

Mediazione obbligatoria?

Avv. Carlo Alberto Calcagno

In Italia si parla da qualche tempo di **ambulatori medici** aperti 24 ore su 24 perché la salute è considerato un bene primario.

Anche in **Giappone** la sanità è un bene primario, ma sullo stesso piano ci sono **le dispute mediche** che sono oggetto di mediazione **anche la notte** per la comodità di coloro che mediano¹.

In Giappone si va in **mediazione preventiva obbligatoria** in tre ipotesi: 1) quando i diritti e le obbligazioni delle parti sono **chiari** e necessita solo un aggiustamento **nell'interesse della relazione**, 2) non ci sono norme legislative o regolamentari relative alla fattispecie ovvero sussistono settori in cui il Governo è meglio che non entri; 3) in casi dettagliati e specifici che sono **più adatti** ad essere risolti con la mediazione.

Siamo abbastanza lontani dunque dalle dispute sulle **materie oggetto della condizione di procedibilità** che travagliano i nostri confini, ma è anche probabile che in Giappone siano anni luce dal nostro modo di **concepire il valore della relazione tra gli uomini**.

Forse non tutti sanno che la **conciliazione preventiva obbligatoria** è prevista in **Algeria** sin dal lontano 1966²: ciò non dipende probabilmente dai **Francesi** perché l'Algeria si rese indipendente nel 1962.

La mediazione è **obbligatoria** anche in **Afghanistan** con riferimento alla materia del **lavoro**³, nel caso di **separazione dei coniugi**⁴ e quando lo richiede il **giudice commerciale**⁵.

¹ HUANG Y, *Research on Mediation Specialization in Japan*, 20 giugno 2012 in Canadian Social Science, 8 (3), 103-106. Available from URL <http://www.cscanada.net/index.php/css/article/view/j.css.1923669720120803.3711>
DOI: <http://dx.doi.org/10.3968/j.css.1923669720120803.3711>

² Articoli 17-20 Ordonnance n° 66-154 du 8 juin 1966 portant code de procédure civile.

³ *Labour Court of the Democratic Republic of Afghanistan* (1987) artt. 139-140. Delle dispute di lavoro si occupa la *Labour Dispute Commission* la quale assume una decisione sulla base del mutuo consenso delle parti. La decisione è vincolante per le parti e dotata di esecutività. Ricorda molto questa norma l'attuale mediazione indiana.

⁴ *Civil Law of the Republic of Afghanistan* (Civil Code) - Official Gazette No. 353, published 1977/01/05 (1355/10/15 A.P.) Articoli 186-190. Non è stato possibile purtroppo reperire un testo completamente integro.

La disciplina dell'arbitrato afghano⁶ è poi davvero peculiare: **non impedisce** mai alle parti di una disputa commerciale di **negoziare ed accordarsi** sulle loro dispute attraverso **dirette negoziazioni** o attraverso la **mediazione**, od altri mezzi simili di risoluzione delle dispute commerciali. Il Tribunale arbitrale non può operare da mediatore, ma le parti sono sempre libere di nominare un terzo⁷.

Può essere di interesse notare che la legge in materia di **separazione** risale al 1977 quando esisteva la **Repubblica democratica di Afghanistan**, quella del **lavoro** è stata varata nel 1987 durante **l'invasione russa** e quella commerciale ed arbitrale dovrebbe invece essere di paternità **americana**⁸.

E dunque sull'utilità dell'**obbligo** hanno convenuto **ben tre diverse popolazioni** sullo stesso territorio.

Non è un caso quindi che anche l'**ONU** ancora nel **2011** abbia raccomandato la **mediazione** come strumento di pacificazione tra i popoli⁹.

Article 186:

(1) Mediators shall be XXXX and one from the relatives of the husband and the other from the relatives of the wife. In the event when there are no relatives of the two sides, the mediators shall be appointed from those who would have sufficient information about the conducts of the couple and would be able to get the difference of the spouses resolved.

(2) The mediator shall take XXXX in the court that he would discharge his duty XXXX and honestly.

Article 187:

Persons appointed as mediator shall find out the causes of differences between the spouses and then try to iron them out.

Article 188:

(1) Where the mediator does not succeed in reconciliation between the couple and the source of difference is the husband or the couple, or it is indeed not know, the court shall decide on separation between them.

(2) If the wife is the XXXX of difference, the mediator shall take decision an separation against the payment of all or part of marriage-portion.

Article 189:

(1) If there appears difference of opinion between the persons acting as mediators, they shall be ordered by the court to review the case.

(2) In case the difference continues, the court shall appoint other persons as mediators in accordance XXXX article (186) of this law.

Article 190:

The mediators shall present their decisions to the XXXX XXXX court shall issue its verdict accordingly.

⁵ Art. 40 LAW OF COMMERCIAL COURT RULES in Official Gazettes 1-4, 1342-43, amended OG# 273

⁶ In the Name of Almighty Allah, the Beneficent, the Merciful COMMERCIAL ARBITRATION LAW CHAPTER ONE GENERAL PROVISIONS ARTICLE 5. Direct Negotiation.

⁷ Art. 44. COMMERCIAL ARBITRATION LAW.

⁸ Purtroppo non è dato allo stato di conoscerne con precisione la datazione.

⁹ Resolution adopted by the General Assembly 65/283. Strengthening the role of mediation in the peaceful settlement of disputes, conflict prevention and resolution 22 giugno 2011 in <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?page=search&docid=4e71a20f2&skip=0&query=mediation>

Da buoni mediatori è ora il caso di dare voce alle opinioni dei Paesi che non condividono che uno strumento come la mediazione possa essere obbligatorio.

