

AURA ESTHER VILALTA

Mediazione in diritto comparato. L'esperienza della Catalogna

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Le diverse aree geografiche di studio. - 2.1. USA. - 2.2. Australia e Nuova Zelanda. - 2.3. America Latina. - 2.4. Asia. - 2.5. Europa. - 2.6. Le Nazioni Unite. - 3. I modelli normativi della mediazione. - 3.1. La nozione. - 3.2. I principi della mediazione. - 3.3. Il valore attribuito ai risultati della mediazione. - 4. La "comprensione" del fenomeno della mediazione. - 4.1. Culture, tradizioni e sistemi giuridici. - 4.2. Contesto giuridico. - 5. Studio comparativo con la Spagna e la Catalogna. - 5.1. La Spagna. - 5.2. La Catalogna. - 5.3. Esercizi comparativi. - 6. Alcune idee conclusive.

1. *Introduzione*

Il fenomeno della mediazione è penetrato negli ultimi anni capillarmente in tutte le aree socio-economiche.

Le ragioni che potrebbero spiegare il crescente interesse e l'introduzione della mediazione sono molto eterogenee, così come espresse dalla vasta letteratura prodotta negli ultimi anni: (i) la velocità con cui gli individui possono risolvere le loro controversie; (ii) la possibilità di controllare il processo e il suo ritmo, favorendo la riduzione dei tempi; (iii) l'ausilio di terzi esperti; (iv) la riduzione significativa dei costi; (v) la possibilità di ridurre i rischi di una soluzione insoddisfacente e la progettazione di una soluzione personalizzata; (vi) il controllo dei flussi informativi; (vii) la riservatezza garantita dal procedimento; (viii) la fiducia che la risoluzione non costituisce un precedente; (ix) il mantenimento delle relazioni in futuro; (x) la deflazione del carico giudiziario (Galanter & Lander, 1992). L'aumento del contenzioso, la sua complessità, l'eccessiva durata dei processi, i costi sproporzionati sono fattori da considerare.

In parallelo, v'è chi ha sottolineato alcuni svantaggi nella mediazione e le perplessità suscitate dalla disparità di potere delle parti in molti casi

dizione del *common law*. La mediazione, insieme agli altri strumenti di risoluzione delle controversie, ha una presenza significativa nel settore civile, commerciale e del lavoro, soprattutto dopo il 1960. Secondo la relazione della *Justice Administrative Commission*, il crescente numero di azioni legali ha comportato un rilevante sovraccarico delle corti. Da ciò il luogo comune di una necessaria riforma del sistema giudiziario, con il Congresso che ha approvato programmi pilota per lo sviluppo di ADR.

Fin dalla loro creazione, questi metodi di risoluzione hanno diviso il mondo accademico come risulta dalla letteratura degli ultimi anni. Per una parte della dottrina (si veda, per tutti, Mattei e Nader, 2008), siffatti mezzi alternativi di giustizia, in quanto adottati dalle elites politiche ed economiche, diventano strumenti di giustizia corporativa non funzionalizzati ad un'idea di eguaglianza nella giustizia. La base di questo movimento critico si fonda sul fatto che questi metodi risolutivi possiedono un fondamento ideologico liberale.

Un momento chiave nel processo di sviluppo delle ADR negli Stati Uniti si ha nel 1976 con la *Pound Conference*, diretta dal Presidente della Corte Suprema, Warren Burger, e dal Professore Frank EA Sander della *Harvard Law School*. Ugo Mattei precisa, tuttavia, che, a quel tempo, i tribunali non stavano vivendo un periodo di sovraccarico di lavoro, e le ragioni per l'interesse di questi strumenti segue ad un aumento dei casi giudiziari in materia di diritti civili. Ad ogni modo, nel 1990, il *Civil Justice Reform Act* (CJRA) è stato approvato allo scopo di affrontare i gravi problemi derivanti dai costi e dai ritardi dei procedimenti in seno ai tribunali federali. Successivamente il Congresso ha proceduto ad approvare l'*Alternative Dispute Resolution Act* del 1998 e per il settore specifico della mediazione ha promulgato la *Uniform Mediation Act* del 2001. L'elemento chiave del varo di quest'ultima iniziativa legislativa è stato nel *privilege of confidentiality* e nella conseguente segretezza e riservatezza di conversazioni, informazioni o condotte delle parti interessate.

Un'altra caratteristica importante della mediazione negli Stati Uniti è la sua natura consensuale. Anche se i giudici possono sollecitare le parti a partecipare ad una mediazione, queste ultime hanno sempre il potere di decidere se partecipare. Uno studio condotto dal *National Center for State Courts-State Justice Institute* rivela che i programmi volontari di mediazione hanno un più alto tasso di accordo e di soddisfazione rispetto a quelli in cui la mediazione sia obbligatoria (Pávez Vargas, 2008). Va

(Mattei, 2007). Così, la disparità di accesso ai servizi di informazione e di qualità, l'indebolimento della tutela delle classi più vulnerabili, la scelta delle regole, la quale offrirebbe vantaggi alla parte in migliore posizione o che è avvezza a questi sistemi di risoluzione. Le critiche si estendono anche al fatto che molte controversie non possono essere risolte amichevolmente dalle parti, allorché esista uno squilibrio di carattere strutturale. Questi metodi favoriscono diseguaglianze distributive e in alcuni casi promuovono più l'uniformità che la diversità delle opinioni.

Una posizione intermedia considera la mediazione non un metodo alternativo di risoluzione delle controversie, ma un sistema complementare ed utile, che collabora efficacemente con il sistema giurisdizionale, basato sull'attività di un terzo facilitatore, soggetto neutrale e che riequilibra le posizioni delle parti (Haley, 1978, Rees, 2010). Così, senza idealizzare o elevare lo Stato e le istituzioni pubbliche a unici baluardi a difesa dei valori e senza cercare, d'altro canto, di ridurre la presenza e l'intervento dei tribunali solamente a quei casi in cui appare evidente l'interesse pubblico, è evidente che questa posizione sostiene l'opportunità di integrare la mediazione come istituzione che contribuisce all'amministrazione della giustizia (Galanter e Lande, 1992; Cappelletti, 1978-79).

Attualmente la mediazione è ampiamente riconosciuta dai legislatori di molti paesi, a prescindere dalla loro appartenenza all'Unione europea, con la precisazione che i metodi di mediazione e ADR in generale rappresentano una priorità nell'ambito del programma di Stoccolma.

2. *Le diverse aree geografiche di studio*

Svolgendo la tassonomia un ruolo importante nella configurazione di ogni istituzione, essa ci permette di conferire il giusto ruolo ai diversi formanti legale, giurisprudenziale, dottrinale nonché alla prassi (Mattei, 2007). Siffatto approccio rivaluta i dati socio-economici appartenenti alle diverse aree geografiche.

2.1. *USA*

In questo paese la maggior parte dei suoi Stati appartengono alla tra-

(Mattei, 2007). Così, la disparità di accesso ai servizi di informazione e di qualità, l'indebolimento della tutela delle classi più vulnerabili, la scelta delle regole, la quale offrirebbe vantaggi alla parte in migliore posizione o che è avvezza a questi sistemi di risoluzione. Le critiche si estendono anche al fatto che molte controversie non possono essere risolte amichevolmente dalle parti, allorquando esista uno squilibrio di carattere strutturale. Questi metodi favoriscono diseguaglianze distributive e in alcuni casi promuovono più l'uniformità che la diversità delle opinioni.

Una posizione intermedia considera la mediazione non un metodo alternativo di risoluzione delle controversie, ma un sistema complementare ed utile, che collabora efficacemente con il sistema giurisdizionale, basato sull'attività di un terzo facilitatore, soggetto neutrale e che riequilibra le posizioni delle parti (Haley, 1978, Rees, 2010). Così, senza idealizzare o elevare lo Stato e le istituzioni pubbliche a unici baluardi a difesa dei valori e senza cercare, d'altro canto, di ridurre la presenza e l'intervento dei tribunali solamente a quei casi in cui appare evidente l'interesse pubblico, è evidente che questa posizione sostiene l'opportunità di integrare la mediazione come istituzione che contribuisce all'amministrazione della giustizia (Galanter e Lande, 1992; Cappelletti, 1978-79).

