuale c.d. delegata: le ragioni di una scelta. – 4. La facoltatività come tratto qualificante della mediazione e il ruolo del giudice. – 5. L'opzione del ricorso obbligatorio alla mediazione tra condizioni poste dal diritto comunitario e attuazione nel diritto interno. – 6. La obbligatorietà del ricorso alla mediazione nella disciplina del legislatore italiano: l'obiettivo deflattivo un travisamento della policy europea? – 7. Mediazione e tutela in via giudiziale: complementarità e coordinamento. – 8. Il principio della riservatezza e la sostanziale 'impermeabilità' dei due contesti procedurali della mediazione e del processo. – 9. Accordo conciliativo e tutela esecutiva: le opportunità della mediazione. – 10. Mediazione e mediatori. – 11. La mediazione della controversie civili e il ruolo dell'avvocatura

## 1. *La mediazione come strumento di differenziazione dell'offerta di giustizia nel disegno del legislatore europeo*

Il modo prudente con cui gli organi dell'Unione hanno deciso di promuovere, negli Stati membri, i metodi di risoluzione non giudiziale delle liti e, l'obiettivo, in apparenza modesto, di un disegno normativo formalmente ideato per le sole controversie di carattere transfrontaliero, non devono indurre a sottovalutare l'importanza della Direttiva 2008/52 CE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale ed il contributo che essa offre allo sviluppo della giustizia civile in Europa. È vero che l'art. 1 al par. 2, circoscrive l'ambito di applicazione della direttiva alle controversie che mostrano elementi di portata transfrontaliera<sup>1</sup>. Questa riduzione

\* L'autore è professore presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze.

<sup>1</sup> Secondo taluno la scelta avrebbe tradito le aspettative di quanti, confidando sul testo della Proposta che l'ha preceduta, attendevano un'importante occasione di armonizzazione europea delle modalità non giurisdizionali di composizione dei conflitti. C. VACCÀ, *La direttiva sulla conciliazione: un'occasione mancata?*, in *Contratti*, 2008, p. 857. E. MINERVINI, *La Direttiva europea sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2009, p. 41 ss., 57, critica la direttiva per non aver considerato il problema del costo del procedimento di conciliazione/mediazione e per non aver proposto una disciplina delle clausole di mediazione. Sul percorso di formazione della Direttiva, vedi E.M. APPIANO, *I sistemi A.D.R. nell'ottica del legislatore comunitario*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2009, p. 5 ss.

dell'ambito della portata della direttiva non limita però la sua funzione promozionale. Ciò non tanto perché nei *considerando* che precedono la parte normativa del provvedimento (al punto 8) si precisa che nulla vieta agli Stati membri di applicare le relative disposizioni anche nei procedimenti di mediazione interni, ma perché sono gli stessi Stati membri che, impegnati nell'opera di trasposizione della direttiva, stanno mostrando di considerare la stessa come una disciplina quadro a cui attingere per la regolamentazione dell'istituto a livello nazionale e quindi per disciplinare anche situazioni diverse da quelle transfrontaliere<sup>2</sup>. Non è il caso soltanto dell'Italia, particolarmente sollecitata, nell'occasione, a recepire la normativa europea, dando attuazione con il D.Lgs. 28 del 5 marzo 2010, alla delega contenuta all'art. 6 della l. 18 giugno 2009, n. 69. Anche la Germania si accinge a muoversi in questa direzione<sup>3</sup>; e lo stesso vale per la Francia<sup>4</sup> e la Spagna<sup>5</sup>. Persino l'Inghilterra, che pure ha già una radicata tradizione in materia di metodi alternativi di risoluzione delle controversie civili, mostra di voler usare la normativa europea per riconsiderare alcuni aspetti non secondari della disciplina della mediazione relativa alle controversie civili (anche di natura interna)<sup>6</sup>.

Ma l'iniziativa del legislatore europeo merita apprezzamento soprattutto per la *policy* che la ispira; una *policy* volta ad evidenziare che la mediazione non vuole e non deve essere intesa come una semplice risposta all'insoddisfazione dei cittadini europei verso il sistema giurisdizionale o come il veicolo per portare la soluzione di ampie categorie di controversie fuori dalle aule di una giustizia statale irrimediabilmente inefficiente. La mediazione è strumento destinato a *diversificare ed arricchire* l'offerta di giustizia; è strumento funzionale ad indirizzare determinati bisogni di tutela verso una struttura procedurale diversa dal processo (e la sua logica *adversarial*), ritenuta più idonea ad assicurare le «utilità» che i singoli si ripromettono di conseguire allorché si tratti di comporre situazioni di

<sup>2</sup> Tra i primi commentatori non si è mancato di rimarcare la potenzialità 'promozionale' della Direttiva. H. Eidenmueller, M. Prause, *Die europäische Mediationsrichtlinie – Perspektiven für eine gesetzliche Regelung der Mediation in Deutschland*, in *Neue Jur. Wochenschrift*, 2008, p. 2737. V. VIGORITI, *La direttiva europea sulla "mediation". Quale attuazione?*, in *Riv. arb.*, 2009, pp. 1, 8.

<sup>3</sup> Cfr. il Gesetzentwurf der Bundesregierung: "Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der aussergerichtlichen Konfliktlösung" dell'8 dicembre 2010, in questo volume, parte II.

<sup>4</sup> Uno dei punti fermi del *Projet de loi n. 718* presentato al *Sénat* il 22 settembre 2010 è che «les médiations internes et intracommunautaires seront soumises à un régime identique», data la inopportunità di avere discipline differenziate per le controversie interne e quelle transfrontaliere.

<sup>5</sup> Vedi il progetto di legge presentato dal Ministero della giustizia spagnolo il 19 febbraio 2010, in questo volume, parte II.

<sup>6</sup> Vedi il *Consultation Paper*, in questo volume, parte II, e le indicazioni del saggio di N. ANDREWS, *The Duty to Consider Mediation: Salvaging Value from the European Mediation Directive*, in questo volume.

contesa che coinvolgono una gamma più vasta di interessi di quelli filtrati attraverso specifiche disposizioni normative o si tratta di preservare una durevole relazione sociale od economica tra le parti in conflitto. In tal senso va inteso il rilievo degli organi comunitari nel presentare la Direttiva in esame che «l'obiettivo di garantire un migliore accesso alla giustizia, come parte della politica dell'Unione europea di istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia», deve comprendere anche l'accesso ai metodi extragiudiziali di risoluzione delle controversie «non solo per fornire una risoluzione conveniente e rapida delle controversie», ma per assicurare una gestione del contenzioso civile «attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti», evitando la estraneità di riti ufficiali, fonte spesso di alienazione per coloro che vi partecipano<sup>7</sup>.

In questa prospettiva, assume un preciso significato anche la decisione degli autori della Direttiva di abbandonare ogni approccio settoriale per affrontare il tema della mediazione con una visione globale. Si evita così l'equivoco di enfatizzare l'*alternative dispute resolution* come strumento funzionalmente preordinato a dirimere controversie civili di modico valore e quindi di fraintendere il senso della sua 'alternatività' come tecnica preclusiva o limitativa della giurisdizione dei giudici ordinari: una forma di giustizia 'minore' se non addirittura un'alternativa peggiore a quanto istituzionalmente offerto da e demandato all'autorità giudiziaria<sup>8</sup>.

Con la Direttiva 52/2008 l'idea di una 'giustizia pluralista', di una *justice in many rooms*, non è più un semplice slogan o una formula dal vago

<sup>7</sup> Così i *considerando* 5 e 6 che precedono la parte normativa della Direttiva. In questo senso si è giustamente notato che l'appellativo 'alternativo' riferito alla mediazione/conciliazione «è ingannevole sotto più profili» R. CAPONI, *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del D.Lgs. 4 marzo 2010 n. 28)*. *Quadro generale*, in *Foro it.*, 2010, V, col. 90. Il Tribunale costituzionale spagnolo significativamente parla di strumenti 'complementari' non alternativi alla giustizia statale. Cfr. le indicazioni in *Civil Justice in Spain*, a cura di C. ESPLUGES-MOTA, S. BARONA-VILAR, Tokyo, 2009, p. 298. Vedi anche la pronuncia della Corte costituzionale federale tedesca del 14 febbraio 2007, in *Zeitschrift für Konfliktmanagement*, 2007, p. 128 con nota di GREGER sul ruolo della composizione consensuale delle liti nello Stato del diritto.

<sup>8</sup> A simile equivoco non si erano sottratte le iniziative europee allorché, sfruttando le competenze esistenti nell'ambito della politica comunitaria in tema di protezione dei consumatori, la Commissione si era attivata a promuovere il ricorso ai meccanismi *ADR* per risolvere le controversie che discendono dai contratti in materia di consumo. In tale occasione si faceva forza sull'argomento che sul piano economico – del rapporto costo del processo / valore in contestazione – la soluzione stragiudiziale poteva rappresentare l'unico modo adeguato per comporre liti in cui il costo del contenzioso giudiziario è solitamente superiore o comunque non proporzionale rispetto al valore della controversia stessa. Cfr. il Libro verde della Commissione U.E. *L'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del Mercato unico*, COM 93-576 def., Bruxelles, 16 novembre 1993; su cui B. CAPONI, *Il libro verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia*, in *Doc. giust.*, 1994, p. 362 ss.



sapore sociologico, ma l'espressione di un tratto qualificante della moderna amministrazione della giustizia destinato a trovare in Europa una precisa collocazione istituzionale<sup>9</sup>.

Un autorevole esponente della cultura giuridica francese, in un elegante saggio, sottolineava giustamente che i metodi alternativi permettono alle parti di appropriarsi della gestione del loro conflitto e sono, per loro natura, utili per limitare i rischi di un eccesso di giurisdizionalizzazione dei rapporti sociali; e quando questi metodi si sviluppano in collegamento con l'istituzione giudiziaria, consentono di promuovere una giustizia più partecipativa. Favorirne lo sviluppo non significa favorire gli interessi di bilancio dello Stato né rifeudalizzare la società<sup>10</sup>.

## 2. *La mediazione nel sistema di tutela dei diritti: segni di un movimento 'antigiurisdizionale' in Europa?*

Un tema che si ripropone nel momento in cui l'Europa si avvia a dare ingresso alla mediazione come strumento istituzionale di composizione delle liti, riguarda il rapporto tra tale meccanismo ed il diritto alla tutela giurisdizionale.

Notavamo qualche anno fa, commentando le riforme del processo civile introdotte a cavallo del nuovo millennio in numerosi Paesi europei, che «negli ordinamenti del continente europeo, che pur conoscono da tempo ed utilizzano in vario modo metodi di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione, un tratto caratteristico della cultura giuridica – e in parte della stessa realtà processuale – rimane quello di vedere realizzata la tutela dei diritti soggettivi e l'attuazione del diritto oggettivo soprattutto nella pronuncia giudiziale che decide la controversia. A ciò ha contribuito (probabilmente) l'affermazione perentoria, a livello non solo costituzionale, del diritto alla tutela giurisdizionale come diritto spettante a tutti ad un giudice e ad un giudizio»<sup>11</sup>.

Per quanto riguarda la centralità della tutela in via giudiziale, le cose non cambiano ora che la mediazione celebra il suo ingresso tra gli strumenti istituzionalmente predisposti alla composizione delle liti civili. E ciò non solo perché l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea –

<sup>9</sup> È la prospettiva aperta e magistralmente illustrata dal monumentale progetto di ricerca sull'*Access to Justice* ideato e diretto da Mauro Cappelletti alla fine degli anni Settanta. I risultati sono raccolti in otto corposi volumi. Cfr. *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report*, Milan – Alphen an den Rijn, 1978-79, I, 1, p. 3 ss. Cfr. anche quanto scrisse il Maestro in *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna, 1994, p.78 ss.

<sup>10</sup> L. CADIEU, *I metodi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia fra tradizione e modernità*, in *L'altra giustizia*, a cura di V. VARANO, Milano, 2007, p. 103.

<sup>11</sup> *Il processo civile in prospettiva comparatistica: recenti tendenze evolutive*, in *Rass. forense*, 2006, pp. 1500-1501.

alla quale è oggi attribuito lo stesso valore giuridico dei Trattati – avverta in pari misura l'Unione e gli Stati membri che all'espansione del catalogo dei diritti sul piano sostanziale deve corrispondere il potere di farli valere in giudizio e tale potere non si risolve nella mera azionabilità processuale delle situazioni giuridiche sostanziali, ma implica la possibilità di ottenere, in via giudiziale, un effettivo *rimedio*, costruito in funzione dei bisogni di tutela che le situazioni soggettive concretamente evocano di fronte alle diverse forme di lesione subita o minacciata<sup>12</sup>. La Proposta di direttiva del 2004, nel ribadire il primato della tutela in via giurisdizionale, sottolineava che «la disponibilità di metodi alternativi non può in alcun modo esimere uno Stato membro dal mantenere un sistema legale efficace ed equo che risponda ai requisiti della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo»<sup>13</sup>, e quindi, ai requisiti di un processo equo ed efficace, nel senso pregnante che questi termini hanno assunto nella cultura giuridica europea grazie all'opera della Corte di Strasburgo. Oggi, la stessa preoccupazione è confluita in un'apposita disposizione normativa, l'art. 5, par. 2 della direttiva, che, nel momento in cui ammette il ricorso alla mediazione anche in regime non di facoltatività, avverte gli Stati che una scelta in tal senso «non deve impedire alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario». E lo stesso monito vale per le ipotesi che gli Stati decidano di «incoraggiare» il ricorso alla mediazione con incentivi o sanzioni.

Le considerazioni ora svolte meritano di essere inserite anche in una prospettiva più ampia.

L'attenzione dell'Europa verso gli strumenti di composizione non contenziosa delle liti e la politica finalizzata alla promozione di tali strumenti non è parte di un più generale disegno 'antigiurisdizionale', volto ad allontanare le parti dal processo. È questo un aspetto che differenzia la vicenda europea dal movimento americano pro *ADR* al quale viene spesso accostata.

Altri ha puntualmente notato che negli Stati Uniti, «al di là dei modelli teorici e degli impulsi culturali che avevano contribuito all'ideazione del *ADR movement*, è stato soprattutto l'obiettivo efficientista ad imporsi da un certo momento come fattore di propulsione, piegando al suo servizio le aspirazioni più idealistiche ed i progetti più ambiziosi»<sup>14</sup>. Di qui la denuncia,

<sup>12</sup> Sulla portata delle garanzie enunciate nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali e la giurisprudenza della Corte in tema di diritto ad un rimedio effettivo cfr. il nostro *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1171 ss.