I **Portoghesi**¹⁰ affermano che **tre stati** considerano costituzionale la mediazione obbligatoria: **Italia, Germania**¹¹ e **Stati Uniti**¹².

A questi noi ne possiamo aggiungere altri e l'elenco non è certo esaustivo:

- **Romania**¹³,
- **Israele**¹⁴,
- **Irlanda**¹⁵,
- **Argentina**¹⁶,
- **Colombia**¹⁷,
- **Australia**¹⁸,

¹⁰ R. PEREIRA- S. GARCIA, *Mandatory mediation*, Faculdade de direito Universidade Nova de Lisboa, www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MFG_MA_16667.ppt

¹¹ Section 15a of the Introductory Act to the Code of Civil Procedure (EGZPO)

A state (Land) law can determine that the filing of the action in minor cases is not permissible before an attempt has been made by a conciliator set up or recognized by the Land administration of justice, to resolve the dispute by mutual agreement.

Dal 1° settembre 2009 è possibile poi che il Tribunale della famiglia tedesco **obblighi** le parti a partecipare ad una mediazione informativa o ad altro procedimento informativo di ADR.

Sono obbligatori i procedimenti in merito di formazione professionale e di diritto finanziario.

Addirittura in materia di immatricolazione di veicoli a motore c'è un arbitrato obbligatorio.

¹² Qui a seconda delle Corti può essere facoltativa od obbligatoria. Gli Stati che sono particolarmente coinvolti sono **California, Florida, Oregon, and Texas**. Cfr. Investment Climate Advisory Services of the World Bank Group, *Alternative Dispute Resolution Center Manual: A Guide for Practitioners on Establishing and Managing ADR Centers*, 2011, in https://www.wbginvestmentclimate.org/advisory-services/upload/15322_MGPEI_Web.pdf

¹³ *Conciliere directa*.

¹⁴ Mediazione preventiva

¹⁵ Con riferimento alla materia dei danni alla persona.

¹⁶ Nell'aprile del 2010 con pubblicazione il 3 maggio 2010 sul Boletín oficial è stata varata la *Ley N° 26.589 - Mediación y Conciliación*. A tale provvedimento è seguito il regolamento attuativo che è stato pubblicato sul B.O. il 28 settembre 2011. Si stabilisce l'obbligatorietà della mediazione prima di qualsivoglia processo per tutte le materie e con poche eccezioni che appaiono abbastanza residuali.

¹⁷ La conciliazione preventiva è obbligatoria dal 2001. Si differenzia dalla mediazione per il solo fatto che il conciliatore fa delle proposte. Il conciliatore è un avvocato addestrato in ADR che deve essere registrato in un Organismo di ADR e che deve avere competenza e formazione in materia commerciale. La conciliazione obbligatoria può essere gratuita o a pagamento. Investment Climate Advisory Services of the World Bank Group, *Alternative Dispute Resolution Center Manual: A Guide*, op. cit. E dunque le nostre questioni sull'onerosità della mediazione obbligatoria sarebbero per i Colombiani prive di significato.

¹⁸ Su ordine del giudice. Sulla costituzionalità della mediazione ordinata dal Giudice si è peraltro pronunciata la Corte Suprema del Nuovo Galles del Sud nel 2000.

Ci sono anche alcune prove che gli indigeni australiani un tempo abbiano ricorso ad un metodo di risolvere i conflitti basati su principi simili a mediazione contemporanea. Cfr. P. McCLEAN, *Some benefits of mediation*, April 2008, in

- Giappone¹⁹,
- Taiwan²⁰,
- Repubblica delle Filippine²¹,
- Nuova Zelanda²²,
- Canada²³,
- Dubai²⁴,
- Nigeria²⁵,
- Botswana²⁶,

[http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/Supreme_Court/ll_sc.nsf/vwFiles/mcclellan20408.pdf/\\$file/mcclellan20408.pdf](http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/Supreme_Court/ll_sc.nsf/vwFiles/mcclellan20408.pdf/$file/mcclellan20408.pdf)

¹⁹ Per la mediazione familiare e la mediazione civile preventiva.

²⁰ Mediazione preventiva obbligatoria in tutta una serie di casi. As mentioned earlier, in accordance with the Article 403 of the Code of Civil Procedure, before instituting legal action with the court, there are several items required to "compulsory mediation"(Mediation First System) by the court. This is in-court mediation which refers disputes between employer and employee, real estate and superfiary, partner and partner, partner and sleeping partner, real estate owners for boundaries, co-owners of real estate, landlord and tenant for rental, disputes of road accident and medical cure, property dispute among spouse, relatives, and any other property dispute under the amount of NT\$100,000. In addition, under the Article 404 of the Code of Civil Procedure, a party to an action not coming within the meaning of provisions of the proceeding article may also apply for mediation before instituting legal proceedings". Cfr. G. C.C. CHEN, *ADR System in Taiwan*, in http://www.softic.or.jp/symposium/open_materials/11th/en/Chen.pdf

²¹ In materia di lavoro dal 24 ottobre 2010. V. <http://nlrc.dole.gov.ph/?q=node/17>; <http://www.legal500.com/c/philippines/developments/12384>

²² The High Court in Auckland, New Zealand is introducing a pilot program using private mediators for court-ordered mediations in certain civil disputes. Judges had previously conducted all mediations or settlement conferences, which were successful but took a great deal of judicial time. The Chief High Court Judge is creating a roster of 12 to 15 mediators, who will be paid NZ\$1,500 (US\$1,000) for half-day and NZ\$3,000 for full-day mediations. The pilot begins on November 1 and will be reviewed in June 2010. Cfr. K. SEATH, *New Zealand Court Mediation Turning to Private Mediators*, 22 September 2009 in <http://www.mediate.com/asia/>.