Attualmente la mediazione è ampiamente riconosciuta dai legislatori di molti paesi, a prescindere dalla loro appartenenza all'Unione europea, con la precisazione che i metodi di mediazione e ADR in generale rappresentano una priorità nell'ambito del programma di Stoccolma.

2. *Le diverse aree geografiche di studio*

Svolgendo la tassonomia un ruolo importante nella configurazione di ogni istituzione, essa ci permette di conferire il giusto ruolo ai diversi formanti legale, giurisprudenziale, dottrinale nonché alla prassi (Mattei, 2007). Siffatto approccio rivaluta i dati socio-economici appartenenti alle diverse aree geografiche.

2.1. *USA*

In questo paese la maggior parte dei suoi Stati appartengono alla tra-

notato, tuttavia, che per le questioni mediche, alcuni Stati, come Maryland, Wisconsin, Michigan, prevedono sistemi di ADR obbligatori.

La mediazione in questo paese ha una grande elasticità. Le parti possono utilizzare il processo di mediazione in generale, avviare, sospendere, richiedere informazioni, coinvolgere un terzo a partecipare, e anche chiedere ad un giudice di pronunciarsi su una questione sostanziale (Plant, 2001). Prima dell'inizio della mediazione, di solito, le parti concordano insieme le regole che governeranno il procedimento. Con la medesima libertà, ciascuna parte può decidere di interrompere in qualsiasi momento il procedimento di mediazione. Durante tutto il procedimento le parti si riservano il diritto in ogni momento di affrontare molti aspetti e problemi, riguardanti o non direttamente la materia del contendere oggetto della mediazione, a condizione ovviamente che siano di reciproco interesse.

Le questioni di imparzialità e di trasparenza relative ai mediatori e agli organismi di mediazione costituiscono un rilevante problema in questo paese, al punto tale che si sono moltiplicate le norme, le direttive e le raccomandazioni da parte di associazioni e centri di mediazione per garantire questi principi. Ad ogni modo, la trasparenza e la relativa *disclosure* delle informazioni che lo possono mettere in pericolo, rappresenta un altro degli elementi cardine utilizzato dal sistema per rafforzare la fiducia e la credibilità.

Studi legali di grandi dimensioni hanno incorporato programmi di mediazione per la loro attività professionale al fine di incoraggiare i professionisti ad utilizzarli anche dietro incentivi finanziari. Inoltre, le *Model Rules* di condotta professionale dell'ABA (come il Codice deontologico del CCBE) contengono una regola etica che impone agli avvocati di informare i clienti dell'esistenza e della possibilità di utilizzare metodi di risoluzione extragiudiziale delle controversie prima di procedere in via giurisdizionale (Mullerat, 2009).

Negli Stati Uniti la mediazione coesiste con una varietà di forme di composizione amichevole (come, ad esempio, la negoziazione o la conciliazione), in contraddittorio o inquisitorio (incluso l'arbitrato), e persino ibrida (med-arb, per esempio). Ciascuna tipologia è abbastanza precisa, non sorge confusione e l'uso dei termini è uniforme. La mediazione costituisce uno strumento diffuso, in quanto siffatta misura è stata implicata in una significativa politica di riduzione dei costi e dei tempi. A sua volta,

i contendenti hanno più rispetto per gli accordi, in quanto essi rispettano le loro particolari esigenze.

Negli Stati Uniti la mediazione è sviluppata principalmente da associazioni ed enti privati che implementano questa tipologia assieme a meccanismi alternativi. Ciò vale per l'*American Arbitration Association* (AAA), l'*Internet Bar Association*, l'*American Bar Association* (ABA), i *JAMS services*, il *CPR Institute for Dispute Resolution*, o la Corte internazionale di Arbitrato della Camera di Commercio Internazionale (ICC), fornitore leader di arbitrato e di servizi di mediazione per le imprese che operano a livello internazionale. Ogni organizzazione, associazione o camera ha definito le proprie regole, e alcune di esse anche *standards of practice*, *guidelines*, o *principles*. Questa attività è spesso condotta da esperti che offrono servizi di mediazione.

I programmi di mediazione coprono svariati settori come: la materia del diritto di famiglia (in particolare la separazione e il divorzio), i conflitti industriali, i conflitti fra scuole pubbliche e agenzie pubbliche, il commercio del settore automobilistico e l'industria; la mediazione tra pari a scuola, il rapporto tra vittima e il suo aggressore; i contratti di costruzione, i conflitti nascenti dalla responsabilità per negligenza, i conflitti derivanti da attività agricole ecc.

2.2. Australia e Nuova Zelanda

Le prime forme di mediazione e di risoluzione alternativa delle controversie in Australia e Nuova Zelanda trovano applicazione negli anni Settanta e nei primi anni Ottanta. La mediazione, tuttavia, era comune molto prima di allora tra le comunità indigene di entrambe le nazioni. Entrambi i paesi appartengono alla tradizione giuridica del *common law* e hanno un sistema giuridico che mescola elementi del sistema costituzionale di Westminster e con altri degli Stati Uniti.

La mediazione di regola si è sviluppata in questi paesi, sia a livello teorico che pratico, in svariati settori, è molto ben accettata socialmente e gode di una interoperabilità con il sistema giudiziario. Si parla negli ultimi tempi dell'emergere di un "*Commonwealth Law*" tra alcune *ex* colonie del primo impero britannico: Nuova Zelanda, Australia e Canada (Nottage, 2002).

Come negli Stati Uniti, uno degli elementi-chiave della mediazione

in Australia è il dovere di riservatezza. La disciplina giuridica della mediazione è meno interventista, molto fluida e lascia la massima libertà alle parti di modellare il processo secondo le proprie esigenze.

La mediazione in Australia assume differenti tipologie: una importante distinzione è fra mediazione facilitativa e mediazione valutativa. Queste due forme coesistono con il fenomeno della conciliazione, sebbene la linea di confine non è sempre chiara. La dottrina tende ad utilizzare come parametro distintivo quello dell'intensità della partecipazione del terzo (neutrale). Più il terzo interviene e più si è vicini alla conciliazione. In questo paese è consuetudine per il terzo adottare metodi ibridi o assumere il ruolo di mediatore, conciliatore nonché arbitro senza ingenerare problemi etici.

Le riforme processuali finora operanti consentono i giudici di invitare o di imporre alle parti ad avviare un procedimento di mediazione da svolgersi fuori dal processo. Il mediatore è nominato in questi casi dalle parti e, in mancanza di accordo, è il giudice a provvedere alla nomina. A fine mediazione, il mediatore informa il giudice dei risultati, preservando la riservatezza di tutto ciò che è accaduto in mediazione.

La mediazione è ampiamente diffusa nei settori pubblico e privato; in particolare in materia familiare, nel settore delle costruzioni, in materia ambientale, sui problemi di discriminazione razziale e dei diritti umani, commerciali, dei consumatori, l'agricoltura, la responsabilità civile, il risarcimento danni in caso di responsabilità medica e in materia di eredità. È diffusa anche nei settori dell'industria e della scuola. Il ricorso alla mediazione si ha anche per affrontare la delicata area degli abusi sui minori, in particolare quando si verificano all'interno della famiglia. Un apposito dipartimento sviluppa un programma dedicato alla mediazione tra vittime e autori dei reati e, in generale, per la promozione della giustizia riparatoria.