<sup>13</sup> Cfr. *Proposta di Direttiva relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale*, 22 ottobre 2004, COM 2004 718 def. La stessa Proposta di direttiva chiariva che la mediazione non è una «alternativa» ai procedimenti giudiziari; «essa è piuttosto uno dei diversi modi di risoluzione delle controversie disponibile in una società moderna e che può essere il più idoneo per alcuni tipi di controversie, ma certamente non per tutte».

<sup>14</sup> F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione di conflitti*, Padova, 2008, p. 29. O. CHASE, *Gestire i conflitti. Diritto, rituali, cultura*, Laterza,

già in un celebre saggio della metà degli anni Ottanta, che «the alternative dispute resolution story makes settlement appear as a perfect substitute for judgment, [...] by trivializing the remedial dimension of a lawsuit, and also by reducing the social function of the lawsuit to one of resolving a private dispute»<sup>15</sup>. Esaltando il ruolo del *settlement*, ovvero della conclusione anticipata e stragiudiziale della controversia quale strumento per rendere più efficiente il sistema, notava Owen Fiss, si rischiava di trascurare il fatto che «the courts' job is not to maximize the ends of private parties, not simply to secure peace, but to explicate and give force to the values embodied in the authoritative texts, such as the Constitution and statutes: to interpret those values and to bring reality into accord with them»<sup>16</sup>. Era il richiamo a non trascurare che, in non pochi casi di controversie civili, l'esigenza fondamentale non è soltanto quella di porre fine ad un conflitto ma anche – e non di rado soprattutto o soltanto – di tutelare un diritto; un diritto da determinare, ed eventualmente formare, in base a regole giuridiche opportunamente scelte ed interpretate attraverso un procedimento rispettoso del contraddittorio e gestito da un soggetto imparziale.

In tempo più recente, critiche simili sono state ripetute da chi vede nel movimento per l'ADR una progressiva svalutazione del diritto e del processo, un allontanamento dalle concezioni più progressiste che si erano andate affermando con riguardo alla funzione promozionale del diritto e delle corti chiamate ad applicarlo. «Concepts of rights to sue – scrive Judith Resnik in un suo appassionato studio del 2003 – have given way to enforcing obligations to use alternatives, many of which do not permit aggregate processing and do not require public disclosure of the decision rendered»<sup>17</sup>. Non solo, un clima avverso all'*adjudication* fa sì che anche le poche cause che raggiungono il *trial* «prompt criticism for trials are 'failures' in a system geared to producing settlement», mentre i giudici stessi «have become a major part of the ADR lobby»<sup>18</sup>.

2008, p. 132 s., sottolinea i risvolti di privatizzazione della giustizia impliciti nell'ADR.

<sup>15</sup> O. FISS, *Against Settlements*, in *Yale Law J.*, 1984, p. 1085.

<sup>16</sup> Ivi, p. 1085. Cfr. anche per ulteriori riferimenti CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., nota 14, p. 32 ss.

<sup>17</sup> J. RESNIK, *For Owen M. Fiss: Some Reflections on the Triumph and the Death of Adjudication*, in *Univ. Miami L. Rev.*, 2003, p. 188. L'autrice si riferisce, tra l'altro, alla prassi di inserire in molti contratti di lavoro una clausola in forza della quale il lavoratore si obbliga a ricorrere alla mediazione/conciliazione nel caso di insorgenza di una qualsiasi controversia derivante dal rapporto contrattuale. Sulla tendenza diffusa delle corti americane di imporre alle parti il ricorso alla mediazione/conciliazione con l'obbligo di tenere in sede del relativo procedimento una condotta conforme ai canoni della *good faith*, cfr. anche A. NASCOSI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro*, Milano, 2007, p. 172 s.

<sup>18</sup> Id., *op. cit.*, pp. 189, 193. Una logica simile non è estranea al sistema inglese, dove il contenzioso giunge molto raramente alla definizione giudiziale. Su questo fenomeno e le ragioni che la determinano cfr. N. ANDREWS, *La giustizia civile in-*

Non sembra che nell'Unione europea vi siano oggi segni di un analogo *anti-adjudication movement*.

Al riguardo va ricordato anzitutto, che sin dalle prime storiche pronunce della Corte di giustizia, volte a disegnare i connotati costituzionali dell'ordinamento di nuovo genere che stava prendendo forma nel continente sulla base dei Trattati di Roma, il processo e il diritto che disciplina i mezzi di tutela giurisdizionale sono stati indicati come i veicoli essenziali per promuovere, insieme alla salvaguardia dei diritti individuali, l'affermazione effettiva delle norme comunitarie e così lo sviluppo della Comunità stessa e delle sue aspirazioni fondamentali. La celebre statuizione in *van Gend & Loos* che «la vigilanza dei singoli, interessati alla salvaguardia dei loro diritti [in via giudiziale] costituisce un efficace controllo che si aggiunge a quello affidato alla Commissione e agli Stati membri» è l'espressione di una scelta di principio che pervade anche la successiva evoluzione dell'ordinamento comunitario e guida la preoccupazione della Corte di rendere concretamente operante un sistema di rimedi giurisdizionali intesi a garantire una tutela effettiva delle situazioni giuridiche fondate sul diritto comunitario. Nella stessa direzione si muove oggi la tendenza a rafforzare gli strumenti del *private enforcement* e quindi la funzione regolatrice del processo in settori (come quello della concorrenza e del diritto dei consumatori) in cui sono in gioco importanti interessi collettivi e specifiche posizioni giuridiche individuali; un *private enforcement* destinato ad integrare, con strumenti e rimedi attivabili dai privati, la tradizionale tutela di natura pubblica o amministrativa affidata ad apposite *authorities*<sup>19</sup>. Non meno significativa, per il tema qui discusso, la giurisprudenza ormai consolidata in materia di clausole di deroga alla giurisdizione, non negoziate individualmente, inserite nei contratti dei consumatori. Simili clausole, collocate nell'area delle clausole abusive ed in quanto tali non vincolanti sul piano sostanziale, sono assistite, per *dictum* della Corte di giustizia, dalla statuizione di una rilevabilità d'ufficio libera da preclusioni originate dalla scadenza di un eventuale termine di decadenza proprio per evitare che esse si risolvano in forme incontrollate di *obligations to use alternatives*<sup>20</sup>. E non solo; a mantenere alto il valore della *adjudication* provvedo-

*glese e il mondo esterno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 829 ss.; L. PASSANANTE, *Modelli di tutela dei diritti. L'esperienza inglese e italiana*, Padova, 2007 p. 32 ss.

<sup>19</sup> Vedi il nostro *Il diritto processuale europeo e le "tecniche" della sua formazione: L'opera della Corte giustizia*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 361 ss.; nello stesso senso l'efficace panoramica di G. WAGNER, *Entwicklungstendenzen und Forschungsperspektiven im Zivilprozess – und Insolvenzrecht*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2008, p. 6 ss.

<sup>20</sup> Secondo la Corte l'intervento 'riequilibratore' del giudice è condizione indispensabile per rendere effettiva la protezione del consumatore come parte debole della vicenda contrattuale e per disincentivare la prassi dell'inserimento di tali clausole nei contratti. Cfr. anche per gli opportuni riferimenti alle pronunce della Corte, il nostro *Le clausole arbitrali nei contratti dei consumatori: quale ruolo per*

no anche le iniziative sia dell'Unione che dei singoli Stati membri volte a rafforzare le forme di tutela giurisdizionale collettiva e ad affinare i meccanismi di aggregazione processuale come elementi fondamentali di una strategia diretta a migliorare le condizioni della giustizia civile nel settore delle controversie di serie, non solo di carattere consumeristico, e degli illeciti plurioffensivi<sup>21</sup>. L'obiettivo è di far sì che anche alle liti minori non venga offerta soltanto la prospettiva di soluzioni conciliative, allorché le situazioni individualmente considerate presentano un contenuto troppo modesto per giustificare un'avventura giudiziaria<sup>22</sup>.

### 3. *La Direttiva e il favor per la mediazione endoprocessuale c.d. delegata: le ragioni di una scelta*

Passando all'analisi delle soluzioni proposte dagli organi europei, notiamo anzitutto che nella direttiva non vi è un *favor* generalizzato per tutti i meccanismi di *ADR*, bensì la promozione di quel particolare metodo chiamato «mediazione»<sup>23</sup>.

L'art. 3 ne offre la definizione quale «procedimento strutturato in cui due o più parti di una controversia tentano, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'aiuto di un mediatore». La mediazione, dunque, si caratterizza come percorso che, alimentato dal consenso delle parti, fa della comunicazione e dello strumento dialogico il veicolo essenziale per arrivare alla soluzione condivisa del conflitto, con un mediatore il cui ruolo primario è quello di rendere efficace la comunicazione tra le parti più che proporre soluzioni per la composizione del conflitto<sup>24</sup>. In questa sua veste, essa si presenta come meccanismo aperto

*il giudice ordinario?* in *L'arbitrato, Scritti in onore di Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 845 ss.

<sup>21</sup> Ne costituisce un esempio la *class action* ora regolata dall'art. 140 bis cod. cons. I. PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 349ss.; G. COSTANTINO, C. CONSOLO, *Prime pronunce e qualche punto fermo sull'azione risarcitoria di classe*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 985 ss.

<sup>22</sup> Per un quadro d'insieme vedi il nostro *Class actions negli USA - e in Europa?*, in *Contratto e impresa / Europa*, 2009, p. 178 ss.; D. FAIRGRIEVE, G. HOWELLS, *Collective Redress Procedures - European Debates*, in *Int'l & Comp. Law Q.*, 2009, pp. 379-409.

<sup>23</sup> Per l'art. 3, linea a) sono estranei alla direttiva «i tentativi messi in atto dall'organo giurisdizionale o dal giudice aditi al fine di giungere ad una composizione della controversia in questione nell'ambito del procedimento giudiziario oggetto della medesima», vale a dire gli accordi raggiunti direttamente ad opera del giudice nel corso di un giudizio. L'undicesimo considerando, in modo non chiarissimo, aggiunge poi una serie di meccanismi e strumenti di risoluzione di vertenze o controversie cui «la direttiva non dovrebbe applicarsi».

<sup>24</sup> M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione del-*

alla considerazione di tutti gli aspetti che, pur estranei ad una determinata fattispecie giuridica, sono tuttavia rilevanti per le parti e per la soluzione del loro conflitto. «Bargaining in the shadow of the law» è la suggestiva formula con cui Mnookin e Kornhauser descrissero le caratteristiche di una tecnica di composizione delle liti che permette di analizzare anche gli aspetti che restano estranei all'oggetto del conflitto nella sua portata normativa ma che rispondono comunque a degli interessi delle parti<sup>25</sup>. Di qui anche i vantaggi della mediazione, apprezzabili sul piano dell'*arricchimento* del conflitto e della sua composizione che rende possibile la creazione di soluzioni e di equilibri soddisfacenti per entrambe le parti<sup>26</sup>.

Lo stesso articolo 3 al par. 1, senza dettarne una disciplina, ricorda che la mediazione entra in gioco anzitutto nella configurazione convenzionale ed extraprocessuale come procedimento *ad hoc*, qualora le parti si affidino, di comune accordo, ad un mediatore privato o si rivolgano ad un ente che amministra procedure di risoluzione dei conflitti, sulla base di regolamenti predefiniti ed avvalendosi di mediatori da esso formati o comunque accreditati<sup>27</sup>. Recenti indagini di carattere comparatistico, rivelano che, in questa sua forma, utilizzata soprattutto da soggetti 'forti' capaci di sfruttare gli spazi dell'autonomia privata e dunque di pensare ed organizzare un progetto di soluzione delle controversie alternativo al processo, la mediazione gode di diffusione e successo pratico soprattutto in Inghilterra<sup>28</sup>. Esistono però indicatori che evidenziano un crescente successo dello stesso strumento anche altrove, favorito dal fatto che le

la Direttiva 2008/52/CE ), in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 357, 370-375; G. ARMONE, P. PORRECA, *La mediazione tra processo e conflitto*, in *Foro it.*, 2010, V, col. 96 ss., sottolineano la funzione della mediazione come strumento per «riscoprire la virtù del consenso e della negoziazione paritaria».

<sup>25</sup> R.K. MNOOKIN, L. KORNHAUSER, *Bargaining in the Shadow of the Law: the Case of Divorce*, in *Yale L. Journal*, 1979, p. 950.

<sup>26</sup> Sul tema l'attenta analisi di CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 407 ss.

<sup>27</sup> La Direttiva non si occupa invece delle *clausole* con le quali l'eventuale azione in giudizio o il giudizio arbitrale devono essere preceduti dall'esperimento di un tentativo di mediazione /conciliazione, la cui obbligatorietà è di origine convenzionale. Vi provvede il D.Lgs. n. 28/2010 attraverso l'inserimento nell'art. 5, comma 5 di una disposizione simile, ma non identica a quella dettata in materia societaria dall'art. 40, comma 6 D.Lgs. n. 5/2003, per la quale: «se lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente prevedono una clausola di mediazione o conciliazione e il tentativo non risulta esperito, il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa assegna alle parti il termine di 15 giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di (quattro mesi) di cui all'articolo 6». Sul tema, Ch. GIOVANNUCCI ORLANDI, *La normativa italiana in materia di conciliazione "convenzionale"*, in M. RUBINO-SAMMARTANO, *Arbitrato, ADR, Conciliazione*, Bologna, 2009, p. 1215 ss. Sulla esperienza francese il contributo di S. AMRANI MEKKI, *La clause de conciliation*, in *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 2009, p. 83 ss.

<sup>28</sup> B. HESS, *Mediation und andere Formen konsensualer Streitbeilegung*, Gutachten zum 67. Deutschen Juristentag, 2008, Bd. 1 Teil F, Rn. 8.

istituzioni arbitrali, in epoca recente, sono venute progressivamente ad estendere la loro attività al settore della mediazione<sup>29</sup>.

La Direttiva dedica la sua attenzione particolare alla mediazione nella configurazione *endoprocessuale cd. delegata* (o *court-annexed mediation*). Il legislatore comunitario sembra vedere in questa forma il modello privilegiato per lo sviluppo dell'*alternative dispute resolution* ed arricchire così l'offerta di giustizia in Europa. L'art. 5, par. 1, a tal fine impegna gli Stati a riconoscere «all'organo giurisdizionale investito di una causa, il potere, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, di invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia». Deve altresì poter «invitare le parti a partecipare ad una sessione informativa sul ricorso alla mediazione se tali sessioni hanno luogo e sono facilmente accessibili».