²³ Courts of Justice Act R.R.O. 1990, REGULATION 194 RULES OF CIVIL PROCEDURE

Consolidation Period: From July 1, 2012 to the e-Laws currency date.

RULE 24.1 MANDATORY MEDIATION PURPOSE

24.1.01 This Rule provides for mandatory mediation in specified actions, in order to reduce cost and delay in litigation and facilitate the early and fair resolution of disputes. O. Reg. 453/98, s. 1; O. Reg. 198/05, s. 2; O. Reg. 438/08, s. 15.

Anche se la Corte può emettere un ordine che costituisce eccezione al principio generale.

EXEMPTION FROM MEDIATION

24.1.05 The court may make an order on a party's motion exempting the action from this Rule. O. Reg. 453/98, s. 1.

In Ontario dal 18 luglio 2011 è pure obbligatoria la sessione informativa in materia di divorzio. <http://pswlaw.ca/2011/07/ontario-rolls-out-procedural-reform-on-family-law/>

²⁴ La mediazione **preventiva obbligatoria** è legge dal 15 settembre 2009. <http://hsf-adrnotes.com/2009/11/04/dubai-compulsory-mediation-to-be-introduced/>

²⁵ Il 12 settembre 2012 sono state presentate nuove norme delle Corti (le precedenti erano del 2004) che prevedono una mediazione preventiva obbligatoria. <http://hsf-adrnotes.com/2012/09/22/new-lagos-high-court-rules-make-adr-compulsory/>

- Ghana²⁷,
- Capo Verde, Egitto, Gambia, Guinea-Bissau, Malawi²⁸,
- Mauritius²⁹,
- Lesoto³⁰,
- Namibia³¹,
- Ruanda³²,
- Sierra Leone³³,
- Sudafrica³⁴,
- Uganda³⁵,
- Zimbabwe³⁶.

La Costituzione delle Cina³⁷ prevede che venga **creato obbligatoriamente** un sistema di **mediazione**³⁸; e la **mediazione obbligatoria** in tema di **divorzio**³⁹ e di **lavoro**⁴⁰; si sta

²⁶ Sussiste la mediazione obbligatoria in materia di lavoro e in quanto pattuita con clausola contrattuale.

²⁷ Obbligo di mediare per 30 giorni su ordine del giudice.

²⁸ La mediazione può essere obbligatoria con la predisposizione di clausola contrattuale.

²⁹ È disposta dal Presidente della Corte nel caso lo ritenga opportuno.

³⁰ Mediazione preventiva obbligatoria.

³¹ In materia di lavoro vi è un tentativo di conciliazione obbligatorio nel caso in cui si scelga l'arbitrato.

³² Mediazione obbligatoria in materia di lavoro e quella prevista con clausola contrattuale.

³³ Vi è una fase di pre-trial in materia commerciale in cui si tenta obbligatoriamente di risolvere la controversia.

³⁴ La mediazione è obbligatoria in materia civile e commerciale

³⁵ Davanti alla Corte commerciale è obbligatoria la court-annexed mediation.

³⁶ Vi è una pre-trial conference obbligatoria in cui le parti tentano la mediazione. Cfr. *Africa: approaches to ADR in arbitration and litigation proceedings*, in <http://hsf-adrnotes.com/2012/09/22/africa-approaches-to-adr-in-arbitration-and-litigation-proceedings/>

³⁷ I Cinesi (e i Coreani) peraltro hanno un istituto che si definisce in inglese ARB-MED nel senso che prima si introduce l'arbitrato e poi sono gli arbitri che mediano o conciliano a seconda del caso; si tratta di un unico procedimento anche in termine di costi e non di due fasi distinte. L'eventuale accordo è incorporato nel lodo e può essere reso esecutivo (a differenza dell'accordo in mediazione che non può essere reso esecutivo). GU XUAN, *The Combination of Arbitration and Mediation in China Research Paper on Arbitration Law, may 2008* in http://www.unige.ch/droit/mbi/upload/pdf/Gu_Xuan_s_paper.pdf

³⁸ "Mediation has a long history in China, and the constitution of the People's Republic of China even mandates a mediation system: 'residents' and village committees shall establish sub-committees for public mediation, security, and health in order to manage public affairs and social services in their area, mediate civil disputes, help maintain public order, and convey the opinions and requests of the residents to the people's government along with suggestions for improvement.' Until recently, however, there has been no law for the implementation of a mediation system, only administrative rules, such as the Rules on People's Mediation issued by the Ministry of Justice in 2002. Moving to fill that gap, the Standing Committee of the National People's Congress has enacted the People's Mediation Law (Mediation Law), which took effect on January 1, 2011". Cfr. F. B. DANIELS, Y. LI and W. YAN, *PRC People's Mediation Law*, in <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ac73c8b6-a6ef-4ff1-bda5-2d2a28d853b4>

peraltro lavorando all'obbligatorietà nel settore del **consumo** e alla **mediazione obbligatoria preventiva**⁴¹; dal 2011 si è prevista una **mediazione obbligatoria preventiva** per le controversie sino a 3000 \$.⁴²

Hanno poi forme di negoziazione obbligatorie o di ADR in Europa (conciliazione, mediazione familiare, arbitrato, mediazione delegata ecc.):

- **Francia**⁴³,
- **Inghilterra**⁴⁴,
- **Belgio**⁴⁵,
- **Danimarca**⁴⁶,
- **Svezia**⁴⁷,
- **Estonia**⁴⁸,
- **Norvegia**⁴⁹,
- **Grecia**⁵⁰,
- **Slovenia**⁵¹,

³⁹ C. R. CHYI, *Lessons from China?: Keeping Divorce Rates Low in the Modern Era*, 23 Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. LJ 285. Le Corti generalmente non esaminano il ricorso per divorzio se le parti non sono andate dal mediatore.