2.3. America Latina

I metodi alternativi di risoluzione dei conflitti in America Latina hanno avuto una buona accoglienza nei vari governi che li hanno rapidamente introdotti come un pre-requisito necessario per la soluzione delle controversie giudiziarie. Avendo ereditato i modelli giuridici spagnolo e portoghese, i paesi latinoamericani appartengono al sistema di *civil law* e

hanno dimostrato di assorbire bene queste nuove forme di risoluzione delle controversie.

La natura consensuale della mediazione comporta, in questi paesi, che nessuno può essere obbligato a mediare. Una questione particolarmente importante per il corretto funzionamento della mediazione riguarda l'indipendenza degli organismi che la praticano. In molti paesi dell'America Latina gli accordi di mediazione risultano esecutivi.

In alcuni paesi v'è l'uso indifferenziato dei termini mediazione e conciliazione, mentre in altre si parla di conciliazione per riferirsi ad entrambi i fenomeni (es. Colombia, Bolivia, Cile, Argentina). Al contrario, il termine conciliazione viene sostituito dalla mediazione per comprendere entrambe le tipologie di facilitazione e di valutazione. In certi casi avviene un fenomeno di giustapposizione e di confusione terminologica. Il parametro comunemente usato per differenziare i termini mediazione e conciliazione, ossia la neutralità, intesa nel senso che il terzo non impone o suggerisce una possibile soluzione al caso, non appare visibile. In materia civile, il consolidamento di uno dei due termini, come un'espressione o una formula generica, è una realtà che provoca la progressiva scomparsa o assorbimento dell'altro termine.

Varie Camere di Commercio dei paesi latino-americani sono stati molto attivi e hanno preso molte iniziative in materia di arbitrato e mediazione, al fine di promuovere la fiducia delle imprese e degli investitori. Molti centri che forniscono servizi di arbitrato e mediazione sono collegati a queste Camere osservando i loro statuti e i loro regolamenti. Si deve anche sottolineare, in particolare, il servizio fornito dalla Banca di Sviluppo Inter-Americano (IDB) per la risoluzione delle controversie commerciali.

Il fenomeno della mediazione in America Latina si estende a questioni familiari e controversie di natura commerciale, in particolare concernenti le costruzioni, le assicurazioni o i servizi. I paesi aventi una legislazione specifica sulla mediazione e con programmi di formazione hanno ottenuto risultati molto incoraggianti.

2.4. Asia

I sistemi giuridici dei paesi asiatici formalmente appartengono alla tradizione giuridica di *common law*, anche se qualcuno, come il Giap-

pone, aderisce al modello di *civil law*. In questa area geografica vanno sottolineati due aspetti importanti: a) in primo luogo, la regione riunisce paesi che, nonostante quanto detto sopra, hanno adottato molte delle caratteristiche e dei tratti della tradizione giuridica continentale. b) In secondo luogo, a differenza di altri continenti, non si può parlare di un unico blocco di paesi dell'Asia, in quanto avvolge un numero vasto di nazioni che non formano un unico sistema e che presentano spesso differenze significative sotto i profili sociale, culturale, politico e storico. Ecco perché, in questo contesto geografico, non è possibile compiere una riflessione comune e globale della realtà culturale e socio-economica del fenomeno della mediazione.

Vivendo in Asia più di venti diverse giurisdizioni, una caratteristica comune di tutti i diritti è che l'ADR rappresenta l'ultima risorsa dei cittadini in caso di controversia. La cultura e le religioni in questi paesi hanno profondamente influenzato il modo di essere e di comportarsi della popolazione.

Dopo la negoziazione, la mediazione è la modalità di risoluzione delle liti più accettata, in particolare in Cina. Paradossalmente, molte delle tecniche ADR conosciute oggi in Asia, costituiscono figure "importate" dall'estero, inserite successivamente con pratiche indigene e modellate secondo la cultura e le prospettive asiatiche (Scoble e Wiseberg, 1985). Così si giustifica come sotto la medesima terminologia rientrano pratiche molto diverse (Barrington et al., 2001). Gli studi comparativi degli ultimi anni hanno mostrato come l'influenza dei paesi europei e degli Stati Uniti sia molto significativa in Asia e nei suoi vari sistemi giuridici (in particolare in Giappone, Kelemen e Sibbitt, 2002; Potter, 2000; Tan, 1997). In Cina e Giappone le procedure di negoziazione, mediazione, arbitrato e in genere metodi extragiudiziali di risoluzione delle controversie costituiscono un passo che precede le udienze in tribunale, in materie riguardanti le controversie civili e commerciali.

La mediazione in Cina e in Giappone è più vicina al concetto occidentale di conciliazione, perché l'intervento del mediatore è più attivo. D'altra parte, il mediatore in questi paesi possono in genere svolgere il ruolo di arbitro, nelle ipotesi in cui le parti non pervengano a un accordo, senza che ciò generi problemi etici. Alcune leggi prevedono ciò in maniera espressa.

La riservatezza delle informazioni utilizzate od offerte all'interno di

una mediazione è un requisito che deve essere affrontato. Fra i valori più importanti che sono alla base della mediazione e dell'ADR in generale, vi sono la privacy e la riservatezza. In questi paesi le udienze giudiziarie sono pubbliche e le sentenze sono pubblicate, fattori che si aggiungono alla risposta sociale negativa verso il sistema accusatorio. Le tecniche che caratterizzano le modalità di risoluzione più amichevoli permettono alla procedura di mantenere la massima riservatezza.

In Malesia e Hong Kong il fenomeno della mediazione è molto conosciuto e diffuso. In Giappone, gli accordi di mediazione conclusi prima di un giudizio hanno la stessa forza esecutiva di una sentenza giudiziale. Lo stesso accade in Sri Lanka, dove la mediazione costituisce un passo necessario prima di andare davanti al giudice ordinario e dove l'accordo, una volta ratificato dal giudice, diventa esecutivo. In Indonesia, gli accordi di mediazione raggiunti davanti al tribunale arbitrale sono contenuti in un lodo arbitrale, vincolante per le parti e opponibile in giudizio.

Come in America Latina, anche in questi paesi la distinzione tra mediazione e conciliazione non è molto chiara e, talvolta, entrambi i termini sono utilizzati indistintamente. La "mediazione" costituisce il termine più diffuso. Il ruolo del mediatore in questi paesi è molto attivo e può passare da semplice facilitatore a soggetto che consiglia le parti ad adottare determinate soluzioni.

Il fenomeno Med-arb tuttavia non è diffuso a causa della mancanza di organizzazioni e istituzioni che la praticano. In Sri Lanka, per esempio, l'*Arbitration Act*, modificato nel 1995, dispone la mediazione come meccanismo da esercitare prima del procedimento giurisdizionale. Tuttavia non ci sono esperienze significative.

In Giappone è stata prevista la mediazione obbligatoria in materia di diritto di famiglia, in quanto considera questo settore estraneo al diritto pubblico e non sottoposto al confronto che caratterizza il sistema contraddittorio. Le controversie in quest'area non vengono risolte in modo soddisfacente per mezzo di una sentenza del tribunale, data la natura continuativa delle relazioni. Il tribunale nomina in questi casi un collegio di mediazione composto da un giudice e due laici facilitatori scelti dal giudice da un elenco ufficiale di persone che godono di buona reputazione nella comunità.

In Indonesia si prevede che prima di andare in tribunale l'attore abbia tentato senza successo una composizione amichevole. Lo Sri Lanka

ha sviluppato un programma ambizioso, il *Community Mediation Program* coniato dal *Mediation Boards Act* del 1900, coordinato da USAID, avente più di 218 organismi di mediazione che operano a livello locale o a livello comune nelle controversie civili e nei reati minori. Questo servizio è offerto gratuitamente agli utenti e finanziato dal governo dello Sri Lanka.

La mediazione ha ricevuto ampio consenso nelle controversie civili e familiari, in materie riguardanti la proprietà, il commercio, il lavoro, l'agricoltura, i consumatori, l'ambiente. Tuttavia, la percentuale di casi concernenti il diritto civile non è molto elevata, perché in queste società, prima di rimettersi nelle mani di un estraneo neutrale, le parti ricorrono spesso a preferire persone (familiari o con autorità morale all'interno della comunità) che agiscono come mediatore.