La scelta degli organi europei non è casuale. L'innesto della procedura di mediazione nel processo consente di coordinare una data lite o un dato stadio di essa con lo strumento più appropriato per la sua definizione ed evita, allo stesso tempo, quella commistione, nello stesso soggetto, di funzioni ontologicamente differenti, che anche i più autorevoli tra i nostri studiosi dell'ADR hanno sempre visto con profonda diffidenza<sup>30</sup>. Con essa si supera poi uno degli ostacoli più seri che impedisce alla conciliazione giudiziale di avere successo, ovvero il fatto che alla stessa proceveda quel giudice che, in caso di fallimento del tentativo, dovrà decidere sull'oggetto della lite. E si evitano anche i problemi legati alla circostanza che il potere propositivo del giudice, nel quadro di un tentativo di conciliazione giudiziale, deve coordinarsi e sottostare al principio dispositivo, ed in particolare alla regola della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, così che il giudice non può, in linea di principio, diversamente da quanto può fare un mediatore esterno al processo, suggerire soluzioni che coinvolgono aspetti del conflitto non espressamente dedotti dalle parti<sup>31</sup>.

La mediazione nella forma delegata è anche il modello già presente in numerosi Paesi europei dove ha dato risultati apprezzabili nella prassi applicativa.

<sup>29</sup> CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 116 e le indicazioni di ANDREWS, sulle c.d. *tiered clauses* in questo volume. Una soluzione simile è presente nel nuovo art. 412 *quater* c.p.c. che detta la disciplina per un giudizio arbitrale nell'ambito del quale trova spazio anche il tentativo di conciliazione affidato al medesimo collegio.

<sup>30</sup> Si evitano anche i problemi che nel nostro ordinamento hanno reso difficile l'innesto di un circuito virtuoso tra processo e conciliazione. Giudici che per consolidata abitudine, e, ancor prima, per formazione professionale, si sentono chiamati al compito di *ius dicere*, sono poco inclini – e forse nemmeno preparati – a svolgere, accanto alla funzione giudicante, anche quella mediativa/conciliativa. Cfr. il nostro *La conciliazione come metodo alternativo di risoluzione delle controversie nell'esperienza dell'ordinamento italiano tra obiettivi di politica legislativa e profili di compatibilità costituzionale*, in *L'altra giustizia*, cit., nota 10, p. 323 ss.

<sup>31</sup> GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite*, cit., p. 363.

Così in Francia, dove la l. 95-125 dell'8 febbraio 1995 ha previsto che, dopo l'inizio del processo, il giudice – ove lo ritenga opportuno – possa invitare le parti a sottoporre la controversia ad un procedimento di *médiation* di fronte ad un mediatore ritenuto idoneo per tentare la mediazione, che può essere tanto una persona fisica quanto un ente che amministra procedure di mediazione<sup>32</sup>. In Germania, il § 278 ZPO, dopo aver regolato l'esercizio delle funzioni conciliative del giudice del processo<sup>33</sup>), consente allo stesso giudice di individuare, in alternativa allo svolgimento diretto del tentativo di conciliazione, anche altre modalità di svolgimento dello stesso; più precisamente, di delegare il tentativo ad un altro giudice dello stesso o di altro ufficio giudiziario che agisce in veste di mediatore o, in alternativa, di suggerire alle parti di ricorrere ad un procedimento stragiudiziale di composizione della controversia, disponendo a tale scopo la sospensione del giudizio pendente. Si è aperto così lo spazio per la sperimentazione di una mediazione stragiudiziale simile alla *médiation* francese che ha dato ottimi risultati nella pratica<sup>34</sup> e che ora il legislatore tedesco, in sede di trasposizione della direttiva, si appresta a dotare di una disciplina organica in tutti i rami di giurisdizione<sup>35</sup>. Questo è anche il modello scelto dal legislatore austriaco nel § 204 della ZPO come riformulata dalla legge federale sulla mediazione in materia civile del 2003, ove si prevede la possibilità per il giudice investito della cognizione di una causa civile, qualora lo ritenga opportuno, di suggerire alle parti di rivolgersi ad un organismo qualificato per tentare la composizione consensuale della lite<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> L'istituto trova la sua disciplina negli artt. da 131-1 a 131-15 del *Code de procédure civile*. La mediazione endoprocesuale non costituisce esercizio di una delega di funzioni processuali. Essa consente lo svolgimento di una attività diversa e *alternativa* rispetto a quella giudiziale, e si manifesta nel potere-dovere del mediatore di «entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose» (art. 131-1). Cfr. anche per i riferimenti bibliografici, L. CADIET, *Code de procédure civile*, Paris, 2010, p. 147 ss.

<sup>33</sup> Sulla funzione conciliativa che il giudice tedesco svolge con successo all'interno del processo e nell'ambito dei suoi poteri di direzione. Vedi R. STÜRNER, *La risoluzione alternativa delle controversie in Germania*, in *L'altra giustizia*, cit., nota 10, p. 256 ss.

<sup>34</sup> I risultati pratici ed i risvolti giuridico-culturali di questa importante esperienza sono illustrati nell'approfondito lavoro monografico di M. VON BARGEN, *Gerichtsinterne Mediation. Eine Kernaufgabe der rechtsprechenden Gewalt*, Tübingen, 2008. Cfr. anche l'ampia recensione di L. LOER, in *ZZP*, 2009, p. 253 ss. L'autore della recensione è presidente di uno dei tribunali che praticano la *gerichtsinterne Mediation*.

<sup>35</sup> Cfr. il *Gesetzentwurf*, cit., nota 3.

<sup>36</sup> E.M. BAJONS, *La lite tra mediazione e processo in Austria e Germania in L'altra giustizia*, cit., p. 63. È anche il modello adottato in Finlandia con l'*Act of Mediation of Civil Cases in Courts of General Jurisdiction* entrato in vigore nel gennaio del 2006; il tentativo di mediazione si svolge in via di principio davanti a un giudice-mediatore. Per una analisi dell'istituto cfr. *Civil Justice in Finland*, a cura di L. ERVO, Tokyo, 2009, pp. 89-92.



Quanto all'Inghilterra – particolarmente attenta a perseguire in modo conseguente e deciso l'obiettivo di una conclusione anticipata o extragiudiziale delle controversie civili, utilizzando accorgimenti sia di carattere processuale, come il meccanismo della *pre-trial discovery*, sia di carattere pre-processuale, come i *pre-action protocols*, oltre ad incentivi di ordine economico come le *offers to settle*<sup>37</sup> – sono le stesse *Civil Procedure Rules* del 1999, a sottolineare che, tra i compiti di *case-management* affidati al giudice vi è quello di «incoraggiare le parti ad utilizzare procedure alternative di risoluzione della controversia, qualora lo consideri appropriato, e di facilitare l'uso di tali procedure» (*Rule 1.4(2)(e)*)<sup>38</sup>.

Nel nostro ordinamento si sono venute sviluppando, da qualche tempo, forme di *best practices*, presso alcune sedi giudiziarie volte a valorizzare un modello di mediazione/conciliazione endoprocessuale<sup>39</sup>. Ora questo modello viene dotato di una solida base normativa con l'art. 5, par. 1 del D.Lgs. 28/2010, il quale, in attuazione della Direttiva comunitaria, stabilisce che il giudice, «valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione ed il comportamento delle parti, può invitare le stesse a procedere a mediazione», precisando altresì che questa forma di mediazione delegata sarà possibile anche una volta che la causa sia giunta in grado di appello<sup>40</sup>. Ma la preferenza della normativa dettata dal D.Lgs. va ad altra, più problematica soluzione incentrata sull'obbligatorietà del ricorso preventivo alla mediazione relativamente ad un'estesa cerchia di controversie civili e commerciali.

#### 4. *La facoltatività come tratto qualificante della mediazione e il ruolo del giudice*

Uno degli aspetti qualificanti della mediazione delegata voluta dal legislatore europeo è la *facoltatività* della sua attivazione. Il giudice «può invitare le parti a ricorrere alla mediazione», selezionando i casi in cui tale

<sup>37</sup> N. ANDREWS, *The Modern Civil Process in England: Links Between Private and Public Forms of Dispute Resolution*, in *Zeitschrift für Zivilprozess. International*, 2009, p. 3 ss.; PASSANANTE, *Modelli di tutela dei diritti*, cit., p. 248 ss.

<sup>38</sup> N. ANDREWS, *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie*, in *L'altra giustizia*, cit., p. 1 ss. Con uno sguardo all'evoluzione storica, M. REYNOLDS, *Of Civil Procedure and Settlement*, in *Civil Justice Q.*, 2010, p. 194 ss. In una prospettiva generale cfr. HONG-LIN YU, *Is Court-annexed Mediation Desirable?*, in *Civil Justice Q.*, 2009, p. 515 ss.

<sup>39</sup> Il riferimento è al progetto *Nausicaa* sperimentato a Firenze e al Progetto *Conciliamo* nato su iniziativa della Corte d'appello di Milano. Su quest'ultimo progetto e l'esperienza che si è venuta formando cfr. M. MARINARI, *La nuova disciplina della mediazione nelle controversie civili*, in *La riforma del processo civile*, Milano, 2010, p. 512 ss.

<sup>40</sup> Peraltro, in un contesto, come quello disegnato dal legislatore italiano, volto a privilegiare, in una vasta area di materie, il ricorso obbligatorio alla mediazione come condizione di procedibilità, questa forma di mediazione endoprocessuale sembra destinata ad un ruolo secondario per non dire del tutto marginale.

soluzione appare più adatta, ma non può dirottare forzatamente le parti fuori dal processo per tentare, davanti ad un terzo estraneo, la composizione consensuale della lite. Non è difficile cogliere in questa proposizione l'eco di un preciso monito formulato dalla Corte di Strasburgo, in una delle sue pronunce di principio, allorché ha stabilito che il diritto di accesso ai tribunali, individuato come «un *élément inhérent*» della garanzia dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, non si risolve, per i cittadini, in un mero *Klagerecht*, volto ad instaurare un procedimento giudiziale, ma comprende, tra i suoi elementi costitutivi, il diritto ad un provvedimento giudiziale idoneo a dettare una disciplina dello stato o del rapporto, giuridicamente controverso, dedotto in giudizio<sup>41</sup>. È un monito da considerare con attenzione proprio in relazione ai meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie, come la mediazione endoprocessuale 'delegata', in cui l'alternatività non si pone rispetto al processo, ma si pone rispetto all'esito normale dello stesso, rappresentato dalla decisione giudiziale e che, per questo suo aspetto, rischia di pregiudicare o, quantomeno, di comprimere il diritto alla decisione da parte del giudice statale.

Non è privo di significato che esso sia stato fatto proprio dalla *Court of Appeal* inglese, la quale, nel caso *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* del 2004, ha voluto ricordare che «to oblige truly unwilling parties to refer their disputes to mediation would be to impose an unacceptable obstruction on their right of access to the court [in violation of Article 6 of the European Convention on Human Rights]»: «the Court's role is to encourage non to compel»<sup>42</sup>. In Inghilterra, però, non mancano prassi di *court ordered mediation* – emblematiche le «ADR orders» della Admiralty and Commercial Court<sup>43</sup> – tendenti a favorire un uso risoluto dei poteri giudiziali di indirizzare le parti verso la strada della composizione stragiudiziale delle liti. Queste prassi, dettate da ragioni di ordine efficientistico, hanno provocato la reazione critica di chi, non senza ironia, ha voluto ricordare ai fautori della *Alternative dispute resolution* che «There is an A in ADR but does anyone know what it means anymore?»<sup>44</sup>. Per poter considerare la mediazione una valida alternativa al processo, occorre assicurare la piena libertà di scelta delle parti, quale elemento chiave di ogni

<sup>41</sup> Cfr. la decisione del 1° marzo 2002 resa nel caso *Kutic*. Sul tema cfr. il nostro *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'«azione» nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 439 ss.

<sup>42</sup> [2004] EWCA Civ. 576, sub para 9-11. Ma non sono mancate voci autorevoli, anche nell'ambito giudiziario, che hanno criticato «the Halsey approach» come «overly cautious» o, addirittura, come «wrong on the Article 6 point». Cfr. i riferimenti in M. BRUNSDON-TULLY, *infra* nota 44.

<sup>43</sup> Per la *Court of Appeal* questi «orders» costituiscono «the strongest form of encouragement» senza assurgere a vera e propria coazione: «this form of order stops short of actually compelling the parties to undertake an ADR». Vedi il par. 30 della decisione *Halsey* cit.

<sup>44</sup> È il titolo del saggio di M. BRUNSDON-TULLY, in *Civil Justice Q.*, 2009, p. 218 ss.

mediazione, da cui discende pure il divieto di ogni rinvio vincolante alla mediazione da parte dell'autorità giudiziaria.

5. *L'opzione del ricorso obbligatorio alla mediazione tra condizioni poste dal diritto comunitario e attuazione nel diritto interno*

Pur privilegiando il modello *court-annexed*, subordinato alla libera adesione delle parti, il legislatore europeo ha voluto «lasciare impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio» (art. 5, par. 2). La scelta di ammettere l'obbligatorietà come un'eventuale caratteristica della mediazione, non esclusa *a priori*, può apparire criticabile sotto più di un profilo. Tuttavia, si tratta di una scelta in qualche modo obbligata, visti i non pochi casi di ricorso obbligatorio a forme di mediazione-conciliazione presenti negli ordinamenti degli Stati membri che le istituzioni europee non potevano semplicemente ignorare<sup>45</sup>. Alla legittimità di tale modello sono poste, comunque, dallo stesso diritto di fonte comunitaria, precisi limiti e severe condizioni, volte a far sì che il diritto del singolo di accedere al sistema giudiziario non venga indebitamente compresso. Se n'è resa interprete la Corte di giustizia che, nella sentenza 18 marzo 2010, resa nel caso *Alassini*, ha stabilito che, sotto il profilo della legittimità comunitaria, la normativa di uno Stato membro – nel caso si trattava della normativa prevista dall'ordinamento italiano in materia di servizi di comunicazioni elettroniche tra utenti finali e fornitori di tali servizi – in forza della quale le controversie che riguardano diritti conferiti dalla normativa comunitaria, devono formare oggetto di un tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale come condizione per la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali, non è censurabile *a condizione* che la procedura obbligatoria:

- a) non conduca ad una decisione vincolante per le parti;
- b) non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale;
- c) sospenda la prescrizione dei diritti in questione;
- d) non generi costi 'eccessivi';
- e) non precluda l'esercizio della tutela cautelare ed il potere del giudice di disporre provvedimenti provvisori nel caso in cui l'urgenza della situazione lo impone<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Vedine alcuni esempi ricordati in *La conciliazione. Modelli ed esperienze di composizione non conflittuale delle controversie*, a cura di P. BERNARDINI, Milano, 2001, p. 107 ss. Nella direzione di una forma di ricorso obbligatorio alla mediazione si muove ora la sperimentazione avviata dal legislatore francese con il *Decret n.2010-1395 du 12 novembre 2010 relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale*. Il decreto entra in vigore il 1 febbraio 2011.