⁴⁰ Dal 30 novembre 2011. Cfr. <http://www.ihlo.org/LRC/W/000112.html>

⁴¹ L'università Cinese sta spingendo per la mediazione obbligatoria in materia di consumo. Cfr. K. LING-ZHANG, *Compulsory Mediation: Institutional Choice for the Settlement of Consumer Disputes* – – From the perspective of the empirical research, in http://en.cnki.com.cn/Article_en/CJFDTOTAL-HBFX201009005.htm

Nel marzo 2012 è stato votato un emendamento al Codice di procedura civile cinese che così recita: “*La mediazione sarà adottata per le dispute civili prima che sia portata davanti alle Corti del popolo*”, ma gli studiosi ritengono che non possa essere di diretta applicazione nella pratica perché troppo astratta. Cfr. X. SHAO-JING, *On Constructing of Civil Pretrial Mediation Procedure*, in http://en.cnki.com.cn/Article_en/CJFDTOTAL-HDLB201203013.htm

⁴² Presente anche in **Taiwan** sotto ai NT\$100,000 . Investment Climate Advisory Services of the World Bank Group, *Alternative Dispute Resolution Center Manual: a Guide*, op. cit., p. 11.

⁴³ Conciliazione preventiva, conciliazione delegata e mediazione in materia di separazione; conciliazione locazione, vendita diretta e pubblicità.

⁴⁴ Con riferimento alla mediazione in riferimento ai prodotti finanziari e alla sessione informativa in caso di divorzio.

⁴⁵ La mediazione è obbligatoria per le industrie in diversi settori: telecomunicazioni, assicurazioni, poste, diritti dell'infanzia, rapporti con il governo, rapporto con le istituzioni dell'Unione Europea, banche, energia, collocamento privato, pensioni, prodotti finanziari.

⁴⁶ La conciliazione è obbligatoria per le imprese nel settore del turismo in merito ai viaggi e all'alloggiamento e nel settore dei mutui ipotecari .

⁴⁷ La conciliazione è obbligatoria per la locazione commerciale.

⁴⁸ In materia di assicurazione l'arbitrato è obbligatorio per le imprese.

⁴⁹ Tentativo preventivo di conciliazione.

⁵⁰ Tentativo preventivo di conciliazione.

- **Repubblica Ceca**⁵²,
- **Finlandia**⁵³,
- **Cipro**⁵⁴.

Si può rilevare inoltre ed in via generale che in Europa, **anche nel settore del consumo** dove operano spesso e per fortuna vari *Ombudsman*, si va avanti a forza di provvedimenti che in qualche modo **vincolano le parti forti** del rapporto: chi non adempie alle raccomandazioni, pareri o delibere dell'Autorità corrisponde, in alcune nazioni, **il costo del procedimento di reclamo** ed in altri finisce su una sorta di "libro nero" del Ministero dell'Economia⁵⁵.

Né possiamo sostenere che questi interventi dei legislatori stranieri siano **contingenti ed estemporanei**: dall'età Barocca sino alla caduta di Napoleone la conciliazione è sempre stata **obbligatoria**.

In Francia vi sono state ben tre costituzioni⁵⁶ che hanno disposto **l'obbligatorietà della mediazione** ed anche negli **Stati Uniti** a metà dell'Ottocento è partito un processo di **costituzionalizzazione**⁵⁷.

La mediazione obbligatoria è dunque anche un parto della **democrazia moderna**.

Gli stessi **Portoghesi** che oggi hanno cambiato parere avevano a metà del secolo XIX un arbitrato obbligatorio anticipato da conciliazione in materia mercantile.

Un'altra cosa che dicono i **Portoghesi** è che l'obbligatorietà è sì resa **possibile** dalla direttiva 52/08⁵⁸, ma contrasta sia con l'art. 6 della **Convenzione dei diritti dell'uomo**⁵⁹ e

⁵¹ Partecipazione obbligatoria a sessione informativa su richiesta del giudice

⁵² Sessione informativa in materia di affidamento dei figli minori.

⁵³ Tentativo di conciliazione in materia di consumo.

⁵⁴ Per le controversie di lavoro.

⁵⁵ V. ad esempio il caso della Danimarca.

⁵⁶ 1791, 1793, 1795.

⁵⁷ Tra il 1846 ed il 1851 negli Stati Uniti il principio della conciliazione venne costituzionalizzato in diversi Stati: New York, Wisconsin, in California, Michigan, Ohio e Indiana. Cfr. HEBER SMITH - J. SAEGER BRADWAY - W. HOWARD TAFT, *Growth of legal aid work in the United States: a study of our administration of justice primarily as it affects the wage earner and of the agencies designed to improve his position before the law*, Government Print Office, Washington, 1926, p. 32.