2.5. Europa

Praticamente quasi tutta l'Europa appartiene alla tradizione giuridica continentale, detta di *civil law*. I sistemi giuridici di questi paesi sono fortemente articolati attorno a regole codificate. L'uso della mediazione in alcune materie, come la famiglia e le azioni dei consumatori, è cresciuta notevolmente negli ultimi anni (Gizzo, 2010), il più delle volte articolata attraverso istituzioni pubbliche, Camere di Commercio, o mediazioni infra-giudiziarie (*court-connected Mediations*).

La mediazione in Europa è intesa, di solito, come un procedimento volontario ed extragiudiziale attraverso il quale le parti tentano di raggiungere, con l'assistenza di un terzo, una soluzione al proprio conflitto. Questa è la nozione che emerge dalla maggior parte delle definizioni di mediazione poste in essere da leggi, regolamenti, codici e *standards* di organizzazioni pubbliche e private che svolgono attività di mediazione.

La ragione che ha suscitato in quasi tutti i paesi europei l'interesse nei metodi di ADR, e in particolare la mediazione, è stata indubbiamente la scarsità di risorse per l'amministrazione della giustizia e il collasso e l'esaurimento di un sistema che non riesce a dare risposte soddisfacenti a un numero crescente di controversie. La necessità di un sistema giudiziario più efficiente induce, per esempio, la Germania negli anni Ottanta a prendere seriamente in considerazione l'introduzione di ADR nel proprio ordinamento giuridico. Alcuni paesi europei hanno proceduto, invece, ad

introdurre la mediazione come un passo necessario prima della giurisdizione, nel senso di configurarla come condizione di procedibilità dei procedimenti giurisdizionali. In alcuni paesi in cui la mediazione termina con un accordo, questo, che ha in linea di principio il valore di una transazione, può acquisire valore esecutivo a seguito di relativa omologazione del tribunale. In Europa il tasso di successo nel campo della mediazione misurato in termini di accordi è alto, di solito superiore al cinquanta per cento delle controversie; il tempo medio stimato per raggiungere accordi di questo tipo è relativamente breve, di solito non più di due o tre incontri tra i litiganti.

La linea di demarcazione tra mediazione e altre forme alternative di risoluzione di natura amichevole è molto più accentuata in Europa che in altri contesti geografici, anche se la sua recente attuazione relativamente giovane e la mancanza di conoscenza da parte di alcuni professionisti, pone confusione nell'uso dei termini di mediazione e conciliazione. La mediazione, in ogni caso, è intesa come attività di facilitazione (Vigoriti, 2009), mentre nella conciliazione il ruolo del terzo è molto più attivo, valutativo, e può anche suggerire possibili soluzioni alle parti.

La mediazione in Europa permea tutti i settori sociali e quelle zone in cui gli individui mantengono la piena libertà di disposizione. Oltre al campo classico del diritto di famiglia, dove non è raro una co-mediazione condotta da uno psicologo e un avvocato insieme, la mediazione è molto diffusa nel settore consumeristico, assicurativo, della responsabilità civile per circolazione stradale, della responsabilità medica, delle telecomunicazioni, delle reti sociali, del mercato dell'energia, dei servizi professionali, dell'ambiente, bancario, agrario, delle controversie sportive ecc. La mediazione penale ha assunto un notevole sviluppo e promossi programmi di giustizia riparativa. La mediazione è adatta anche per la gestione e la risoluzione dei conflitti in cui sono coinvolti minori, al fine di tutelare i loro interessi. Nel campo della salute e, più specificamente, in quello della negligenza professionale esistono esperienze interessanti in Inghilterra, Italia, Francia e Germania. È sorprendente osservare come la mediazione ha permeato anche in settori specifici come l'agricoltura.

Per quanto riguarda le controversie con i consumatori, in Europa vi sono iniziative istituzionali, sostenute da risorse della Commissione europea, come EEJ-Net, una struttura di assistenza e di informazione dei consumatori riguardanti i servizi di mediazione e di ADR; FIN-NET, rete

dedicata alla risoluzione dei conflitti nel settore dei servizi finanziari (banche, assicurazioni, investimenti); o il progetto ECODIR (*Electronic Platform Consumer Dispute Resolution*), una piattaforma elettronica progettata per risolvere le controversie tra consumatori e imprese attraverso l'utilizzo delle nuove tecnologie; anche enti pubblici e istituzioni di vari Stati dispongono di organizzazioni pubbliche e private che forniscono servizi di mediazione come metodo di risoluzione. In molti casi questi progetti vengono spesso avviati dai governi stessi con progetti pilota di mediazione che successivamente si consolidano.

Oggi, attraverso il programma di Stoccolma, l'Unione Europea attribuisce priorità strategica ai meccanismi che facilitano l'accesso alla giustizia e si propone di eliminare tutti gli ostacoli alla risoluzione delle controversie civili, in particolare nel settore dei consumatori, fondata sulla premessa che è necessario intervenire per eliminare la barriera linguistica e migliorare gli strumenti elettronici e i mezzi moderni di comunicazione elettronica.

A livello comunitario importante è la Raccomandazione della Commissione 98/257/CE del 30 marzo 1998, riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo. Siffatta normativa è tuttavia limitata alle procedure dirette a comporre le controversie mediante l'intervento attivo di un terzo (conciliazione e arbitrato), indicando i principi guida che dovrebbero governare la loro attività.

Qualche tempo dopo, la stessa Commissione europea ha fornito un quadro normativo adeguato alla mediazione, attraverso la Raccomandazione 2001/310/CE, riguardante i principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo (la mediazione), e recentemente, è stata adottata la Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, al fine di espandere l'utilizzo della mediazione transnazionale applicabile in materia di consumo.

La proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 novembre 2011, relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori (regolamento sull'ODR dei consumatori), ha lo scopo dichiarato di creare una piattaforma europea per la risoluzione delle controversie *online*. La forma sarà quella di un sito web interattivo, con uno

sportello unico per i consumatori e i commercianti che vogliono risolvere in via stragiudiziale una controversia derivante da una transazione transfrontaliera *e-commerce*. Così, i consumatori e gli operatori commerciali possono presentare le loro richieste mediante un modulo di reclamo elettronico disponibile sul sito web in tutte le lingue ufficiali dell'Ue.

Una proposta di Regolamento che, insieme alla Proposta di Direttiva sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori (cd. direttiva sull'ADR per i consumatori), mira a dare rilievo ai mezzi di ricorso dei consumatori per le operazioni transfrontaliere di commercio elettronico. Le disposizioni sono dirette a garantire il rispetto della riservatezza, la protezione dei dati e i principi di qualità in materia di correttezza, trasparenza, efficacia ed equità.

2.6. *Le Nazioni Unite*

Questo quadro internazionale sarebbe incompleto se non si fa menzione delle iniziative più importanti delle Nazioni Unite in questo campo. Dopo l'importante questione delle norme modello per fornire l'arbitrato e la conciliazione si sta valutando l'adozione di un sistema internazionale di regole che favoriscano la creazione di dispositivi elettronici per una rapida ed economica risoluzione effettiva di tali controversie. Il gruppo di lavoro UNCITRAL III (WG III) ha il compito di proporre norme specifiche per la realizzazione riguardanti il livello transfrontaliero *e-commerce* B2B e B2C. Il risultato deve essere conforme con le regole di arbitrato, la conciliazione *e-commerce* e UNCITRAL già esistenti.

3. *I modelli normativi della mediazione*

Nel quadro normativo internazionale e dei diversi paesi la mediazione vive, di solito, accanto ad altri istituti di risoluzione consensuale dei conflitti, anche se gode chiaramente un *favor* da parte del legislatore ricevendo una specifica disciplina.