<sup>46</sup> In *Foro it.*, 2010, IV, 361 ss., con nota di G. ARMONE, P. PORRECA, *La mediazione civile nel sistema costituzional-comunitario*. Sui limiti (meno dettagliati) in

Quest'ultima condizione e l'esigenza ad essa sottesa che l'esperimento in regime di obbligatorietà di una via alternativa di risoluzione delle liti non rechi pregiudizio al diritto fondamentale dei cittadini di accedere alla tutela giurisdizionale, è stata a più riprese affermata anche dalla nostra Corte costituzionale. Così, nella sentenza n. 408 del 30 novembre 2007, i giudici della Consulta hanno ribadito che «la presenza di una conciliazione obbligatoria non può precludere l'adozione di provvedimenti giurisdizionali urgenti, tenuto conto che, per i procedimenti cautelari, l'esclusione della soggezione al tentativo obbligatorio di conciliazione si correla alla stessa strumentalità della giurisdizione cautelare rispetto all'effettività della tutela, dinanzi al giudice, e che, se la previsione di un tentativo obbligatorio di conciliazione è finalizzata ad assicurare l'interesse generale al soddisfacimento più immediato delle situazioni sostanziali attraverso la composizione preventiva della lite, tale interesse svanisce in riferimento all'azione cautelare, proprio in considerazione delle esigenze che si vogliono tutelare con i procedimenti cautelari, esigenze che richiedono una risposta immediata»<sup>47</sup>.

Nella configurazione ricevuta nel nostro ordinamento con il D.Lgs. 28/2010, l'obbligatorietà del previo esperimento del tentativo di mediazione si presenta comunque in forma 'attenuata'. E con questo non si vuole fare riferimento al fatto che, optando per il modello di subordinazione del processo al previo esperimento della via mediatoria, il legislatore ha avuto cura di stabilire che l'inosservanza del relativo onere si traduce nella (mera) improcedibilità della domanda giudiziale (art. 5, comma 1), con l'ulteriore precisazione (che differenzia il nuovo regime da quello dettato fino alla recente riforma dall'art. 412 bis c.p.c. per le controversie in materia di lavoro)

tema di tentativo obbligatorio di conciliazione desumibili dalla giurisprudenza della Corte costituzionale cfr. il nostro *Processo e strumenti alternativi di composizione delle liti nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Diritto processuale e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, p. 439 ss. e con specifico riferimento alle controversie in materia di comunicazioni elettroniche, Corte cost., 18 febbraio 2009, n. 51.

<sup>47</sup> Dichiarando non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 11, l. 31 luglio 1997, n. 249 (Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo) censurato, in riferimento all'art. 24, comma 1° Cost., nella parte in cui, stabilendo che per le controversie fra utenti, o categorie di utenti, ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze non può più proporsi ricorso in sede giurisdizionale se non sia preventivamente esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione, escluderebbe anche la possibilità di proporre ricorso in sede cautelare. *Giur. cost.*, 2007, p. 4587 ss. e il commento di T. GUARNIER, *Ragionevolezza, interpretazione e dialogo tra Giudici. Come la Corte risponde alle esigenze di flessibilità dell'ordinamento*, in *Giur. it.*, 2008, I, p. 1099 ss. L'art. 5, comma 3 del D.Lgs. 28/2010 adotta la formula ampia «provvedimenti urgenti e cautelari» in modo da potervi ricomprendere anche quei provvedimenti volti a fronteggiare stati di bisogno la cui qualificazione è incerta in giurisprudenza e dottrina come l'ordinanza ex art. 147 cod. ass. priv.

che, constatato il mancato esperimento della mediazione, il giudice assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della relativa domanda e, contestualmente, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di quattro mesi dal deposito della stessa, ragion per cui non si ha un'ipotesi di sospensione del giudizio (con successivo onere di riassunzione), ma un mero differimento dell'udienza stabilita al fine di consentire l'espletamento dell'attività omessa. A rendere *attenuata* l'obbligatorietà del ricorso provvedono soprattutto le disposizioni dell'art. 5, comma 3, per cui «lo svolgimento della mediazione non preclude, in ogni caso, la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari» e le disposizioni dell'art. 5, comma 4, che elencano una lunga serie di riti o forme di tutela ai quali non si applica la condizione di procedibilità del previo tentativo obbligatorio.

Non vi è condizionamento dell'esercizio dell'azione giurisdizionale nei procedimenti per ingiunzione (inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sull'istanza di concessione o sospensione della provvisoria esecuzione). Così stabilisce l'art. 5, comma 4, lett. a), facendo proprio l'insegnamento della Corte costituzionale per cui il tentativo obbligatorio di conciliazione, in quanto strutturalmente collegato ad un futuro processo destinato a svolgersi in contraddittorio fra le parti e non a forme processuali che da tale contraddittorio prescindano, deve ritenersi estraneo al procedimento monitorio. «Non avrebbe senso – affermava la Corte nella sentenza n. 276 del 2000 – imporre nella fase pregiurisdizionale, relativa al tentativo di conciliazione, un contatto tra le parti che invece non è richiesto nella fase giurisdizionale, ai fini della pronuncia di un provvedimento di merito»<sup>48</sup>. Lo stesso principio dell'accesso diretto alla tutela in via giudiziale è stabilito con riguardo ai procedimenti per convalida di licenza o sfratto («fino al mutamento del rito di cui all'art. 667 c.p.c.») ed ai procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'art. 703, comma 3, c.p.c. Anche in queste ipotesi, il procedimento di mediazione non preclude la proposizione della domanda e lo svolgimento di una prima fase del processo, finalizzata all'emissione di provvedimenti sommari, mentre la mediazione trova nuovamente spazio «all'esito della fase sommaria, quando le esigenze di celerità sono cessate, la decisione sulla concessione dei provvedimenti esecutivi è stata già presa e la causa prosegue nelle forme ordinarie»<sup>49</sup>.

Sono sempre esentati dal tentativo preliminare di mediazione: i procedimenti di opposizione (ex artt. 615, 617, 619 c.p.c.) o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata (quali le controversie in sede di distribuzione); i procedimenti in camera di consiglio; l'azione civile esercitata nel processo penale. Nel primo caso, la non applicazione della condizione di procedibilità viene spiegata nella Relazione al D.Lgs. con la stretta interferenza dei procedimenti in questione con l'esecuzione forzata: «consentire o, peggio, imporre la dilazione della fase processuale in cui la

<sup>48</sup> Su cui vedi *Processo e strumenti alternativi*, cit., p. 471 testo e note.

<sup>49</sup> Così la Relazione illustrativa al D.Lgs. 28/2010.

soddisfazione del singolo diritto è più prossima significherebbe aprire la strada a manovre dilatorie da parte dei debitori esecutati». Invece, rispetto ai procedimenti in camera di consiglio, l'esclusione, secondo la stessa relazione, «trova ragione nella flessibilità e rapidità con cui il giudice può provvedere sul bene della vita richiesto»<sup>50</sup>.

6. *La obbligatorietà del ricorso alla mediazione nella disciplina del legislatore italiano: l'obiettivo deflattivo un travisamento della policy europea?*

La scelta di rendere obbligatorio il ricorso alla mediazione si presta naturalmente ad essere valutata sotto il profilo *dell'opportunità*.

Diciamo subito che la natura obbligatoria non è contemplata da gran parte dei testi o dei progetti di legge stranieri tramite i quali si sta attuando, in Europa, il «disegno comunitario» tratteggiato dalla Direttiva. Nello stesso tempo, però, laddove l'obbligatorietà è prevista dalla normativa nazionale, i dati offerti dall'esperienza non sono univoci. Così, ad esempio, in Austria, hanno dato buoni esiti le fattispecie di mediazione obbligatoria introdotte dalla legge del 1 luglio 2004, relative ad un ristretto ambito di liti quali quelle di vicinato e quelle concernenti la pari opportunità nei luoghi di lavoro. E merita di essere rimarcato che in Austria gli ADR non sono nati e non si sono sviluppati con la prospettiva di ovviare ad un sistema giudiziario inefficiente, ma sono stati pensati ed introdotti al fine di offrire alle parti una via più adeguata alla soluzione di quei conflitti che, toccando un particolare contesto relazionale, presentano caratteristiche peculiari, a fronte delle quali il processo civile, pur se efficiente e di durata ragionevole, può rivelarsi, sotto altri profili, non del tutto soddisfacente<sup>51</sup>. Risultati non incoraggianti si sono avuti invece in Germania, dove il legislatore del 1999, nel tentativo di valorizzare i metodi alternativi di risoluzione delle controversie, ha affidato ai singoli *Länder* la facoltà di introdurre un tentativo obbligatorio di conciliazione in sede non contenziosa per le controversie di limitato valore economico. Le soluzioni «regionali» dovevano avere il duplice vantaggio di essere adeguate alle diverse realtà locali e di essere vicine ai potenziali utenti. L'impatto del nuovo procedimento è risultato però decisamente modesto, al punto che in uno dei *Länder* che

<sup>50</sup> *Ratio* che riecheggia la definizione della giurisdizione camerale come «un contenitore neutro» capace di assicurare, nel rispetto delle garanzie costituzionali, la concentrazione e la speditezza dei procedimenti.

<sup>51</sup> BAJONS, *La lite tra mediazione e processo in Austria e Germania*, cit., pp. 65-66. Per indicazioni dettagliate sull'efficienza della giustizia civile austriaca – l'85% delle cause civili in primo grado risolte in meno di un anno e il 49% definite entro 6 mesi – cfr. P.G. Mayr, *Rechtstatsachen aus der Zivilgerichtsbarkeit*, in H. Barta, M. Ganner, H. Lichtmanegger, *Rechtstatsachenforschung – Heute*, Innsbruck Univ. Press, 2008, pp. 86, 102 s.

aveva accolto l'invito del legislatore federale si è deciso di eliminare il tentativo obbligatorio e di porre termine ad una sperimentazione deludente<sup>52</sup>.

Sulla decisione del legislatore italiano di rendere obbligatorio il tentativo di mediazione pesa, naturalmente, l'esperienza, non certo rassicurante, maturata riguardo al tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro voluto dal D.Lgs. 31 marzo 1998, n.88 nell'ambito della riforma del pubblico impiego, con l'intento di alleggerire il percorso giudiziario, già messo a dura prova dall'aumento del contenzioso provocato dalla privatizzazione di alcuni enti pubblici. L'esperimento conciliativo, in molti casi, si è tradotto in null'altro che nell'imposizione di uno *spatium morandi* di sessanta giorni (tempo previsto per l'espletamento del tentativo di conciliazione): un'attesa forzosa imposta al cittadino prima di poter effettivamente invocare la tutela giurisdizionale delle proprie posizioni di vantaggio. A determinare l'insuccesso hanno contribuito anche le carenze di carattere operativo degli uffici, spesso privi di un adeguato organico e, perciò, non solo non in grado di evadere l'aumentata richiesta di conciliazione ma altresì di discernere le domande alle quali corrispondeva un'effettiva intenzione conciliativa, almeno di una delle parti, da quelle presentate per mera osservanza della legge<sup>53</sup>.

La novità dello scenario disegnato dal D.Lgs. 28/2010, con il tentativo di mediazione gestito da organismi professionalmente preparati ed un accordo conciliativo favorito da incentivi fiscali come l'esenzione dall'imposta di registro entro un limite di valore di cinquantamila Euro, induce a non escludere, in modo incondizionato, possibili prospettive di successo. Oltretutto, la stessa esperienza formatasi in materia di lavoro in ordine all'obbligatorietà del ricorso alla conciliazione anteriormente alla proposizione della domanda, come condizione di procedibilità, non è stata uniforme. Risultati positivi aveva prodotto il ricorso obbligatorio allo strumento conciliativo voluto dalla l. 11 maggio 1990, n. 180, recante la nuova disciplina dei licenziamenti individuali nelle unità produttive minori. I risultati positivi erano favoriti dal fatto che, trattandosi di rapporti muniti di tutela obbligatoria, il ricorso al meccanismo conciliativo trovava una sua incentivazione nello sbocco monetario che si profilava, di regola, in caso di conflitto. Rispetto a tale sbocco monetario consistente in

<sup>52</sup> CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 147; e per ulteriori indicazioni WAGNER, *Entwicklungstendenzen und Forschungsperspektiven im Zivilprozess*, cit., p. 8; per la proposta di abolirlo del tutto HESS, *Mediation und andere Formen konsensualer Streitbeilegung*, cit.

<sup>53</sup> Cfr., anche per i necessari riferimenti, *La conciliazione*, cit., pp. 329, 339 ss. Il sistema della conciliazione e dell'arbitrato per le controversie di lavoro è stato ora modificato dall'art. 31 della l. 4 novembre 2010, n. 183, che riscrive gli articoli 410, 411, 412, 412 *ter*, 412 *quater* ed abroga gli articoli 410 *bis* e 412 *bis* c.p.c., rendendo tra l'altro facoltativo il previo tentativo di conciliazione. Per un commento cfr. G.P. CALIFANO, *Procedura della mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2011, p. 19 ss.

somme di denaro abbastanza modeste, per di più prefissate all'interno di limiti minimi e massimi dallo stesso legislatore, il processo era avvertito, anche dalla parte 'forte' – di regola una piccola impresa – come strumento 'sproporzionato', specie in termini di costo<sup>54</sup>.

Più problematica appare la scelta del D.Lgs. 28/2010 di decretare l'obbligatorietà del previo ricorso alla mediazione in una serie assai ampia di materie dal carattere profondamente eterogeneo.

Secondo la Relazione al D.Lgs. 28/2010 nella scelta delle materie il legislatore si sarebbe ispirato ad alcuni criteri guida<sup>55</sup>.