⁵⁸ Due provvedimenti in itinere in Europa, prevedono la stessa formulazione della direttiva 52/08

⁵⁹ ARTICOLO 6

Diritto a un equo processo

1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa

sia contro il loro articolo 20 della loro Costituzione che prevede - in modo analogo al nostro articolo 24 - la garanzia dell'accesso alla giustizia⁶⁰.

La contrarietà all'art. 6 della Convenzione viene in genere dedotta da una pronuncia degli anni '80⁶¹ con cui la **Corte di Strasburgo** ha sentenziato che il diritto all'accesso alla giustizia può essere derogato, ad esempio attraverso al predisposizione di una **clausola arbitrale**, ma che questa deroga deve essere valutata con particolare attenzione, per garantire che il soggetto **non sia soggetto a vincoli**.

A ciò si è aggiunto il **Libro Bianco** (2003)⁶² che in sostanza ha precisato che il segno distintivo e forse l'efficacia della mediazione riposa proprio nel carattere volontario e non vincolante, per cui una corte non potrebbe disporre una mediazione, **ma soltanto incoraggiarla**.

Vi è poi stata la pronuncia di una Corte inglese del 2004⁶³, su cui ci diffonderemo in seguito, che ha stabilito un'equazione tra la **clausola arbitrale** richiamata dalla Corte di Strasburgo e l'**ADR costringitivo, anche se imposto da una Corte**.

Molta acqua è passata sotto i ponti in Europa e nel Mondo da allora: vi sono oggi **mediazioni delegate obbligatorie** così come **mediazioni preventive obbligatorie**; e l'equiparazione tra clausola arbitrale e mediazione come condizione di procedibilità, sinceramente io non riesco a vederla.

penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

⁶⁰ "Article 20

(Access to law and effective judicial protection)

1. *Everyone shall be guaranteed access to the law and the courts in order to defend those of his rights and interests that are protected by law, and justice shall not be denied to anyone due to lack of financial means.*

2. *Subject to the terms of the law, everyone shall possess the right to legal information and advice, to legal counsel and to be accompanied by a lawyer before any authority.*

3. *The law shall define and ensure adequate protection of the secrecy of legal proceedings.*

4. *Everyone shall possess the right to secure a ruling in any suit to which he is a party, within a reasonable period of time and by means of fair process.*

5. *For the purpose of safeguarding personal rights, freedoms and guarantees and in such a way as to secure effective and timely judicial protection against threats thereto or breaches thereof, the law shall ensure citizens judicial proceedings that are characterised by their swiftness and by the attachment of priority to them".*

⁶¹ **Deweert contro Belgio** (1980) 2 439 EHRR. <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1980/1.html>

⁶² Civil Procedure, Sweet & Maxwell (2003) Paragrafo 1.4.11. Si tratta della pubblicazione delle Civil Procedure Rules 1998 (CPR) con ampio commento e materiale aggiuntivo.

⁶³ **Halsey v Milton Keynes NHS Trust- Steel v Joy and Halliday** (May 2004).

Vi è anche da dire che in passato **era controverso** che le clausole di mediazione contenute nei contratti fossero **vincolanti**, mentre oggi è pacificamente ammesso; vedi da ultimo in merito ad esempio la **legislazione spagnola**⁶⁴.

Aggiungerei che la **legge Pinto** da ultimo emendata⁶⁵ prevede che nell'accertare la violazione il giudice valuta la complessità del caso, l'oggetto del procedimento, il comportamento delle parti e del giudice durante il procedimento, nonché quello di ogni altro soggetto chiamato a concorrervi o a contribuire alla sua definizione e **dunque anche del mediatore** ma aggiunge che *“Si considera rispettato il termine ragionevole di cui al comma 1 se il processo non eccede la durata di tre anni in primo grado, di due anni in secondo grado, di un anno nel giudizio di legittimità... Si considera comunque rispettato il termine ragionevole se il giudizio viene definito in modo irrevocabile in un tempo non **superiore** a sei anni”*⁶⁶.

E dunque non si comprende davvero ragionevolmente quale **lesione del termine ragionevole** - perdonate il bisticcio di parole - possano causare i **quattro mesi** della procedura su un primo grado di **tre anni**, peraltro quando non si gode nemmeno della **sospensione feriale del termine** (sic!).

Mi pare che quando si parli di **giusto equilibrio** tra mediazione e processo si debba anche valutare il tempo che viene messo a disposizione dell'una e dell'altro.

Ma i Portoghesi aggiungono che sono comunque possibili dei **correttivi**⁶⁷ **alla lesione dell'art. 6 della Convenzione**, tra i quali la mediazione obbligatoria ristretta ad alcune aree che non escluda l'accesso alla giustizia: questa è proprio la soluzione che è stata adottata dal decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28.

⁶⁴ Art. 6 2. Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

« Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste.”

⁶⁵ D.L. 22 giugno 2012 n. 82.

⁶⁶ Art. 2 ter Legge - 24/03/2001 , n. 89 e successive modificazioni.

⁶⁷ A mediation “try-out” as a necessary step before resorting to the justice legal system

Mandatory session of information on mediation before being able to resort to the justice legal system (Ursula Caser)

Se ci soffermiamo invece sulle pronunce di incostituzionalità della mediazione obbligatoria si può dire che appartengono a tre Stati, se escludiamo il nostro: al **Mozambico** nel 2012, all'**Austria** nel 1997⁶⁸ e all'**Inghilterra** appunto nel 2004.