3.1. *La nozione*

Molti strumenti internazionali stanno contribuendo progressivamente

a chiarire i termini normativi della mediazione e ad una conseguente configurazione del concetto di mediazione.

I primi passi per una corretta determinazione del concetto di mediazione muovono in una prospettiva di confronto con un fenomeno affine, la conciliazione. Altri progressi sono scaturiti dai modelli di disciplina del fenomeno in vari settori e aree giuridiche. Nell'ambito europeo la mediazione trova ampia applicazione attraverso diverse discipline nazionali di diversi Stati in materia civile e commerciale e anche penale, amministrativa, laburistica e, in generale, in tutte le aree dove i rapporti tra i soggetti possono creare tensioni e conflitti. Questo panorama normativo consente di identificare gli elementi che sembrano godere di ampio riconoscimento nell'ambito del fenomeno, e sono:

a) la mediazione è definita o descritta come una "procedura", un "processo", un "meccanismo". Meno utilizzati per definire il fenomeno sono i termini che richiamano una "attività", una "azione", un "mezzo", un "metodo", una forma di "autocomposizione assistita", una "tecnica", una "istituzione", un "sistema", un "accordo o compromesso".

b) L'attivazione di un meccanismo di mediazione richiede, come premessa, nella maggior parte delle giurisdizioni, l'esistenza di un "conflitto", una "controversia", un "problema", una "disputa", una "differenza" tra due o più persone fisiche o giuridiche.

c) Le parti, attraverso la mediazione, tentano di raggiungere un accordo per risolvere e fornire soluzioni alle difficoltà derivanti dal conflitto. Questa idea emerge dalla maggior parte delle norme vigenti in materia di mediazione. A livello di giustizia penale riparatoria, la dimensione degli obiettivi e la portata degli accordi condiziona la struttura della mediazione, perché il procedimento si propone, di solito, non solo di risolvere il conflitto e soddisfare gli interessi delle parti, ma anche e, in particolare, la riparazione psichica della vittima (recupero emotivo), il reinserimento del reo, rafforzando i legami fra rei e la comunità, la riconciliazione fra le parti, la prevenzione di medesimi reati e il pregiudizio derivante dal processo penale.

d) Un'altra caratteristica è la sua natura volontaria. Tutti gli ordinamenti che disciplinano la mediazione riconoscono che il metodo si basa sulla volontà delle parti di raggiungere un accordo sui loro interessi. Non esiste nessuna preclusione a porre la mediazione come obbligo da assolvere prima di avviare un procedimento giudiziario. In alcuni paesi la me-

di mediazione è stata introdotta per alcune materie come necessaria ed obbligatoria.

e) La mediazione costituisce un metodo autocompositivo, facilitativo ed extragiudiziale. Nonostante l'intervento di terzi, gli accordi conciliativi non sono raggiunti o imposti dal terzo. Siffatto fenomeno può essere riconosciuto e regolamentato dentro o fuori dal processo, ma nel primo caso, la controversia è sempre assegnata ad un soggetto diverso dal giudice del caso.

f) I mediatori generalmente devono soddisfare le seguenti caratteristiche: essere competente, indipendente e imparziale nonché neutrale. A volte sono richiesti requisiti che riguardano la capacità e il diritto penale, come, per esempio, reati contro l'onore o la decenza. In alcuni paesi il mediatore deve avere un'età minima e avere le strutture idonee per svolgere la sua funzione. A volte una delle qualità richieste al mediatore è la diligenza, mentre in altre circostanze deve aver seguito un "percorso etico e morale".

g) Le parti della mediazione in ogni momento hanno ampio potere decisionale sul relativo procedimento sia per quanto riguarda l'oggetto, sia per quanto concerne le modalità. In generale la mediazione non si presenta adatta come metodo di risoluzione dei conflitti, quando si superano i limiti naturali di ordine pubblico, decenza e moralità. In alcuni diritti, l'uso della mediazione è escluso per determinate questioni o situazioni, come: le mediazioni condotte dai giudici, le mediazioni condotte da studenti delle medesime scuole, la mediazione dei giovani dei centri di correzione, la violenza domestica, i reati gravi, i reati per i quali non è adeguato il perdono della vittima o con una significativa rilevanza sociale, le questioni concernenti lo stato civile delle persone, l'abuso su bambini o adolescenti e le procedure di adozione.

3.2. I principi della mediazione

Dalle discipline nazionali e internazionali che regolano il fenomeno della mediazione si possono trarre una pluralità di principi o regole.

a) *Libertà e autonomia privata.* La volontà delle parti gioca nel procedimento di mediazione un ruolo essenziale, in quanto istituto di natura consensuale. In questo senso, il procedimento e gli accordi dipendono esclusivamente dalla volontà delle parti.

b) *Riservatezza*. Questo principio riconosciuto a livello internazionale e nazionale dalla maggior parte degli Stati, si estende soggettivamente a parti e partecipanti e oggettivamente a tutte le informazioni relative al procedimento, al suo oggetto e alle comunicazioni precedenti, contestuali e successive. La maggior parte dei modelli giuridici ha recepito disposizioni imperative assieme ad altri standards che impongono conseguenze giuridiche in caso di violazione di tali obblighi. A volte, però, il principio di *confidentiality* è semplicemente dedotto dalla definizione o descrizione della mediazione o della figura del mediatore. La terminologia adottata per richiamare tale principio non è uniforme ed è spesso associata ai termini di *secrecy*, *privacy* e *confidentiality*. Il principio di riservatezza non trova applicazione in quelle mediazioni o questioni, sulle quali le parti espressamente sono d'accordo, né in quelli in cui la mediazione è pubblica siccome richiesta dalla legge.

c) *Imparzialità*. Imparzialità e indipendenza sono fenomeni spesso associati. Detto questo, non sono del tutto intercambiabili. Per quanto riguarda l'indipendenza, questo requisito è strettamente correlato a possibili conflitti di interessi. A questo proposito, anche se in materia arbitrale, le linee guida sul conflitto di interessi nell'arbitrato internazionale del 2004, emanate dalla *International Bar Association* (IBA), risultano molto istruttive in quanto descrivono dettagliatamente i principali problemi posti dalle controversie. Il documento contiene quattro classificazioni che descrivono diverse circostanze o situazioni che possono mettere in dubbio l'indipendenza o l'imparzialità dell'arbitro e costringerlo a rinunciare alla nomina o a rilevarla spettando alle parti di decidere sulla nomina o la permanenza dell'arbitro (Mullerat, 2009). La maggior parte dei diritti richiama esplicitamente l'imparzialità come principio o garanzia della mediazione e si afferma che la credibilità e l'integrità del procedimento dipendono dalla neutralità e imparzialità del corpo extragiudiziale. L'imparzialità è pertanto considerato un elemento essenziale per il raggiungimento e il mantenimento della fiducia.

d) *Equità procedurale o di parità delle armi*. Principio secondo cui a ciascuna parte deve essere garantito la stessa opportunità di far valere i propri diritti ed essere dato le stesse opportunità di concludere accordi. Il mediatore assume il compito importante di gestire il potere delle parti, al fine di ristabilire un bilanciamento di situazioni asimmetriche.

e) *Economia procedurale (efficienza, effettività, velocità, economi-*

...nazionale
vamente a
relative al
contestuali
to disposi-
nseguenze
Il principio
escrizione
ia adottata
iata ai ter-
tezza non
di le parti
ne è pub-

ni spesso
quanto ri-
o a possi-
arbitrale,
onale del
no molto
blemi po-
zioni che
e in dub-
inunciare
nomina o
dei diritti
zia della
edimento
le. L'im-
ggiungi-

do cui a
valere i
cordi. Il
parti, al

onomi-

...tà). Questo principio persegue la fiducia attraverso la semplicità e la libertà nel fissare le regole procedurali. In sostanza, il principio riguarda la necessità di sviluppare i procedimenti, secondo i parametri della comprensibilità, efficienza e velocità.