Innanzitutto, si sarebbero prescelte «le cause in cui il rapporto tra le parti è destinato, per le diverse ragioni, a prolungarsi nel tempo, anche oltre la definizione aggiudicativa della singola controversia». Tra queste rientrerebbero, oltre al condominio, contratti di durata come la locazione, il comodato, l'affitto di azienda, ovvero i rapporti in cui sono coinvolti soggetti appartenenti alla stessa famiglia, allo stesso gruppo sociale, alla stessa area territoriale, come diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia.

Poi, spiega la Relazione, la scelta è caduta su rapporti particolarmente conflittuali, rispetto ai quali, anche per la natura della lite, sarebbe particolarmente fertile il terreno della composizione stragiudiziale, quali la responsabilità medica e la diffamazione a mezzo stampa. «Tali controversie – ad avviso dei *conditores* – appaiono più facilmente mediabili e sono inoltre caratterizzate da una complessità che può essere più facilmente dipanata in ambito stragiudiziale». Infine, spiega ancora la Relazione, mediazione obbligatoria è stata prevista per «alcune tipologie contrattuali (contratti assicurativi, bancari e finanziari) che, oltre a sottendere rapporti duraturi tra le parti [...] conoscono una diffusione di massa e sono alla base di una parte non irrilevante del contenzioso».

Non sono mancate le critiche, ora riferite alla latitudine di nozioni come quella di «diritti reali» – che rischia di essere letta in modo estensivo, fino a comprendere le cause relative al trasferimento dei diritti reali e quindi relative a rapporti, come i contratti di compravendita, che rappor-

<sup>54</sup> *La conciliazione*, cit., pp. 342-343. Per un quadro d'insieme sulla recente evoluzione normativa in materia D. DALFINO, *Dalla conciliazione societaria alla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali"*, in *Rass. forense*, 2010, p. 49 ss.

<sup>55</sup> La relazione parla, in modo riduttivo, di *due* criteri-guida. In dottrina si è richiamata «la finalità di riduzione del conflitto sociale», come forse la meno considerata, ma che probabilmente «è la più importante dal punto di vista antropologico e culturale». Proprio dalla scelta delle materie in cui è stato introdotto il tentativo obbligatorio di mediazione emergerebbe con chiarezza che «la pacificazione e il raffreddamento dei rapporti civili sia uno degli scopi del D.Lgs. 28/2010» con un mediatore che «non si limita a regolare questioni passate ma guarda piuttosto ad una ridefinizione della relazione intersoggettiva offrendo alle parti risultati che il processo non può assicurare». ARMONE-PORRECA, *La mediazione tra processo e conflitto*, cit., col. 97-98.



ti di durata non sono<sup>56</sup> – ora riferite alla dubbia consequenzialità dell'affermazione che «situazioni particolarmente conflittuali» possono offrire «un terreno particolarmente fertile per la composizione stragiudiziale»<sup>57</sup>.

A nostro avviso, è un rilievo diverso, di carattere più generale, che merita di essere svolto a questo riguardo.

L'intrinseca duttilità dello strumento di mediazione/conciliazione e la varietà delle fisionomie che esso si presta ad assumere non devono trarre in inganno, non devono far pensare ad una facile utilizzabilità del medesimo. Al pari di altri e più formali meccanismi di composizione della lite, quello mediatorio/conciliativo ha precise condizioni di vita e può funzionare all'interno di determinate coordinate che sono legate ad una varietà di fattori di carattere culturale, sociale ed economico. Una testimonianza significativa del peso che possono assumere tali fattori viene offerta dall'esperienza formatasi, in passato, in un settore specifico del nostro ordinamento con riguardo al tentativo obbligatorio di conciliazione imposto dalla l. 27 luglio 1978, n. 392 (artt. 43-45) nelle liti relative alla determinazione, all'aggiornamento ed all'adeguamento dell'equo canone.

Ideato come «filtro» per le controversie locative, al fine di evitare che la nuova disciplina, anche a causa della sua complessità, portasse ad un improvviso carico di lavoro per le corti ed un non controllato aumento della litigiosità, con ulteriore aggravamento della già preoccupante crisi della giustizia civile, la disciplina in questione (oltre a dubbi di costituzionalità) non tardava a porre in luce problemi e difficoltà di funzionamento. Questi nascevano, non solo e non tanto per il fatto che il tentativo di conciliazione fosse da esperire davanti al giudice competente per la causa *in limine litis*, in un momento, cioè, in cui, non avendo ancora conoscenza dei termini effettivi della controversia, il giudice non era in grado di impegnarsi in un'attività volta a guidare le parti verso una soluzione concordata del conflitto. Le ragioni più profonde risiedevano nella situazione "socio-psicologica" creata dalla legge sull'equo canone, vale a dire negli effetti prodotti sul comportamento dei soggetti del rapporto locativo, a causa delle 'ingiustizie' del regime vincolistico. Per il locatore l'ingiustizia era rappresentata soprattutto dalla misura del canone di locazione, imposta dalla legge, che si risolveva, in certe realtà, in una forte alterazione dei valori di mercato, mentre per il

<sup>56</sup> P. PORRECA, *La mediazione e il processo civile: complementarità e coordinamento*, in *Società*, 2010, p. 633. Parla di elenco «poco meditato» e di serie di controversie suscettibili di una «incontrollata espansione», L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel D.Lgs. n. 28/2010 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 581-582. Per un'analisi articolata dei singoli settori, L. RISTORI, *La mediazione delle controversie civili e commerciali*, in *La mediazione civile e commerciale*, a cura di Ch. Besso, Torino, 2010, pp. 147, 176 ss.

<sup>57</sup> G. FINOCCHIARO, *Dal 2011 si parte con il tentativo obbligatorio*, in *Guida dir.*, 2010, 12, pp. 61-62. In effetti, l'esperienza comparatistica, proprio nel campo della responsabilità medica ci offre esempi di controversie che si sono rivelate scarsamente adatte per la composizione consensuale. Cfr. le vicende del caso *Halsey*, *supra* nota 42.

conduttore, costretto a trovare ‘casa’ – un bene non facilmente reperibile – il risentimento nasceva spesso dal vedersi esposto, al momento della stipulazione del contratto o nel corso di esso, ad una serie di artifici escogitati per eludere la determinazione del canone secondo i criteri stabiliti dalla legge. Di qui il formarsi di uno stato di tensione fra le parti del contratto che, in caso di lite, era gravemente ostativo della disponibilità ad approdare ad una soluzione non contenziosa della controversia sul canone. Non essendo in campo altri interessi che quello di aver ragione il più possibile e, simmetricamente, di veder dichiarato il torto altrui nel modo più netto possibile, residuava poco spazio per sperimentare con successo la via mediatoria/conciliativa.

Di fronte alla constatazione diffusa che il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie in questione tendeva a porsi come mero espediente procedurale o addirittura come incentivo del contenzioso giudiziale, il legislatore decise di rinunciare al meccanismo escogitato dalla normativa sull’equo canone, abrogando, in sede di riordino della disciplina del rito locatizio, con l. 353/1990, le disposizioni degli artt. 43-45 della l. 392/1978 che quel meccanismo regolavano<sup>58</sup>.

L’insegnamento che si trae da questa esperienza è chiaro: non basta la qualificazione di un rapporto come rapporto di durata per indirizzare con successo le relative controversie all’utilizzazione della tecnica conciliativa. Anche nel caso di rapporti di durata la specifica e puntuale esecuzione degli obblighi contrattuali può prevalere sulla volontà di salvaguardare le ragioni di continuità del rapporto. Occorre guardare alle caratteristiche delle controversie ed in particolare al loro oggetto nell’ambito di una determinata categoria di rapporti giuridici, così come occorre considerare la tipologia delle parti – scoprire chi si nasconde dietro le figure destinate ad assumere i ruoli di contendenti – che si intendono motivare ad intraprendere la strada della composizione stragiudiziale e valutare il contesto specifico in cui esse agiscono<sup>59</sup>.

Si dirà che l’autentica *ratio* sottesa alla scelta espressa dall’art. 5, comma 1 del D.Lgs. 28/2010 è l’intenzione del legislatore di estendere la mediazione obbligatoria al maggior numero possibile di cause nella speranza di ridurre il carico di liti pendenti che affligge attualmente il nostro sistema giudiziario. La Relazione al D.Lgs. non fa mistero di tale *ratio* così come non nasconde l’aspettativa ottimistica che il nuovo istituto «possa avere effetto

<sup>58</sup> Va detto, peraltro, che in seguito a questo intervento il momento conciliativo non usciva completamente di scena. Nel novellato ‘rito locatizio’ esso si insediava all’interno del processo di cognizione, per essere effettuato con le forme previste dall’art. 420 c.p.c. G. TRISORZIO LIUZZI, *Tutela giurisdizionale delle locazioni*, Roma-Napoli, 2005, pp. 93-97. Oggi invece, il tentativo obbligatorio di conciliazione viene reintrodotta dall’art. 5 del D.Lgs. 28/2010.

<sup>59</sup> Sottolinea la necessità di studi volti ad indagare tanto gli aspetti ‘economici’ che quelli ‘behavioral’ in questa materia, aspetti trascurati dalla cultura giuridica continentale, G. WAGNER, *Heuristiken und Urteilsverzerrungen in Konfliktsituationen*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 2008, p. 5 ss.

su un milione di controversie»<sup>60</sup>. In realtà, non è facile trovare seri riscontri circa l'idoneità degli strumenti di composizione non contenziosa ad offrire un apprezzabile ausilio all'alleggerimento dei ruoli, e ciò in qualunque sistema, anche in quelli in cui è più diffuso il ricorso alla mediazione<sup>61</sup>. Nel caso dell'Italia, poi, è certamente calzante il rilievo che «fra tutte le cause dell'abnorme durata dei processi civili di cognizione, la scarsa propensione dei cittadini a ricorrere a metodi negoziali di risoluzione delle controversie, che si intende aggredire con questo intervento legislativo, non esplica certo un ruolo centrale, paragonabile all'inadeguatezza del numero dei giudici professionali, alla mancata revisione delle circoscrizioni giudiziarie, alla mancata introduzione dell'ufficio per il processo, all'insufficienza dei ruoli del personale ausiliario, nonché all'attuazione a rilento del processo civile telematico»<sup>62</sup>. E va pure ricordato che il successo dei sistemi alternativi di risoluzione delle controversie è direttamente proporzionale all'efficienza della giustizia. Più la giustizia togata è efficiente, maggiore è l'interesse a giungere ad una soluzione concordata tra le parti in via alternativa e preventiva, mentre, in presenza di una giustizia inefficiente, vi è una più alta probabilità che almeno una delle parti abbia interesse a 'beneficiare' di tali inefficienze.

Un meccanismo di mediazione/conciliazione efficiente è certamente un'importante risorsa per la giustizia civile e non è neppure escluso che la mediazione/conciliazione possa talora essere obbligatoria e non puramente facoltativa se comprovatamente efficiente, snella, non costosa. Il *favor* per una libera scelta dovrebbe però essere privilegiato. Il rischio che l'obbligo di un iniziale 'sub-procedimento', così come prescritto dal D.Lgs. 28/2010 per una larghissima tipologia di liti possa causare formalismi ed ostacoli inutili che hanno l'effetto di rendere più complicato il sistema di tutela dei cittadini, ritardando la definizione delle controversie e sottraendo risorse allo svolgimento di mediazioni seriamente intenzionate, è assai elevato<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> In questa ottica si è detto che il D.Lgs. n. 28/2010 «sembra voler rovesciare il rapporto tra mediazione/conciliazione e giudizio», rendendo «la conciliazione lo strumento ordinario di risoluzione dei conflitti e il giudizio la *extrema ratio*». G. FINOCCHIARO, *Scatta dal 20 marzo la prima informativa del cliente*, in *Guida dir.*, 2010, p. 54. È appena il caso di ricordare poi che per l'art. 23 «restano ferme le disposizioni che prevedono i procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione comunque denominati – tra cui quelle attinenti alla materia del lavoro, ai contratti agrari, ai contratti di sub-fornitura ecc. – mentre con riferimento alla mediazione societaria viene soppressa la disciplina contenuta negli artt. 38 segg. D.Lgs. n. 5/2003 per essere riproposta in forma più generale, ma riportata ai termini previsti per tutte le controversie civili previste dal D.Lgs. in esame».

<sup>61</sup> Così VIGORITI, *La direttiva europea sulla "mediation"*, cit., p. 6.

<sup>62</sup> R. CAPONI, *La riuscita della legge per ridurre il contenzioso passa per un'adeguata formazione degli operatori*, in *Guida dir.*, 2010, 126, p. 49; vedi anche il *Manifesto per una vera riforma della giustizia* a cura di Magistratura Democratica, in *Foro it.*, 2010, V, col. 199 ss.

<sup>63</sup> In tal senso le considerazioni di C. CONSOLO, *L'improcrastinabile radicale riforma della legge-Pinto, la nuova mediazione ex d. lgs. n. 28 del 2010 e l'esigenza del*

## 7. Mediazione e tutela in via giudiziale: complementarità e coordinamento

Dicevamo dell'obiettivo del legislatore europeo di dare spazio alla mediazione come metodo di risoluzione delle controversie che, per il suo valore intrinseco, consente di arricchire l'offerta di giustizia incentrata sulla risoluzione giudiziale delle liti e che merita di essere sostenuta indipendentemente dalla sua caratteristica di poter eventualmente alleggerire la pressione sul sistema giudiziario. A tal fine agli Stati membri vengono fornite le indicazioni per promuovere il relativo servizio. Ma la Direttiva ha anche cura di dar corpo alla mediazione come 'strumento di tutela' che per gli effetti che produce ed i risultati che consente di ottenere si differenzia da quanto è conseguibile dalle parti attraverso il semplice esercizio del potere negoziale.

In quest'ottica si collocano le disposizioni volte a garantire un'efficace relazione tra mediazione e tutela in via giudiziale, predisponendo una normativa minima comune nell'Unione relativamente ad alcuni degli elementi chiave (ed alcuni principi) cui i legislatori nazionali, al di là della pluralità di opzioni adottabili a livello interno, si devono attenere in sede di trasposizione della Direttiva all'interno dei sistemi domestici. È uno dei tratti innovativi di maggiore rilevanza ascrivibili al disegno della Direttiva volto a rafforzare la certezza del diritto in materia, apprestando una base comune di riferimento. Si tratta delle disposizioni degli articoli da 6 a 8, che si occupano, rispettivamente, della riservatezza della mediazione, dell'effetto della mediazione sui termini di prescrizione e decadenza e dell'esecutività degli accordi risultanti dalla mediazione.