In **Mozambico** che adotta la lingua portoghese, la Consulta ha dichiarato la mediazione obbligatoria "materialmente" incostituzionale, ma le parti sociali stanno cercando di risolvere il problema come in Italia perché era uno strumento **molto utile**⁶⁹.

La sentenza austriaca del 1997 riguarda invece la **mediazione familiare**⁷⁰; l'Austria ha una mediazione volontaria, ma in alcuni settori la conciliazione⁷¹ e la mediazione⁷² sono **obbligatorie**: il tutto dipende dunque da una valutazione per materia e comunque, anche con riferimento alla **mediazione familiare**, in Europa ci sono molti stati che spingono per l'obbligatorietà e tra questi vi è la stessa Inghilterra e soprattutto citerei la **Repubblica Ceca** che prevede una norma di **segno contrario** proprio nel settore dell'affidamento dei figli affrontato dalla Suprema Corte austriaca.

Resta la già citata pronuncia inglese del 2004 della **Supreme Court of Judicature Court of Appeal** (Civil division)⁷³ che cerca di rispondere a questa domanda: *"Quando la corte dovrebbe imporre la sanzione dei costi al litigante vincitore sulla base del fatto che ha rifiutato di prendere parte ad un ADR?"*⁷⁴.

⁶⁸ Austrian Superior Court 17 luglio 1997.

⁶⁹ Ruling on mandatory mediation AIM

The Constitutional Council recently concluded that a provision of the Labour Law making mediation a prerequisite for a case to proceed to labour court is "materially unconstitutional." Social partners attacked the council for issuing language that appeared to outlaw the Labour Dispute Mediation and Arbitration Commission. Tripartite negotiations to clarify this matter are expected to result in a constitutional amendment enshrining both arbitration and the labour courts.
<http://www.mercer.com/newsletters/1452630>

⁷⁰ La vicenda riguardava due genitori che si disputavano il figlio.

⁷¹ Per le controversie in tema di locazione ed in tema di proprietà immobiliare anche pubblica.

⁷² Per le liti di vicinato.

⁷³ **Halsey v Milton Keynes NHS Trust- Steel v Joy and Halliday** (May 2004). Gli Inglesi non hanno una Corte Costituzionale. I casi riguardavano la mediazione in tema di responsabilità medica e sinistro stradale. Nel caso Halsey C era morto nell'ospedale D probabilmente per un tubo di alimentazione che non era stato inserito correttamente nel naso. L'ospedale aveva rifiutato di mediare con gli eredi della vittima.

Nel caso Steele, C a seguito di un sinistro stradale aveva rifiutato un'offerta di mediazione.

⁷⁴ *"when should the court impose a costs sanction against a successful litigant on the grounds that he has refused to take part in an alternative dispute resolution ("ADR")?"*

Dobbiamo però sottolineare che ci sono state delle decisioni di senso contrario:

McMillan Williams v Range 2004 con la quale sono stati sanzionati sia attore sia il convenuto che si erano rifiutati di mediare.

Dunnett v Railtrack 2002 con cui è stato riconosciuto al vincitore il pagamento delle spese perché aveva rifiutato categoricamente di mediare.

Con questa sentenza è (almeno provvisoriamente) finita nel Regno Unito l'era della **mediazione obbligatoria inglese** che peraltro era durata pochi mesi; è iniziata però quella della mediazione **raccomandata** dalle Corti.

Il Portogallo che, come abbiamo visto, non condivide la mediazione obbligatoria risponde al quesito della Corte Inglese con una norma del codice di procedura Civile assai perentoria. Art. 447.^o - D (Costi delle parti) *"È stabilito che i costi propri dell'attore sono sopportati da lui se, messo in grado di fare ricorso ai metodi alternativi di risoluzione delle dispute, egli ha scelto di non farlo"*⁷⁵.

E dunque pur avendo una **mediazione volontaria** i Portoghesi non transigono sulla mancata partecipazione. Così potremmo dire anche, ad esempio, per la legislazione di **Honk Hong** in vigore dal 2010: chi si rifiuta di mediare corre un alto rischio di essere sanzionato in tema di spese dalla Corte⁷⁶.

Di diverso avviso è la Corte inglese⁷⁷.

Cable & Wireless v IBM United Kingdom Ltd 2002 in merito ad una clausola di mediazione riconosciuta come vincolante.

In senso conforme a **Halsey v Milton Keynes NHS Trust- Steel v Joy and Halliday** è **Hurst v Leeming 2002**, ma qui l'onere della prova è a carico di chi ha rifiutato mentre in **Halsey v Milton** è a carico del chiamante in mediazione.

⁷⁵ Dobbiamo però aggiungere che la norma è in attesa di attuazione regolamentare e quindi allo stato non è direttamente applicabile.