f) *Trasparenza*. Riconosciuto in varie Raccomandazioni del Consiglio d'Europa, è menzionato in organi e procedure e mira a raggiungere un livello di fiducia rafforzata da parti informate adeguatamente. Il principio di riservatezza e del diritto alla privacy e alla protezione dei dati personali sono posti come limiti al campo di applicazione di questo importante principio.

g) *Legalità*. Questo principio si basa sulla necessità di rispettare i diritti fondamentali, le libertà civili, l'ordine pubblico e la sicurezza in ordine alla protezione di alcuni diritti attraverso norme imperative, in modo che, attraverso l'uso di metodi extragiudiziari di risoluzione dei conflitti, non viola la legge, né le parti possono essere private del livello di tutela giuridica a loro riconosciuta. Si tratta di un principio implicito, sebbene in Europa è stato espressamente riconosciuto in numerose Raccomandazioni.

h) *Neutralità*. In base a tale principio il mediatore non può suggerire, proporre o imporre soluzioni. Si tratta di un requisito, di solito, implicitamente posto come una condizione da soddisfare da parte del mediatore, a volte designato con il termine "terzo neutrale". Il codice europeo di condotta dei mediatori, tuttavia, non descrive il suo contenuto e non lo differenzia dal concetto di indipendenza, ma semplicemente stabilisce che il mediatore non può accettare una mediazione, se non può eseguire il suo incarico con completa indipendenza e neutralità, al fine di garantire la sua imparzialità.

3.3. *Il valore attribuito ai risultati della mediazione*

Gli Stati, in generale, cercano di attribuire alla mediazione alcuni effetti e garantire che l'inizio della mediazione non precluda successivamente i procedimenti giurisdizionali, se non giungono a buon fine. A questo scopo stabiliscono che l'inizio di qualsiasi procedimento di mediazione determina la sospensione di tutti i termini di decadenza o della prescrizione dei diritti stabilita dalla legge. L'uso di un procedimento di mediazione che non termina con un accordo non impedisce alle parti di ri-

cità). Questo principio persegue la fiducia attraverso la semplicità e la libertà nel fissare le regole procedurali. In sostanza, il principio riguarda la necessità di sviluppare i procedimenti, secondo i parametri della comprensibilità, efficienza e velocità.

f) *Trasparenza*. Riconosciuto in varie Raccomandazioni del Consiglio d'Europa, è menzionato in organi e procedure e mira a raggiungere un livello di fiducia rafforzata da parti informate adeguatamente. Il principio di riservatezza e del diritto alla privacy e alla protezione dei dati personali sono posti come limiti al campo di applicazione di questo importante principio.

g) *Legalità*. Questo principio si basa sulla necessità di rispettare i diritti fondamentali, le libertà civili, l'ordine pubblico e la sicurezza in ordine alla protezione di alcuni diritti attraverso norme imperative, in modo che, attraverso l'uso di metodi extragiudiziari di risoluzione dei conflitti, non viola la legge, né le parti possono essere private del livello di tutela giuridica a loro riconosciuta. Si tratta di un principio implicito, sebbene in Europa è stato espressamente riconosciuto in numerose Raccomandazioni.

h) *Neutralità*. In base a tale principio il mediatore non può suggerire, proporre o imporre soluzioni. Si tratta di un requisito, di solito, implicitamente posto come una condizione da soddisfare da parte del mediatore, a volte designato con il termine "terzo neutrale". Il codice europeo di condotta dei mediatori, tuttavia, non descrive il suo contenuto e non lo differenzia dal concetto di indipendenza, ma semplicemente stabilisce che il mediatore non può accettare una mediazione, se non può eseguire il suo incarico con completa indipendenza e neutralità, al fine di garantire la sua imparzialità.

3.3. *Il valore attribuito ai risultati della mediazione*

Gli Stati, in generale, cercano di attribuire alla mediazione alcuni effetti e garantire che l'inizio della mediazione non precluda successivamente i procedimenti giurisdizionali, se non giungono a buon fine. A questo scopo stabiliscono che l'inizio di qualsiasi procedimento di mediazione determina la sospensione di tutti i termini di decadenza o della prescrizione dei diritti stabilita dalla legge. L'uso di un procedimento di mediazione che non termina con un accordo non impedisce alle parti di ri-

correre ad altri mezzi di risoluzione stragiudiziali o giudiziali, mentre una volta raggiunto un accordo, i tribunali non possono perseguire gli stessi fatti oggetto di mediazione.

Nella maggior parte dei diritti, l'accordo di mediazione concluso dalle parti assume il valore di una transazione, in modo che in caso di inadempimento, l'autorità giudiziaria ha il potere di attuare la sanzione.

Alcuni ordinamenti prevedono inoltre che gli accordi di mediazione diventano esecutivi, in presenza di circostanze che devono concorrere a rendere tali accordi rilevanti. In generale non sono approvati gli accordi contrari alla legge, o che violano la morale, disposizioni di ordine pubblico, quelli che riguardano i diritti inalienabili di terzi o violano il principio di equità contro una parte. In alcuni casi, a causa della materia oggetto di mediazione, gli accordi raggiunti dalle parti devono essere specificamente autorizzati da un tribunale per renderli vincolanti per le parti. Questo è il caso della mediazione con i minori in materia penale, in materia di diritto del lavoro o in materia di famiglia.

4. *La "comprensione" del fenomeno della mediazione*

Per comprendere il fenomeno della mediazione, in questa fase del processo comparativo, è necessario esaminare questo processo nell'ambito dell'ambiente sociale in cui si sviluppa e la relativa cultura giuridica. Cominciamo con l'osservazione che a partire dagli anni Novanta gli effetti della cosiddetta "globalizzazione" hanno influenzato lo sviluppo della mediazione. Come osservato (Castells, 2009), il mutamento tecnologico incide in modo determinante su tutti i rapporti sociali, compresi i meccanismi di gestione e di risoluzione delle controversie.

4.1. *Culture, tradizioni e sistemi giuridici*

La dottrina comparatistica considera la cultura giuridica un fattore di particolare importanza nella realizzazione pratica dei diritti. Se comprendiamo la cultura giuridica come una tipologia di idee, atteggiamenti, valori e credenze intorno al diritto (Friedman, 1997, 2003), in questa luce, appare in paesi, come il Giappone, caratterizzati da sistemi giuridici aventi una forte tradizione morale o di consuetudini, e dove le sfere giu-

ridica e sociale sono intimamente intrecciate, e dove la condanna sociale per l'uso di modi non pacifici di risoluzione dei conflitti impedisce che le controversie finiscano in tribunale.

Non è che non ci siano controversie tra individui in questi paesi, o che non siano stati colpiti dal forte aumento delle liti e della loro complessità negli ultimi anni, accade semplicemente che la loro risoluzione tramite contraddittorio inquisitorio non costituisce un'opzione ma un'ultima istanza. Sandrock (2009b) sottolinea che i soggetti che intendono far valere i loro diritti in giudizio, non importa quanto legittimi da un punto di vista sostanziale, rischiano una forte condanna sociale se essi non hanno prima cercato di far valere i loro diritti attraverso mezzi pacifici. Si afferma comunemente che quest'idea sembra derivare dalla storia e dalla mentalità giapponese (asiatica, in generale), che preferisce riparazioni conseguenti ad accordi e negoziati pacifici, fino al punto di rinunciare, a volte, ai propri diritti "per amore della pace". Tuttavia, secondo altri (Haley, 1998), la mancanza di contenzioso in Giappone, in particolare, non è dovuta alla tradizione nazionale, ma alle attuali barriere istituzionali al contenzioso.