La disposizione dell'art. 8, rubricata «effetti della mediazione sui termini di prescrizione e decadenza», si preoccupa di garantire che le parti che optano per la mediazione, in caso di insuccesso, non vedano compromessa la possibilità di adire il giudice e risolve così uno dei temi delicati del rapporto tra mediazione, come strumento di composizione delle liti, e processo come veicolo funzionalmente volto ad assicurare la tutela dei diritti. Con una formulazione che esplicita l'obiettivo da raggiungere più che le soluzioni tecniche da adottare a tal fine, l'art. 8 impegna gli Stati ad attribuire all'istanza di mediazione (in modo non dissimile da quanto avviene in caso di proposizione di una domanda giudiziale) l'effetto interruttivo-sospensivo della prescrizione e l'effetto impeditivo della decadenza. Il D.Lgs. 28/2010, nel dare attuazione a tale impegno, stabilisce che «dal

*dialogo con il Consiglio d'Europa sul rapporto fra Repubblica italiana e art.6 Cedu, in Corr. giur., 2010, pp. 430-431. Non è certo rassicurante, oltre che scarsamente significativa per gli organi europei, la previsione dell'art. 7 che il periodo di 4 mesi di cui all'art. 6 e il periodo del rinvio disposto da un giudice ai sensi dell'art. 5, comma 1, «non si computano ai fini di cui all'art. 2 l. 24 marzo 2001» per il calcolo della ragionevole durata del processo. Com'è noto, nell'approssimarsi della data di entrata in vigore del D.Lgs. 28/2010, è stata disposta una proroga di un anno per le controversie condominiali e in tema di incidenti stradali e della navigazione.*

momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione [del diritto messo in discussione] i medesimi effetti della domanda giudiziale» (art. 5, comma 6), e così il duplice effetto dell'interruzione e della sospensione del medesimo termine (ex artt. 2943 e 2945 c.c.). Dalla stessa data, «la (comunicazione della) domanda impedisce altresì la (eventuale) decadenza», una sola volta però, per evitare che la domanda possa essere riproposta senza limiti. «Se il tentativo fallisce, la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'art. 11 presso la segreteria dell'organismo».

Nella sua previsione a produrre effetti conservativi sulla prescrizione e decadenza, la disciplina in parola è destinata ad avere notevole importanza pratica soprattutto in un sistema come quello disegnato dal legislatore italiano con richieste di mediazione obbligatorie da formulare prima dell'accesso alla giurisdizione. Tuttavia, anche laddove si sia optato per un regime di facoltatività, il rischio di veder maturare una prescrizione o verificarsi una decadenza, in pendenza del tentativo di mediazione intrapreso, potrebbe disincentivare le parti dall'avviare o dal partecipare al procedimento mediativo. Non del tutto opportuna appare la scelta legislativa di associare gli effetti sostanziali alla comunicazione della domanda di mediazione se il compimento di tale atto avviene da parte di un soggetto diverso dall'istante, come nel caso di comunicazione su iniziativa del responsabile dell'organismo di mediazione.

#### 8. *Il principio della riservatezza e la sostanziale 'impermeabilità' dei due contesti procedimentali della mediazione e del processo*

L'art. 7 della Direttiva, nel sancire il valore della riservatezza della mediazione, cruciale per la sua stessa promozione come per il suo buon esito, impegna gli Stati membri a garantire che, a meno che le parti non decidano diversamente, «né i mediatori né i soggetti coinvolti nell'amministrazione del procedimento siano obbligati a testimoniare nel successivo procedimento giudiziario o di arbitrato in materia civile e commerciale riguardo alle informazioni risultanti da un procedimento di mediazione o connesse con lo stesso», salvo il ricorso delle circostanze particolari specificamente indicate alle lettere a) e b), ossia che ciò si riveli necessario per superiori considerazioni di ordine pubblico dello Stato membro interessato e, in particolare, sia necessario per assicurare la protezione degli interessi superiori dei minori o per scongiurare un danno all'integrità fisica o psichica di una persona; o la comunicazione del contenuto dell'accordo risultante dalla mediazione sia necessaria ai fini dell'applicazione o dell'esecuzione dell'accordo.

La previsione è apparsa criticabile in quanto contempla soltanto la riservatezza dei mediatori e degli altri soggetti coinvolti nell'amministrazione del procedimento di mediazione, mentre non considera specificamente

l'obbligo di riservatezza gravante sulle parti nel senso che, ordinariamente, le informazioni scambiate tra le parti durante la procedura non dovrebbero essere ricevibili come mezzi di prova in occasione di un procedimento giudiziario successivo. Inoltre, la norma si occupa soltanto di uno dei possibili modi attraverso cui fatti e informazioni possono entrare nel processo: la deposizione del testimone.

La tendenza nella normativa dei Paesi europei è di garantire una sostanziale impermeabilità dei due contesti procedurali della mediazione e del processo a meno che non vi sia il consenso delle parti. Dispone ad esempio l'art. 131-14 del *Code de procédure civile* francese: «les constatations du médiateur et des déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties, ni en tout état de cause dans le cadre d'une autre instance». La giurisprudenza anglosassone in materia di *without-prejudice rule* usa ribadire che, in via di principio, «evidence off without-prejudice communications and discussions can not be given if there is a dispute about the interpretation of a written settlement agreement»<sup>64</sup>. L'imposizione di regole rigide in materia di riservatezza appare necessaria per tutelare la procedura alternativa e garantirne il successo. Solo in casi particolari i giudici chiamati a decidere sull'applicazione e sull'esecuzione dell'accordo raggiunto in sede di mediazione possono avere accesso ad informazioni o 'prove', il reperimento delle quali presuppone che si deroghi alla regola della riservatezza.

Il D.Lgs. 28/2010, all'art. 9, ricorda anzitutto che il mediatore, come chiunque presti la propria opera nell'organismo di conciliazione e, in particolare, nelle relative procedure, «è tenuto all'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese ed alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo». E deve rispettare la *privacy* della parte anche nei rapporti con

<sup>64</sup> Sulla *without prejudice rule* ed il problema di quali comunicazioni ed informazioni devono poter confluire nel giudizio in caso di contestazione di un *settlement agreement*, cfr. la recente decisione della Court of Appeal inglese in *Oceanbulk Shipping and Trading SA v. TMT Asia Ltd.* [2010] EWCA Civ. 79 ed il commento di M. ARNOLD, *Reinforcing the Need to Protect the Without-Prejudice Rule*, in *Civil Justice Quarterly*, 2010, p. 303 ss. Sulla disciplina francese cfr., anche per gli opportuni riferimenti, CUOMO ULLOA, *La mediazione*, cit., p. 143. I due profili della *interne Vertraulichkeit* e della *externe Vertraulichkeit* sono oggetto di analisi nel commento di E. Kurzweil, *Akteneinsichtsrecht in "Mediationsakten"*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 2010, p. 77 ss. Il problema della riservatezza (*confidentiality*) è ben noto ai paesi della *common law* dove sotto il nome di *mediation privilege* si identificano tutte quelle garanzie di riservatezza delle comunicazioni ed informazioni emerse in corso di mediazione tra le parti e tra queste ed il mediatore, volte a promuovere la massima libertà di espressione strettamente funzionale al raggiungimento dell'obiettivo di composizione della lite. Una disciplina particolarmente dettagliata del *mediation privilege* è offerta dallo *Uniform Mediation Act* statunitense del 2001. Cfr. le indicazioni in F. FERRARIS, F. SODDU, in A. CASTAGNOLA, F. DELFINI (a cura di), *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*, Padova, 2010, p. 165 ss.

la parte avversa rispetto alle dichiarazioni rese ed alle informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate (sessioni separate scelte nella logica di favorire una composizione facilitativa della lite). Il legislatore italiano, a garanzia dell'autonomia e dell'alternatività della mediazione rispetto al processo che eventualmente si apre dinnanzi al giudice togato nel caso di infruttuoso esperimento della via mediatoria, ha poi opportunamente stabilito l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel giudizio avente il medesimo oggetto, anche parziale, iniziato o riassunto dopo l'insuccesso [del tentativo di mediazione, salvo il consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni] ed ha previsto altresì il segreto professionale del mediatore che non potrà dunque essere sentito come teste né davanti al giudice né davanti ad altra autorità. Al mediatore si applica l'art. 200 del codice di procedura penale con le ulteriori garanzie di cui all'art. 103 del medesimo codice in quanto applicabili (art. 10, co. 2)<sup>65</sup>.

Al tempo stesso però, il legislatore ha scelto una strada per cui il contegno assunto dalle parti nel corso del procedimento di mediazione non è privo di conseguenze nel successivo processo eventualmente promosso a seguito del mancato raggiungimento della conciliazione. Nell'intento di favorire l'incontro delle parti innanzi al mediatore in funzione dell'opera che quest'ultimo è chiamato a svolgere istituzionalmente – «assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa» – l'art. 8, comma 5, dispone che «dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova». La disposizione è destinata a trovare applicazione sia quando la mediazione è prevista come condizione di procedibilità della domanda sia quando la relativa procedura si è aperta per 'invito' del giudice della causa ai sensi dell'art. 5, co. 2. Ed anche quando alla mediazione si accede in virtù del contratto, dello statuto o dell'atto costitutivo dell'ente coinvolto (ai sensi dell'art. 5, co. 5), sempre che la mancata partecipazione non sia sorretta da un 'giusto motivo'. Resta però dubbia la concreta efficacia di questa scelta, posto l'equivoco significato dell'istituto dell'argomento di prova.

<sup>65</sup> G. CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 627 critica la scelta di accomunare nella disciplina le dichiarazioni e le informazioni acquisite nel corso del procedimento in quanto una parte scaltra o ben difesa potrebbe ampliare al massimo le proprie dichiarazioni/riconoscimenti sui fatti proprio (e anche) al fine di precludere a controparte la prova su tutte quelle circostanze, ancor più se favorevoli. Il timore di vedersi precluse le successive facoltà istruttorie potrebbe diventare un disincentivo a percorrere con serietà l'istituto della mediazione. U. CARNEVALE, *La nuova mediazione civile*, in *Contratti*, 2010, p. 438 fa notare che potrebbe risultare problematico coordinare il divieto del mediatore (salvo diverso accordo delle parti) di fare riferimento alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento con la possibilità di motivare adeguatamente la proposta dello stesso mediatore.

Più incisive, anche se non prive di insidie per la stessa funzionalità dell'istituto, sono le disposizioni degli artt. 11, comma 1 e 13 in tema di «proposta di conciliazione» e le conseguenze che il rifiuto delle parti può avere in ordine al pagamento delle spese del giudizio<sup>66</sup>. Le soluzioni che altri ordinamenti europei hanno adottato in questa materia sono tutt'altro che uniformi. *Cost sanctions* per il caso di un rifiuto 'irragionevole' di percorrere la strada della mediazione sono comuni nel diritto inglese, assai sensibile all'esigenza che la giurisdizione non venga «impegnata per un risultato che il procedimento di mediazione avrebbe permesso di raggiungere in tempi più rapidi e meno dispendiosi»<sup>67</sup>. Altrove si esclude invece categoricamente (ed è il caso dell'Austria) che dal contegno assunto dalle parti nel corso della mediazione possano farsi derivare «Kostenfolgen für das gerichtliche Verfahren»<sup>68</sup>. Il legislatore comunitario si limita ad ammonire gli Stati che la decisione di rendere il ricorso alla mediazione soggetto a sanzioni non deve comprimere indebitamente il diritto alla tutela giurisdizionale (art. 5, par. 2 della Direttiva)<sup>69</sup>.

#### 9. *Accordo conciliativo e tutela esecutiva: le opportunità della mediazione*

La disposizione dell'art. 6 della Direttiva si preoccupa di assicurare le parti che il rispetto del risultato che si raggiunge in sede di mediazione non è lasciato all'adempimento spontaneo, ma può essere assistito da tutela in via esecutiva.

Nel momento in cui una parte valuta se introdurre o meno una lite, essa non dovrebbe optare per la via giudiziaria per il solo fatto di non poter essere altrimenti garantita dall'eventuale inadempimento dell'accordo ad opera della controparte. A tal fine, gli Stati sono chiamati a provvedere che, su richiesta delle parti o di una di esse con l'esplicito consenso delle altre, l'accordo raggiunto in seguito ad una mediazione possa essere reso esecutivo con «sentenza, decisione o atto autentico di un organo giurisdizionale o da un'altra autorità competente in conformità del diritto dello Stato membro in cui è presentata la richiesta», a meno che «il contenuto

<sup>66</sup> Cfr. su questi temi il meditato contributo di A. DE LUCA, *Mediazione e (abuso del) processo: la deroga al principio della soccombenza come incentivo alla mediazione*, in questo volume. Rimane naturalmente la difficoltà di comparare l'esito della sentenza resa dai giudici con il contenuto della proposta di soluzione amichevole, elaborata in sede di mediazione, data la differenza qualitativa tra i due atti.

<sup>67</sup> ANDREWS, *The Modern Civil Process in England*, cit., p. 29.

<sup>68</sup> Sulle diverse soluzioni tecniche utilizzate prima nell'art. 410, comma 2 c.p.c. e nell'art. 40, comma 4 D.Lgs. n. 5/2003, cfr. F.P. LUIO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1259.

<sup>69</sup> E.M. Bajons, *Mediation: Der Weg von einem oesterreichischen Pilotprojekt bis zur EU-Mediations-Richtlinie*, in *Festschrift für Dieter Leibold*, a cura di R. Stürner e altri, Tübingen, 2009, pp. 499, 515.



dell'accordo risulti contrario alla legge dello Stato membro in cui viene presentata la richiesta o che la legge di detto Stato membro non ne preveda l'esecutività».

Il legislatore italiano, recependo la Direttiva, ha previsto all'art. 12 del D.Lgs. 28/2010, che il verbale dell'accordo conciliativo, l'atto, cioè, che ratifica l'accordo raggiunto dalle parti, è omologabile, su istanza di parte, con decreto del Presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo presso il quale si è svolta la relativa procedura. La competenza del tribunale per territorio è peraltro diversa quanto al verbale conclusivo di una controversia transfrontaliera, ai sensi dell'art. 2 della Direttiva 2008/52, individuandosi, nella specie, nel giudice nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione (art. 12, co. 1). L'esame del tribunale ai fini dell'omologazione non è limitato alla mera regolarità formale dell'atto ma si spinge anche all'accertamento che esso non sia in contrasto con norme imperative e di ordine pubblico.