⁷⁶ "Practice Direction 31 (PD 31), which went into effect on January 1, 2010, aims to encourage parties to settle disputes through mediation. It applies to all civil proceedings in the Court of First Instance and the District Court that have been commenced by writ. According to the CJR, parties are required to complete a timetable questionnaire that indicates to the court whether or not they have attempted to settle the case through alternative dispute resolution – eg, mediation. If any party is unwilling to attempt mediation, it will run the risk of judicial censure, and adverse cost orders may be imposed by the court on a party that has "unreasonably failed to engage in mediation." N. ROSE LLP, J. JAMES, R. COWLEY e N. CATON, *Hong Kong's civil justice reform*, <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4348514a-de1f-47d7-a90f-4d6f0508e6d8>

⁷⁷ This decision establishes three new principles which lawyers should note:

1. "The value and importance of ADR have been established within a remarkably short time. All members of the legal profession who conduct litigation should now routinely consider with their clients whether their disputes are suitable for ADR."
2. "The fundamental principle is that [a] departure [from the general rule that costs follow the event] is not justified unless it is shown (the burden being on the unsuccessful party) that the successful party acted unreasonably in refusing to agree to ADR."
3. "The fact that a party unreasonably believes that his case is watertight is no justification for refusing mediation. But the fact that a party reasonably believes he has a watertight case may well be a sufficient justification for a refusal to mediate." <http://consensusmediation.co.uk/mediationnews.html>

Il Giudice inglese in primo luogo assume che **tutti gli avvocati che conducono una lite dovrebbero oggi pensare ordinariamente a considerare con i loro clienti se le loro dispute sono adatte per la mediazione.**

Su questa base il 22 aprile del 2005 il Comitato della *Law Society's civil litigation* ha emesso un “*practice advice*” sugli ADR destinato a tutti gli avvocati di Inghilterra.

Sarebbe auspicabile che anche il nostro CNF si facesse latore di una tale indicazione nei confronti degli avvocati italiani, a prescindere dal fatto che ritorni o meno la mediazione come condizione di procedibilità.

Aggiunge però la Corte che la **deviazione** dal principio generale che le spese seguono la **soccombenza**⁷⁸ dovrebbe essere **una eccezione**⁷⁹ alla regola che non è giustificata a meno che non sia dimostrato dall'altra parte che **il vincitore della causa** ha rifiutato irragionevolmente di aderire all'ADR.

Il fatto che una parte creda **irragionevolmente** che il suo caso sia “blindato” ossia di aver ragione inoppugnabilmente, **non è una giustificazione sufficiente** per rifiutare la mediazione. Ma il fatto che una parte creda **ragionevolmente di aver ragione** può essere una sufficiente ragione per rifiutare la mediazione.

La parte che **rifiuta l'ADR** può dire di aver agito in modo **ragionevole** se sussiste un motivo inerente a qualsiasi dei seguenti fattori:

- La **natura della disputa**, dal momento che non tutti i casi sono adatti alla mediazione; quando ad esempio vuol essere stabilito un principio da applicare nelle altre dispute;
- Il **merito della causa**, dal momento che una parte che crede ragionevolmente di avere una posizione inoppugnabile può rifiutarsi di mediare, mentre una parte che tiene irragionevolmente questo punto di vista non può essere giustificato;
- La **misura di tutte le alternative** al processo che si sono già tentate⁸⁰;

⁷⁸ “The general rule is that the unsuccessful party is ordered to pay the costs of the successful party (CPR 44.3(2)(a))”

⁷⁹ “...but (b) the court may make a different order”. CPR 44.3(4) provides that “in deciding what order (if any) to make about costs, the court must have regard to all the circumstances, including-(a) the conduct of the parties”. Rule 44.3(5) provides that the conduct of the parties includes “(a) conduct before, as well as during, the proceedings and in particular the extent to which the parties followed any relevant pre-action protocol”.

⁸⁰ Anche se lo stesso giudice inglese ha osservato che spesso la mediazione ha successo laddove altri metodi falliscono (“But it is also right to point out that mediation often succeeds where previous attempts to settle have failed”).

- I **costi** dell'ADR. In molti casi i costi sono modesti, specie se confrontati con quelli di un lungo processo; ma per i casi di basso valore il costo può essere sproporzionato (v. dunque il **parere della Commissione Europea** nelle osservazioni per la Corte di Giustizia);
- L'**effetto dannoso** che può derivare dal ritardo legato ad un procedimento di ADR, specie quando la data del processo è imminente: ricordiamo che in Inghilterra il vero e proprio **trial** dura però **una giornata**.
- Se l'ADR non ha ragionevoli possibilità di successo.
- Se, e **quanto robustamente**, il procedimento di ADR è stato incoraggiato dalla Corte⁸¹.

Un ex Lord Cancelliere, **Philips**, in una conferenza a **Nuova Delhi** nel 2008 ha dichiarato quanto segue: " Un ordine della Corte a mediare si limita a **ritardare brevemente** lo stato di avanzamento del processo e **non priva** una parte di qualsiasi diritto a un processo" ... "La mediazione è ordinata in molti giurisdizioni che **non hanno avuto ripercussioni significative sulle prospettive di successo** ".

Philips ha descritto inoltre come "**follia**" sostenere "la spesa considerevole del contenzioso senza fare un deciso tentativo di raggiungere una composizione amichevole"⁸².

Prima di lui **Voltaire** nel 1742 aveva peraltro affermato lo stesso concetto in una celebre lettera: *"La miglior legge ed utile usanza che io abbia mai veduto, sta in Olanda; ove quando l'un contro l'altro due uomini vogliono litigare, sono obbligati ad andare dapprima dinanzi al tribunale de' giudici conciliatori chiamati, fattori di pace... I fattori di pace dicono alle parti:<<Voi siete dei grandi pazzi nel voler consumare il vostro denaro per rendervi scambievolmente infelici; noi vi accomoderemo senza costarvene nulla.>> Che se la forza del cavillare è troppo viva in questi contendenti, li rimanda ad altro giorno, affinché il tempo lenisca i sintomi della loro malattia; indi i giudici li mandano a chiamare una seconda ed una terza volta, ma se la loro follia è incurabile, si*

⁸¹ Questi sono fattori importanti da considerare, ma siccome l'onere della prova incombe al soccombente il vincitore rischia seriamente di dover affrontare dei costi.