La tradizione orientale, in generale, pone poca fiducia nella legge come strumento per garantire l'ordine sociale e la giustizia. Le leggi rappresentano modelli di comportamento piuttosto che norme imperative. All'opposto della società occidentale che ruota sui "diritti", la tradizione asiatica in generale e il Confucianesimo, in particolare, ruota attorno ai "doveri" dell'individuo, come parte di un gruppo familiare, comunità, stato ecc., e alla ricerca di armonia. Tutto ciò conduce ad un atteggiamento sprezzante verso il contenzioso. Da questo punto di vista culturale, si può dire che la mediazione è, nei paesi asiatici, una pratica quantitativamente molto diffusa e ben assimilata nei loro ordinamenti. Eppure il suo uso è piuttosto vago, nel senso che la mediazione può essere avviata in qualsiasi situazione di problemi familiari, sociali o della comunità, dove non v'è accordo completo.

Dal punto di vista delle diverse tradizioni giuridiche alle quali sono ascritte le discipline giuridiche, va detto, tuttavia, che il fenomeno della mediazione è certamente stato affrontato in modo simile. La convergenza dei modelli giuridici al momento è, come sostenuto (Friedman, 2003), un'ipotesi che diventa più plausibile con il passare del tempo. Le aspettative della gente verso la giustizia crescono e molti paesi emanano leggi in

materia. A questo va aggiunto che la intensa circolazione di modelli ha contribuito a creare prassi simili fra paesi. Così, entrambi i paesi di *common law* e quelli appartenenti alla tradizione continentale, hanno proceduto a regolare e ad attuare l'arbitrato, la conciliazione e la mediazione in termini molto simili. Occorre aggiungere, inoltre, che l'invecchiamento di alcuni dei modelli (in particolare il *civil law*), come risultato delle codificazioni francese e tedesca, e l'osmosi che si verifica attraverso questo continuo movimento e contatto fra modelli attualmente rende molto difficile ridurre lo studio del diritto comparato all'analisi di due diversi modelli, ossia il *common law* e il *civil law*. Classica distinzione prodotta da un'evoluzione significativa avvenuta in Europa e in Occidente in generale, dominati da un intenso processo di codificazione che non aiuta a comprendere, almeno nella loro giusta prospettiva, la realtà di altri continenti.

Nella tradizione giuridica continentale, che investe la maggior parte dei paesi europei e latino-americani, esiste una crescente accettazione del fenomeno della mediazione come approccio consensuale. Ciò incoraggia un'apertura del sistema giudiziario e delle giurisdizioni all'esistenza di altre manifestazioni, come la mediazione, meglio adatte al compito di rendere giustizia effettiva tra gli individui. Un aspetto particolarmente interessante se si considera che, nel contesto di questa tradizione, i giudici adottano una funzione di controllo (Merryman, 1985) come garanti del rispetto dell'ordine pubblico e delle norme imperative in applicazione della legge, e possono assumere un ruolo attivo e agire sulle opportunità a protezione dell'interesse pubblico o generale. Inoltre v'è un crescente interesse nel regolare il fenomeno della mediazione e nell'attribuire qualche effetto giuridico agli accordi raggiunti.

Nella tradizione giuridica di *common law* (Australia, USA, UK, Irlanda, Nuova Zelanda e Malta), i giudici sono più propensi a consentire alle parti di iniziare e guidare il processo di mediazione come espressione del poterer di autonomia privata. Come già indicato, questo contesto culturale e giuridico ha visto un'intensa attività legislativa diretta a fornire i mezzi di un adeguato quadro giuridico per la mediazione.

Paesi asiatici come la Thailandia, il Giappone o l'India sono spesso indicati come paesi con tradizioni giuridiche "miste", quando in realtà sono formalmente attribuiti a una di queste tradizioni (di solito il *common law*), ma i loro sistemi, altamente permeabili, hanno attirato su entrambe le tradizioni.

A differenza di altri continenti, non costituiscono un blocco omogeneo dal punto di vista sociale, culturale, politico, storico e giuridico. Mediazione e negoziazione sono metodi particolarmente utilizzati in questi paesi, perché evitano indesiderati scontri sociali e perché le idiosincrasie culturali asiatiche sono contenute nelle loro pratiche. Per questo, la stessa terminologia comprende diversi meccanismi di ADR.

4.2. Contesto giuridico

Una corretta analisi di diritto comparato dei diritti degli individui deve tener conto del panorama legale e delle sue disposizioni processuali, perché non è sufficiente per un sistema riconoscere un diritto, ma deve anche garantire la sua soddisfazione. Non sorprende che la Carta europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato all'art. 6 il diritto ad una giustizia effettiva in un tempo ragionevole. Non è molto riconoscere i diritti e i principali sviluppi normativi se l'intero sistema, le regole procedurali, il modello di amministrazione della giustizia, o il quadro giuridico in generale, non possono garantire il diritto ad un'effettiva tutela. Da questo punto di vista vediamo come molti sistemi giuridici occidentali, appartenenti sia alla tradizione giuridica di *common law* sia di *civil law*, soffrono notevoli problemi procedurali, come la lentezza, la complessità e il maggior costo di un procedimento giudiziario, che impediscono la realizzazione pratica dei diritti formalmente riconosciuti ai soggetti.

L'aumento del contenzioso, la complessità dei modelli giuridici così come i crescenti costi istituzionali hanno portato molti paesi ad adottare misure per migliorare l'accesso alla giustizia e anche per evitare il sovraccarico dei tribunali. Questo fenomeno si è verificato sia nei paesi che hanno la cultura di andare in tribunale, sia in quelli che evitano o non promuovono il contenzioso. Per fare un esempio, gli studi statistici condotti in India hanno dimostrato che un processo civile in quel paese dura in media venti anni, ad eccezione di quelli pertinenti i diritti proprietari, che possono durare anche di più (Debroy, 2000). Ma è stato osservato che la controversia può essere evitata in parte inducendo i soggetti ad usare altre posizioni attraverso meccanismi istituzionali, quali la creazione di servizi legali e di infrastrutture con adeguate condizioni procedurali (Blankenburg, 1991).

La mediazione è entrata prepotentemente con una forza tale che in

molti paesi ha ricevuto attenzione con specifiche normative autonome. Si può osservare come i paesi appartenenti ad entrambe le tradizioni giuridiche di *civil* e *common law*, come a quelli di tradizione mista, hanno proceduto ad emanare discipline molto simili. Con questa produzione legale si è cercato di offrire agli utenti un meccanismo efficiente per la realizzazione dei loro diritti, capace di superare gli ostacoli di tempo e costi dei procedimenti giudiziari, e, di conseguenza, di garantire il rispetto di alcuni principi fondamentali per lo sviluppo dell'attività di mediazione e di riconoscere determinati effetti giuridici ai risultati del procedimento. Ciò consente di sostenere che, nonostante la distanza culturale delle fonti dei diversi paesi e delle tradizioni giuridiche, l'istituto della mediazione è stato configurato, in modo tale che per quanto riguarda i suoi elementi strutturali risultano molto simili. Ciò non è accaduto come conseguenza di eventuali prestiti, o di accettazione parziale o di circolazione di modelli e di influenze reciproche, bensì a causa delle condizioni e delle esigenze sociali che hanno portato ad adottare soluzioni simili.

Il differente clima culturale e il carattere essenziale di ogni cultura giuridica hanno determinato lo specifico modello richiesto da ogni ordinamento giuridico. Società con discipline normative simili, da un punto di vista formale, hanno sviluppato la pratica in modo diverso. Gli Stati hanno generalmente proceduto a introdurre meccanismi finalizzati alla integrazione e alla istituzionalizzazione della mediazione, mentre la macchina istituzionale è stata assemblata in modi molto diversi. A volte, il Ministero della Giustizia costituisce di per sé uno o più centri di mediazione, o crea e gestisce un Registro dei mediatori, attestante l'idoneità delle persone e delle istituzioni private che svolgono l'attività di mediazione. Spesso sono adottati codici di condotta o programmi di formazione ecc. In altri casi, la mediazione è stata incoraggiata come strumento volontario di risoluzione delle controversie attraverso campagne d'informazione e misure istituzionali per sostenere gli Organismi di mediazione. In altri ancora, si prevede che certe controversie devono necessariamente essere canalizzate verso un meccanismo extragiudiziale prima di essere trattata davanti ad un tribunale. Oppure, semplicemente riconoscendo valore legale ad accordi raggiunti ed omologati dal giudice attraverso un procedimento semplificato. Non è raro per gli Stati adottare diverse strategie in via simultanea, con ciò rafforzando il profilo complementare dei meccanismi mediatori.