Di sicuro rilievo la decisione di dotare il verbale omologato di efficacia esecutiva per ogni tipo di esecuzione forzata e di renderlo titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Esso si aggiunge, così, ai documenti individuati dagli artt. 474 c.p.c. e 2918 c.c. Ad ulteriore salvaguardia dell'adempimento degli obblighi contenuti nel verbale di conciliazione, l'art. 11 prevede che l'accordo raggiunto contempli anche «il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti, ovvero per il ritardo nel loro adempimento»<sup>70</sup>. Disposizione apprezzabile in quanto consente di superare il duplice limite del nuovo art. 614 *bis* c.p.c. dettato per i provvedimenti di condanna resi dal giudice e per la sola violazione (o inosservanza o ritardo nell'adempimento) di obblighi di fare infungibili o di non fare<sup>71</sup>.

## 10. Mediazione e mediatori

La Direttiva non si spinge a definire in modo specifico i requisiti professionali del mediatore così come non offre indicazioni articolate circa le garanzie procedurali che la mediazione come percorso deve assicurare, delegando sostanzialmente agli Stati membri il compito di individuare modalità e criteri di verifica. L'art. 4 si occupa in modo generico della qualità della mediazione stabilendo che gli Stati membri incoraggiano la formazione iniziale e successiva dei mediatori e predispongono adeguati mec-

<sup>70</sup> Sul rapporto tra accordo e sentenza cfr. I. PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti. Introduzione*, in *Società*, 2010, pp. 623-625.

<sup>71</sup> Il legislatore nel dettare la disciplina dell'art. 614 *bis* ha attribuito il compito di impartire la tutela esecutiva indiretta al giudice della cognizione anziché al giudice dell'esecuzione, come sarebbe stato ovvio. LUIO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, cit., pp. 1161-62.

canismi di controllo sulla qualità della mediazione, che deve essere gestita in maniera efficace, imparziale e competente in relazione alle parti. A sua volta, l'art. 3 non fa riferimento ad una specifica categoria professionale, dichiarando che per mediatore si intende «qualunque terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato membro interessato e dalle modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione». Il Codice europeo di condotta dei mediatori, dal canto suo, sottolinea che il mediatore dev'essere «competente ed abile» (art. 1.1); mentre in ordine all'indipendenza ed alla neutralità, pone il divieto per il mediatore di prendere parte al procedimento di mediazione prima di aver dichiarato le circostanze che possono inficiare la sua indipendenza o determinare un conflitto di interessi ed enuncia il dovere del mediatore di agire con imparzialità nei confronti delle parti, impegnandosi ad assisterle tutte equamente (art. 2.2.).

Il legislatore italiano negli artt. 3, 4, co. 1 e 2, art. 6, 8 del D.Lgs. 28/2010 tratteggia un procedimento di mediazione destinato ad accogliere tutte le controversie civili aventi ad oggetto diritti di cui le parti possono disporre, mentre, con riferimento alla materia dei contratti bancari, assicurativi e finanziari, è prevista l'alternativa di un ricorso al procedimento previsto dal D.Lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 (che detta le norme per le procedure di conciliazione e di arbitrato presso la CONSOB) e quello istituito in attuazione dell'art. 128 *bis* del T.U. delle legge in materia bancaria e creditizia (di cui al D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385). La scelta di fondo, espressa nel comma 1 dell'art. 3, è quella di valorizzare le esperienze autoregolative e di contenere l'intervento statale nella disciplina del concreto esercizio dell'attività di mediazione, lasciando che alla stessa provveda il regolamento di cui ciascun organismo deve dotarsi. I limiti che l'art. 3, co. 2 pone alla potestà regolamentare degli organismi riguardano il rispetto della riservatezza del procedimento ai sensi dell'art. 9 del decreto legislativo ed il «dovere di garantire modalità di nomina del mediatore che ne assicurino l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico». Indicazioni più dettagliate offre il D.M. 18 ottobre 2010, n. 180 che all'art. 7, rubricato «regolamento di procedura» detta regole in tema di contraddittorio fra le parti, di possibilità per il mediatore di formulare la proposta di conciliazione (anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione), di diritto di accesso ai documenti e di rispetto delle norme sulla privacy di cui al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

Per quanto riguarda gli organismi di mediazione, la scelta fondamentale del legislatore italiano è quella già adottata per la conciliazione societaria di affidare la mediazione (ed il relativo 'mercato') ad organismi professionali indipendenti stabilmente destinati all'erogazione del servizio di mediazione che debbono essere iscritti in un apposito registro presso il Ministero della giustizia con i requisiti di professionalità dei mediatori determinati da appositi decreti ministeriali. Il D.M. 180/2010 ha provveduto a disciplinare il registro degli organismi abilitati a svolgere mediazione e a

dettare criteri per l'iscrizione nel registro con particolare riferimento alla capacità finanziaria ed organizzativa dell'ente che richiede l'iscrizione. In un'apposita tabella allegata, sono state stabilite altresì le indennità che spettano all'organismo, non direttamente al mediatore. Nella disciplina regolamentare vengono individuati anche i requisiti e le competenze per poter svolgere l'attività di formazione da parte degli enti formatori: gli unici abilitati a formare nuovi mediatori e a valutare la loro preparazione in vista dell'accreditamento presso gli organismi di mediazione<sup>72</sup>.

In ordine alla selezione e formazione del mediatore, la normativa regolamentare dettata dal D.M. 180/2010 opta per un'apertura (condivisibile ancorché criticata) alle professioni altre rispetto a quelle giuridiche. Meno felice la scelta di consentire l'accesso alla funzione di mediatore a tutti coloro che abbiano conseguito un diploma di laurea universitaria triennale o che comunque siano iscritti ad un collegio o ordine professionale (art. 4). Il possesso di una specifica formazione universitaria in materie giuridiche (o economiche) non costituisce un requisito essenziale per poter svolgere l'attività di mediazione ai sensi del D.Lgs. 28/2010, mentre per tutti i professionisti interessati è richiesta una formazione specifica in materia di mediazione da acquisire (anche troppo agevolmente) mediante la partecipazione ad un percorso formativo articolato in corsi teorici e pratici di durata non inferiore a... 50 ore (oltre ad aggiornamenti biennali)<sup>73</sup>. Il livello di professionalità così individuato appare assai poco selettivo rispetto alla delicatezza del compito affidato al mediatore.

## 11. *La mediazione delle controversie civili e il ruolo dell'avvocatura*

Recenti studi sulla mediazione/conciliazione, hanno messo in evidenza che il fenomeno emergente più significativo nelle varie esperienze nazionali è quello della mediazione endoprocessuale o cosiddetta 'delegata'. Forme di tale mediazione sono presenti in ordinamenti di *civil law* come di *common law* dove rappresentano, in un certo senso, il punto di arrivo di un percorso evolutivo dei fenomeni in parola e la sintesi più attuale dei procedimenti tradizionali di conciliazione giudiziale e stragiudiziale<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> Cfr. su questi profili CALIFANO, *Procedura della mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, cit., pp. 60 ss., 79.

<sup>73</sup> Per una più ampia illustrazione, cfr. S. IZZO, *La mediazione nella disciplina di attuazione*, in *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, a cura di V. VIGORITI, G. CONTE, Torino, 2010, p. 305 ss. Cfr. anche i contributi di G. FINOCCHIARO, M. MARINARO e P. THIELLA, in *Guida dir.*, 2010, n. 46, p. 42 ss.

<sup>74</sup> CUOMO ULLOA, *La mediazione*, cit., pp. 162-63 e l'ampio quadro comparativo di M. KILIAN, J. WIELGOSZ, *Gerichtsnaher Mediation - Rechtsvergleichende Betrachtungen zur Einbindung alternativer Konfliktlösungsmechanismen in das Zivilverfahrensrecht*, in *ZZPInt.*, 2004, p. 355 ss. Significativo in questo senso anche il rapporto *Alternativ Tvistloesing* svedese del 2007 che propone di integrare

Anche il legislatore comunitario vede in questa forma il modello privilegiato per lo sviluppo dell'*Alternative dispute resolution* come strumento di integrazione e di differenziazione dell'offerta di giustizia in Europa.

L'innesto del meccanismo stragiudiziale all'interno del procedimento giudiziale ha il vantaggio di lasciare impregiudicato il diritto dei cittadini di adire le corti e consente di evitare la sovrapposizione di funzioni ontologicamente disomogenee nello stesso organo giudicante. E, quando il tentativo di mediazione – come avviene in alcuni Paesi – è delegato ad un altro giudice dello stesso o di altro ufficio giudiziario che opera come mediatore, esso non è fonte di ulteriori oneri economici per le parti. Al giudice della causa, insieme al potere-dovere di sollecitare o incoraggiare il ricorso alla mediazione, rimane il compito di selezionare i casi in cui tale soluzione appare più adatta. Il rapporto di collaborazione che si instaura tra uffici giudiziari ed organi di mediazione permette di realizzare un opportuno controllo sull'attività di questi ultimi e di prevenire degenerazioni legate a fenomeni puramente privatistici di conciliazione stragiudiziale<sup>75</sup>.

La decisione del legislatore italiano di puntare sul ricorso obbligatorio al tentativo di mediazione come condizione di procedibilità della via giudiziale in un'ampia gamma di materie, è una scelta che chiama in gioco soprattutto il ruolo propulsivo dell'avvocatura.

Il legislatore ne è consapevole e affida all'avvocato anzitutto il compito di informare la parte della «possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione e dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale» (art. 4). Questo compito non dovrà essere assolto in modo esclusivamente formale, con una mera ed inconsapevole firma di moduli da parte del cliente. Nella sua qualità di soggetto fornito di preparazione specifica, l'avvocato che riceve un incarico professionale per un qualsiasi processo è chiamato ad istruire il proprio cliente, da un punto di vista giuridico, sulle possibilità del percorso mediatorio, illustrandone peculiarità e benefici rispetto al 'prodotto concorrente' del giudizio davanti ai giudici, oltre alle agevolazioni fiscali previste per il suo esperimento (agevolazioni costituite dall'esenzione dall'imposta di registro fino a cinquantamila euro per il verbale di conciliazione, dall'e-

il tradizionale sistema dei mezzi alternativi di composizione delle liti «outside the courts» con la mediazione nel corso del processo. In tal modo, sottolineano gli autori del rapporto, «the traditional form of court proceedings remains available to everybody» e «the proposed alternative becomes a complement to common place judicial review». In una direzione opposta va il nuovo primo comma dell'art. 420 c.p.c. come modificato dal cosiddetto «Collegato lavoro» 2010, il quale prevede che il giudice, in corso di causa (nell'udienza fissata per la discussione), deve formulare una proposta transattiva. Riemerge quindi la tendenza a rafforzare il ruolo conciliativo del giudice.

<sup>75</sup> Cfr. su questi temi, nella prospettiva dell'esperienza statunitense, P. MURRAY, *Mediation and Civil Justice: A Public-Private Partnership?*, in *ZZP Int.*, 2009, pp. 241-255.

senzione di tutti gli atti dall'imposta di bollo e dal credito di imposta fino all'ammontare di cinquecento euro per l'indennità corrisposta ai soggetti abilitati a svolgere il procedimento di mediazione (artt. 17, 20).

L'informazione, avverte lo stesso art. 4, deve essere fornita in maniera chiara e per iscritto ed il documento che contiene l'informazione deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Dal che si desume che l'informativa deve riguardare una specifica fattispecie controversa. Naturalmente, in questa sede, si tratterà di superare il diffuso pregiudizio che il suggerimento *in limine litis* di percorrere la via della mediazione possa essere interpretato come indice di debolezza, di scarsa convinzione della fondatezza delle pretese del cliente o di carenza di una strategia processuale<sup>76</sup>. Altro aspetto è la eventuale remora a suggerire uno strumento come la mediazione, (eventualmente) meno appetibile sotto il profilo economico rispetto alla prospettiva più lucrosa di affrontare una causa in giudizio. Un simile pericolo si pone soprattutto con riguardo alla litigiosità minore, mentre rispetto agli interessi 'forti' la mediazione si è da tempo rivelata, in molti Paesi, un'attività professionale vantaggiosa ed assai remunerativa<sup>77</sup>. Non vi è dubbio che l'aspetto economico, inteso non soltanto come determinazione della retribuzione del mediatore ma

<sup>76</sup> FINOCCHIARO, *Procedura della mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, cit., pp. 54-58. G. TRISORIO LIUZZI, *La nuova disciplina della mediazione. Gli obblighi informativi dell'avvocato*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, pp. 979 ss., 984: «L'obbligo di informazione riflette in maniera esplicita la diffidenza del legislatore verso la classe forense, da sempre ritenuta istituzionalmente contraria alla composizione bonaria delle controversie». Sui dubbi che la disposizione dell'art. 4, comma 3 D.Lgs. solleva in ordine al momento in cui deve essere data l'informazione, il modo in cui deve essere fornita ed il destinatario della stessa, cfr. U. PERFETTI, *Mediazione e conciliazione: aspetti sostanziali e deontologici*, in *Rass. forense*, 2010, p. 23 ss.

<sup>77</sup> L'attuale atteggiamento prevalente di sfiducia nelle potenzialità del nuovo istituto, oltre ad essere in parte determinato da una sorta di pregiudizio culturale, sembra legato soprattutto ad una diffusa preoccupazione relativa a possibili conseguenze negative di tipo economico. Cfr. le considerazioni di CONSOLO, *L'improcrastinabile radicale riforma della legge-Pinto*, cit., p. 431. In realtà, questo nuovo strumento potrà offrire anche nuove opportunità e prospettive di carattere professionale; così come uno sviluppo della mediazione può portare non solo ad una riduzione del contenzioso, ma ne può anche far sorgere una parte aggiuntiva, prima per così dire «sommersa». E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, pp. 653, 672. Sulla proposta di rendere necessaria l'assistenza di un avvocato, confluita nel Ddl presentato dal senatore Benedetti Valentini (dove si propone anche di abbandonare l'obbligatorietà del ricorso alla mediazione e di limitare la facoltà del mediatore di formulare proposte conciliative), cfr. M. MARINARO, *Tentativo non obbligatorio e assistenza legale: le chance per riaprire il dibattito legislativo*, in *Guida dir.*, 2010, n. 46, inserto 5. Invita l'avvocatura ad assumere un atteggiamento di collaborazione indicando la mediazione come «un'occasione da cogliere, non un'avversità da sopportare», V. VIGORITI, *Mito e realtà: processo e mediazione*, in *Rass. forense*, 2010, pp. 39 ss. 47.

anche come considerazione dei costi complessivi dell'attività di mediazione – sia nella prospettiva delle parti che detti costi debbono sostenere, sia in quella più generale dell'accesso alla giustizia – costituisce uno degli elementi determinanti per il successo del nuovo istituto<sup>78</sup>.