⁸² "Lord Phillips, the former lord chief justice, refuted these contentions at a Delhi Conference in 2008, stating "court ordered mediation merely delays briefly the progress to trial and does not deprive a party of any right to trial"... "Mediation is ordered in many jurisdictions without materially affecting the prospects of success". He described it as "madness" to incur "the considerable expense of litigation....without making a determined attempt to reach an amicable settlement". P. RANDOLPH, Compulsory mediation, 27 luglio 2011, in http://www.civitas.in/legal_solutions/articles/11/Compulsory_Mediation

permette loro di litigare, siccome si abbandonano all'amputazione del chirurgo le membra cancrenate: allora la giustizia prende il suo impero"⁸³.

Il Ministro inglese della giustizia in carica, Kenneth Clark, **sembra condividere** la posizione dell'ex Cancelliere dato che sta pensando di inserire la mediazione obbligatoria nel Regno Unito almeno per la *small claim track* innalzando la soglia a 25.000 sterline⁸⁴.

Intanto il 12 aprile 2012 è partito un programma pilota che durerà un anno di mediazione obbligatoria che riguarda, a meno che il giudice non disponga eccezionalmente in modo diverso, le lesioni personali e i reclami contrattuali sotto le **100.000 sterline**⁸⁵.

E il 1° ottobre 2012 con un emendamento al CRP⁸⁶ si è stabilito per un periodo di 6 mesi che la *County Court Money Claims Centre (CCMCC)* invii direttamente in mediazione allo *Small Claims mediation services* i casi⁸⁷ che rientrano nella *small claims track* (>di 5000 £), ove le parti abbiano entrambe dichiarato nel **questionario di allocazione**⁸⁸ alla Corte di essere disponibili a mediare.

Le cose stanno cambiando dunque anche nel Regno di Sua Maestà.

Ciò che sta accadendo in Italia oggi non va d'altro canto **demonizzato**: è per così dire una occasione per **migliorare** il meccanismo, anche perché siamo tutti convinti che se al conflitto subentra il confronto ed il dialogo **possono nascere grandi opportunità**.

La critica all'obbligatorietà del resto **non è una peculiarità** del nostro paese, ha trovato campo in diverse parti del mondo e va dunque presa in modo costruttivo.

L'esempio più recente che si può fare è appunto quello dell'**Inghilterra** ove in questi mesi il dibattito è assai vigoroso: si afferma tra le altre cose che i mediatori **non sarebbero**

⁸³ F.-M. AROUET, *Fragments d'une lettre sur un usage très utile établi in Hollande, 1742*, in *Oeuvres complètes de Voltaire avec des remarques et des notes historiques, scientifiques et littéraires ...: Politique et législation*, Tome I, Baudouin frères, Paris, 1827, p. 29. Ne dà notizia tra gli altri A. SCIALOJA, *Commentario al Codice di procedura civile per gli Stati sardi*, vol I parte II, *Procedura davanti ai giudici di mandamento*, Unione Tipografica Editrice, Torino, 1857, p. 110.

⁸⁴ Non la pensava così per la verità nemmeno il Lord Cancelliere nel 2001 ("7. We are also mindful of the position which has been taken by Government on this issue. Thus, in March 2001, the Lord Chancellor announced an "ADR Pledge" by which all Government departments and Agencies made a number of commitments including that: "Alternative Dispute Resolution will be considered and used in all suitable cases wherever the other party accepts it". *Halsey v Milton Keynes NHS Trust- Steel v Joy and Halliday* (May 2004)).

⁸⁵ 125.000 circa. Cfr. <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=dc83c0c5-d59b-4fe0-8606-2>

⁸⁶ Il cinquantanovesimo (Amendments to PD51H (The Mediation Service Pilot Scheme). <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/practice-direction-51h-the-mediation-service-pilot-scheme&usg=ALkJrhhZt4EZuyQ7kqj7cwwI7QT0ZiPA3w>

⁸⁷ Non se riguardano però lesioni personali e sinistri stradali (rule 1.4).

⁸⁸ V. il precedente contributo in questo sito sulla mediazione nel Regno Unito.

sufficientemente preparati ad affrontare una mediazione obbligatoria, che la **mediazione obbligatoria** potrebbe ledere il prestigio delle Corti, che la mediazione, a detta dei mediatori statunitensi non darebbe garanzie di essere lo strumento più adeguato ad affrontare **i rapporti commerciali**⁸⁹; obiezioni analoghe sulla cui buona fede e serietà non è produttivo dibattere, ci sono state nel passato anche in **Pakistan**, piuttosto che in **Colombia**.

Si tenga anche conto che tale atteggiamento riposa spesso sui fatti e non su petizione di principio: ci sono Paesi ove effettivamente la **mediazione facoltativa**, sia giudiziale sia stragiudiziale, funziona bene e dunque non si comprende perché cambiare un **modello collaudato**.

Ma da noi invece e purtroppo ciò **non è sostenibile** e per vari motivi.

Restano comunque i fatti con cui confrontarci: oggi **gli investimenti** sono indirizzati verso quei paesi che possiedono **un sistema diversificato** che consente anche di affrontare e superare la conflittualità secondo modelli negoziali.

⁸⁹ Cfr. J. AMES, *Dangers of compulsory mediation*, 9 February 2012, <http://www.thetimes.co.uk/tto/law/article3313514.ece>