

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 economico¹.

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

¹ 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 controversia². 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»³. Ed uno degli studiosi europei più brillanti della materia si è domandato se l'ADR non sia destinato a

² 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.

³ 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 giudiziale⁴.

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»⁵. 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 obbligatorietà⁶.

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 affresco⁷ – è per struttura e tradizione particolarmente at-

⁴ 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.

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

⁶ 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.

⁷ 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»⁸.

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 giurisdizione⁹. 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-

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

⁹ 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»¹⁰.

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 Vilar¹¹. 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 Desdevises¹², «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

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

¹¹ 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,

¹² 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'ordinamento¹³.

Non vi è coerenza invece – come nota nel suo contributo Francesca Cuomo Ulloa¹⁴ – 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-

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

¹⁴ 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)¹⁵, 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)¹⁶.

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-

¹⁵ 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.

¹⁶ 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 familiare¹⁷, 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 europea¹⁸.

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/>).

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

¹⁸ *Ibid.*