Il D.Lgs. 28/2010 riconosce ai Consigli degli Ordini degli Avvocati la facoltà di istituire organismi di mediazione-conciliazione presso ciascun tribunale, avvalendosi di proprio personale, utilizzando i locali messi a disposizione dal Presidente del tribunale (art. 18). Tali organismi, iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della Giustizia «a semplice domanda», senza alcun vaglio preliminare di merito ad opera dello stesso Ministero, sembrano destinati a diventare lo strumento e la sede privilegiata per promuovere il coinvolgimento attivo di almeno una parte degli avvocati, sia nella veste di mediatori sia nella veste di assistenti o rappresentanti tecnici delle parti, e quindi per la stessa formazione di un ceto di mediatori professionalmente esperti, capaci di conquistarsi una legittimazione ed una credibilità sul campo, assicurando risultati qualitativamente non inferiori a quelli offerti dalle procedure giurisdizionali<sup>79</sup>.

In Italia esiste già da diverso tempo una realtà variegata di organismi privati e pubblici che offrono servizi di mediazione-conciliazione a chi sia mosso dall'intento di convogliare una controversia civile sui binari di una composizione stragiudiziale e non contenziosa. Eppure, la via conciliativa come strumento alternativo di composizione delle liti, nonostante un trend di crescita negli anni più recenti, non è riuscita, finora, a togliersi l'etichetta di 'fenomeno di nicchia'<sup>80</sup>. Anche i tentativi obbligatori di conciliazione, introdotti nella nostra legislazione in una serie di settori del contenzioso civile, non hanno portato a risultati particolarmente lusinghieri<sup>81</sup>. Le ragioni non risiedono tanto nel sistema quanto nella cultura del Paese:

<sup>78</sup> Sulla disciplina adottata dal D.M. 280/2010 in ordine ai costi della mediazione, cfr. N. SOLDATI, *Indennità distinte per soggetti pubblici e privati*, in *Guida dir.*, 2010, n. 46, p. 62 ss. Alcuni dei profili della prevista onerosità della mediazione hanno dato adito a nuovi dubbi di costituzionalità della disciplina. Cfr. G. SCARSELLI, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al D.Lgs. 28/10*, in *Foro it.*, 2011, V, col. 53.

<sup>79</sup> Sull'importanza di un coinvolgimento attivo degli avvocati, MARINARI, *La nuova disciplina della mediazione nelle controversie civili*, cit., pp. 509, 533. Anche se non è previsto un obbligo di patrocinio, il ruolo dell'avvocato risulterà assai prezioso e opportuno anche per le parti, sia al momento della formulazione della «domanda di mediazione», sia nel corso della procedura di mediazione anche in vista del possibile trasformarsi della mediazione da facilitativa in aggiudicativa, sia infine, in caso di raggiungimento dell'accordo, nella redazione dell'accordo conciliativo per garantire il rispetto dell'art.12 D.Lgs. 28/2010. Cfr. F. DELFINI, *La mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali ed il ruolo dell'Avvocatura*, in *Riv dir. priv.*, 2010, p. 131 ss.

<sup>80</sup> Cfr. il nostro *La conciliazione*, cit., pp. 334-335.

<sup>81</sup> Cfr. comunque per un quadro differenziato l'ultimo rapporto ISDACI con dati che si riferiscono al 2008. BONSIGNORE, *La diffusione della giustizia alternativa in Italia: i risultati di una ricerca*, in <<http://www.isdaci.it/>>, p. 69.

una 'cultura della controversia', incardinata sull'idea per cui il soggetto è titolare di diritti e deve avere la possibilità di farli valere di fronte ad un giudice. Questa cultura è un aspetto importante della 'cultura dei diritti' che si è tradotta anche in garanzie costituzionali<sup>82</sup>. Con il D.Lgs. 28/2010, introdotto in esecuzione di un preciso disegno europeo, la mediazione/conciliazione ha ricevuto piena cittadinanza nel nostro ordinamento come strumento complementare di gestione delle liti civili. Rimane l'impegno o, forse meglio la sfida, di un'applicazione convinta della nuova disciplina da parte di tutti i destinatari, in modo che anche nella nostra esperienza si radichi progressivamente la consapevolezza che forme di giustizia non giurisdizionale possono coesistere, con piena dignità, con il processo, capaci di offrire, in certi casi, alle parti della controversia, un risultato migliore, senza il sacrificio di alcuna garanzia.

<sup>82</sup> M. TARUFFO, *Cultura e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, pp. 63, 86.

## STUDI E SAGGI

### Titoli pubblicati

#### ARCHITETTURA E STORIA DELL'ARTE

- Benelli E., *Archetipi e citazioni nel fashion design*  
 Benzi S., Bertuzzi L., *Il Palagio di Parte Guelfa a Firenze. Documenti, immagini e percorsi multimediali*  
 Biagini C. (a cura di), *L'Ospedale degli Infermi di Faenza. Studi per una lettura tipo-morfologica dell'edilizia ospedaliera storica*  
 Frati M., "De bonis lapidibus conciiis": la costruzione di Firenze ai tempi di Arnolfo di Cambio. Strumenti, tecniche e maestranze nei cantieri fra XIII e XIV secolo  
 Gregotti V., *Una lezione di architettura. Rappresentazione, globalizzazione, interdisciplinarietà*  
 Maggiora G., *Sulla retorica dell'architettura*  
 Mazza B., *Le Corbusier e la fotografia. La vérité blanche*  
 Messina M.G., *Paul Gauguin. Un esotismo controverso*  
 Tonelli M.C., *Industrial design: latitudine e longitudine*

#### CULTURAL STUDIES

- Candotti M.P., *Interprétations du discours métalinguistique. La fortune du sūtra A 1.1.68 chez Patañjali et Bhartṛhari*  
 Nesti A., *Per una mappa delle religioni mondiali*  
 Nesti A., *Qual è la religione degli italiani? Religioni civili, mondo cattolico, ateismo devoto, fede, laicità*  
 Rigopoulos A., *The Mahānubhāvas*  
 Squarcini F. (a cura di), *Boundaries, Dynamics and Construction of Traditions in South Asia*  
 Vanoli A., *Il mondo musulmano e i volti della guerra. Conflitti, politica e comunicazione nella storia dell'islam*

#### DIRITTO

- Allegretti U., *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*  
 Curreri S., *Democrazia e rappresentanza politica. Dal divieto di mandato al mandato di partito*  
 Curreri S., *Partiti e gruppi parlamentari nell'ordinamento spagnolo*  
 Federico V., Fusaro C. (a cura di), *Constitutionalism and Democratic Transitions. Lessons from South Africa*  
 Fiorita N., *L'Islam spiegato ai miei studenti. Otto lezioni su Islam e diritto*  
 Fiorita N., *L'Islam spiegato ai miei studenti. Undici lezioni sul diritto islamico*  
 Sorace D. (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*  
 Trocker N., De Luca A. (a cura di), *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*

#### ECONOMIA

- Ciappei C. (a cura di), *La valorizzazione economica delle tipicità rurali tra localismo e globalizzazione*

- Ciappei C., Citti P., Bacci N., Campatelli G., *La metodologia Sei Sigma nei servizi. Un'applicazione ai modelli di gestione finanziaria*  
 Ciappei C., Sani A., *Strategie di internazionalizzazione e grande distribuzione nel settore dell'abbigliamento. Focus sulla realtà fiorentina*  
 Garofalo G. (a cura di), *Capitalismo distrettuale, localismi d'impresa, globalizzazione*  
 Laureti T., *L'efficienza rispetto alla frontiera delle possibilità produttive. Modelli teorici ed analisi empiriche*  
 Lazzeretti L. (a cura di), *Art Cities, Cultural Districts and Museums. An Economic and Managerial Study of the Culture Sector in Florence*  
 Lazzeretti L. (a cura di), *I sistemi museali in Toscana. Primi risultati di una ricerca sul campo*  
 Lazzeretti L., Cinti T., *La valorizzazione economica del patrimonio artistico delle città d'arte. Il restauro artistico a Firenze*  
 Lazzeretti L., *Nascita ed evoluzione del distretto orafico di Arezzo, 1947-2001. Primo studio in una prospettiva ecology based*  
 Simoni C., *Approccio strategico alla produzione. Oltre la produzione snella*  
 Simoni C., *Mastering the Dynamics of Apparel Innovation*

#### FILOSOFIA

- Baldi M., Desideri F. (a cura di), *Paul Celan. La poesia come frontiera filosofica*  
 Barale A., *La malinconia dell'immagine. Rappresentazione e significato in Walter Benjamin e Aby Warburg*  
 Berni S., Fadini U., *Linee di fuga. Nietzsche, Foucault, Deleuze*  
 Brunkhorst H., *Habermas*  
 Cambi F., *Pensiero e tempo. Ricerche sullo storicismo critico: figure, modelli, attualità*  
 Desideri F., Matteucci G. (a cura di), *Dalloggetto estetico all'oggetto artistico*  
 Desideri F., Matteucci G. (a cura di), *Estetiche della percezione*  
 Di Stasio M., *Alvin Plantinga: conoscenza religiosa e naturalizzazione epistemologica*  
 Giovagnoli R., *Autonomy: a Matter of Content*  
 Honneth A., *Capitalismo e riconoscimento*  
 Solinas M., *Psiche: Platone e Freud. Desiderio, sogno, mania, eros*  
 Valle G., *La vita individuale. L'estetica sociologica di Georg Simmel*

#### LETTERATURA, FILOLOGIA E LINGUISTICA

- Bresciani Califano M., *Piccole zone di simmetria. Scrittori del Novecento*  
 Dei L. (a cura di), *Voci dal mondo per Primo Levi. In memoria, per la memoria*  
 Franchini S., *Diventare grandi con il «Pioniere» (1950-1962). Politica, progetti di vita e*



- identità di genere nella piccola posta di un giornalino di sinistra*
- Francovich Onesti N., *I nomi degli Ostrogoti*
- Gori B., *La grammatica dei clitici portoghesi. Aspetti sincronici e diacronici*
- Keidan A., Alfieri L. (a cura di), *Deissi, riferimento, metafora*
- Lopez Cruz H., *America Latina aportes lexicos al italiano contemporaneo*
- Pestelli C., *Carlo Antici e l'ideologia della Restaurazione in Italia*
- Totaro L., *Ragioni d'amore. Le donne nel Decameron*
- POLITICA**
- De Boni C., *Descrivere il futuro. Scienza e utopia in Francia nell'età del positivismo*
- De Boni C. (a cura di), *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo. I. L'Ottocento*
- De Boni C., *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo. Il Novecento. Parte prima: da inizio secolo alla seconda guerra mondiale*
- De Boni C. (a cura di), *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo. Il Novecento. Parte seconda: dal dopoguerra a oggi*
- Gramolati A., Mari G. (a cura di), *Bruno Trentin. Lavoro, libertà, conoscenza*
- Ricciuti R., Renda F., *Tra economia e politica: l'internazionalizzazione di Finmeccanica, Eni ed Enel*
- Spini D., Fontanella M. (a cura di), *Sognare la politica da Roosevelt a Obama. Il futuro dell'America nella comunicazione politica dei democrats*
- Tonini A., Simoni M. (a cura di), *Realtà e memoria di una disfatta. Il Medio Oriente dopo la guerra dei Sei Giorni*
- Zolo D., *Tramonto globale. La fame, il patibolo, la guerra*
- PSICOLOGIA**
- Aprile L. (a cura di), *Psicologia dello sviluppo cognitivo-linguistico: tra teoria e intervento*
- Barni C., Galli G., *La verifica di una psicoterapia cognitivo-costruttivista sui generis*
- Luccio R., Salvadori E., Bachmann C., *La verifica della significatività dell'ipotesi nulla in psicologia*
- SOCIOLOGIA**
- Alacevich F., *Promuovere il dialogo sociale. Le conseguenze dell'Europa sulla regolazione del lavoro*
- Becucci S., Garosi E., *Corpi globali. La prostituzione in Italia*
- Bettin Lattes G., *Giovani Jeunes Jovenes. Rapporto di ricerca sulle nuove generazioni e la politica nell'Europa del sud*
- Bettin Lattes G. (a cura di), *Per leggere la società*
- Bettin Lattes G., Turi P. (a cura di), *La sociologia di Luciano Cavalli*
- Burroni L., Piselli F., Ramella F., Trigilia C., *Città metropolitane e politiche urbane*
- Catarsi E. (a cura di), *Autobiografie scolastiche e scelta universitaria*
- Leonardi L. (a cura di), *Opening the European Box. Towards a New Sociology of Europe*
- Nuvolati G., *Mobilità quotidiana e complessità urbana*
- Ramella F., Trigilia C. (a cura di), *Reti sociali e innovazione. I sistemi locali dell'informatica*
- Rondinone A., *Donne mancanti. Un'analisi geografica del disequilibrio di genere in India*
- STORIA E SOCIOLOGIA DELLA SCIENZA**
- Angotti F., Pelosi G., Soldani S. (a cura di), *Alle radici della moderna ingegneria. Competenze e opportunità nella Firenze dell'Ottocento*
- Cabras P.L., Chiti S., Lippi D. (a cura di), *Joseph Guillaume Desmaisons Dupallans. La Francia alla ricerca del modello e l'Italia dei manicomi nel 1840*
- Cartocci A., *La matematica degli Egizi. I papiri matematici del Medio Regno*
- Guatelli F. (a cura di), *Scienza e opinione pubblica. Una relazione da ridefinire*
- Massai V., *Angelo Gatti (1724-1798)*
- Meurig T.J., *Michael Faraday. La storia romantica di un genio*
- STUDI DI BIOETICA**
- Baldini G., Soldano M. (a cura di), *Nascere e morire: quando decido io? Italia ed Europa a confronto*
- Baldini G., Soldano M. (a cura di), *Tecnologie riproduttive e tutela della persona. Verso un comune diritto europeo per la bioetica*
- Bucelli A. (a cura di), *Produrre uomini. Procreazione assistita: un'indagine multidisciplinare*
- Costa G., *Scelte procreative e responsabilità. Genetica, giustizia, obblighi verso le generazioni future*
- Galletti M., Zullo S. (a cura di), *La vita prima della fine. Lo stato vegetativo tra etica, religione e diritto*
- Mannaioni P.F., Mannaioni G., Masini E. (a cura di), *Club drugs. Cosa sono e cosa fanno*



Finito di stampare presso  
Grafiche Cappelli Srl - Osmannoro (FI)