5.
5.1
5/20
cial
spag
In p
dell
cerc
l'int
I
comj
ghi c
Ed e
medi
medi
L
sogge
zione
dell'a
pubbl
media
cipi d
In
snazio
dipenc
il suo
servate
di coop
È a
della n
tesi che
tenuta.
Per
tore, il

5. *Studio comparativo con la Spagna e la Catalogna*

5.1. *La Spagna*

In Spagna è stato recentemente emanato il Regio Decreto Legge 5/2012 del 5 marzo 2012, sulla mediazione in materia civile e commerciale, che fornisce un quadro normativo della mediazione in territorio spagnolo e contribuisce a chiarire alcuni aspetti attinenti al procedimento. In particolare, una descrizione di mediazione quale soluzione "mediana" delle controversie, qualunque sia la denominazione, in cui due o più parti cercano di raggiungere da se stessi un accordo su base volontaria con l'intervento di un mediatore.

La mediazione trova applicazione in materia civile o commerciale, comprese le controversie di confine, purché non leda i diritti e gli obblighi che non sono a disposizione delle parti secondo la legge applicabile. Ed esclude in particolare: (i) la mediazione con l'autore del reato, (ii) la mediazione con il governo (iii) la mediazione del lavoro; (iv) infine, la mediazione dei consumatori.

La mediazione inizia con la presentazione della domanda da parte del soggetto legittimato e con il suo deposito presso un organismo di mediazione, e comporta la sospensione della prescrizione fino all'eventuale firma dell'accordo conciliativo. Possono essere istituzioni di mediazione enti pubblici o privati. Essi garantiscono l'accesso e l'amministrazione della mediazione, la nomina dei mediatori, la trasparenza, il rispetto dei principi di mediazione e la condotta diligente dei mediatori.

In linea con altri testi giuridici esistenti a livello internazionale e transnazionale, la legge richiede che i mediatori debbano essere neutrali, indipendenti e imparziali, mentre stabilisce come principi della mediazione, il suo carattere non obbligatorio nonché l'imparzialità, la neutralità, la riservatezza, la buona fede, il reciproco rispetto fra le parti e il loro dovere di cooperare e sostenere il mediatore.

È ammissibile la clausola di mediazione redatta dalle parti prima della nascita della controversia, clausola che va osservata anche nell'ipotesi che la lite riguardi l'esistenza o la validità del contratto in cui è contenuta.

Per quanto riguarda i requisiti per esercitare la professione di mediatore, il testo di legge richiede solamente che il professionista deve avere

una formazione specifica acquisita seguendo uno o piú corsi specifici tenuti da enti accreditati. I mediatori possono essere persone fisiche, adeguatamente formate, che godono dei diritti civili. In ogni caso, il mediatore deve essere assicurato o avere una garanzia equivalente per la responsabilità civile conseguente all'esercizio della professione.

Nel corso della sua attività, il mediatore deve tenere un comportamento attivo diretto ad ottenere un riavvicinamento delle posizioni delle parti, facilitare la comunicazione e garantire che le stesse abbiano informazioni sufficienti e consigli. Il mediatore che non risponde al principio di imparzialità deve astenersi dalla sua attività. Prima di iniziare o continuare il suo compito, il mediatore deve comunicare qualsiasi situazione che possa pregiudicare l'imparzialità o creare un conflitto di interessi. Tali circostanze riguardano in tutti i casi: (i) qualsiasi tipo di rapporto personale, commerciale o contrattuale con una delle parti, (ii) ogni interesse diretto o indiretto nel risultato della mediazione. L'obbligo della riservatezza rimane per tutto il processo di mediazione.

Il procedimento di mediazione può essere avviato: (i) di comune accordo tra le parti, le quali determineranno nella domanda la nomina del mediatore o di un ente e regole sul luogo delle riunioni e la lingua del procedimento; (ii) da entrambe le parti in virtù di un patto di sottomissione alla mediazione.

Il mediatore o istituzione convoca le parti per tenere il *briefing*. La sessione è comunicata alle parti e sono illustrate le cause che possono influenzare l'imparzialità, la professione, formazione ed esperienza, nonché le caratteristiche della mediazione, il suo costo, l'organizzazione del procedimento, le conseguenze giuridiche dell'accordo di conciliazione e la scadenza per sottoscrivere il verbale della prima seduta. L'assenza ingiustificata di una parte significa abbandono della domanda di conciliazione.

Il processo di mediazione inizia con una sessione costitutiva. In essa le parti hanno espresso: (i) la volontà di sottoporsi alla mediazione e alla conciliazione, (ii) l'identificazione delle parti, (iii) la designazione del mediatore e, se del caso, l'istituzione di mediazione e l'accettazione da parte di uno designato, (v) la massima durata, (vi) le informazioni sui costi di mediazione o criteri per la sua determinazione, indicando separatamente gli onorari del mediatore e le eventuali altre spese, (vii) il luogo e la lingua del procedimento.

te-
de-
lia-
re-

rta-
elle
for-
pio
nti-
one
ssi.
orto
nte-
ri-

ac-
del
del
uis-

La
in-
on-
del
e e
in-
lia-

ssa
lla
del
da
co-
ta-
o e

Il mediatore quindi convoca le parti per le varie riunioni e dirige il procedimento. Le comunicazioni tra il mediatore e le persone in conflitto possono o meno essere simultaneamente presenti. Il mediatore informa le parti delle riunioni svolte separatamente con uno di loro (*caucus*), mantenendo la riservatezza della discussione.

Al termine della procedura, le parti possono aver raggiunto un accordo sulla soluzione della loro controversia. Il verbale è sottoscritto da tutte le parti e dal mediatore e ciascuna ha diritto ad una copia. In caso di accordo, questo deve contenere i nomi e gli indirizzi delle parti, il luogo e la data, gli obblighi che ciascuna parte deve adempiere, i mediatori intervenuti e il nome dell'organismo presso cui si è tenuto il procedimento. L'accordo va sottoscritto dalle parti o dai loro rappresentanti e presentato al mediatore, entro un massimo di dieci giorni, dalla data della sottoscrizione.

A fine procedimento i documenti vanno restituiti a ciascuna parte che gli ha presentati, mentre con i restanti si forma un record (*file*) per custodirli presso l'istituzione di mediazione per un periodo di sei mesi. Copia dell'accordo di conciliazione è consegnata a ciascuna delle parti e il mediatore riserva un'altra copia per la conservazione.

I mediatori devono seguire l'incarico diligentemente, altrimenti rispondono per i danni causati in mala fede, per imprudenza o comportamento doloso. La parte lesa ha in ogni caso l'azione diretta contro il mediatore e contro l'istituzione, indipendentemente dalle azioni di ripetizione di quest'ultima.

Il mediatore deve informare le parti degli effetti dell'accordo di conciliazione e della sua efficacia come titolo esecutivo. Le parti possono rivestire in atto pubblico l'accordo raggiunto dopo un processo di mediazione. Il notaio deve verificare la conformità ai requisiti di forma e che i suoi contenuti non siano contrari alla legge. Gli accordi risultanti dalla mediazione in pendenza di un processo saranno inviati al giudice. Il costo della mediazione è a carico di entrambe le parti e deve essere diviso in parti uguali, salvo diverso accordo.

5.2. La Catalogna

La legge catalana 15/2009 del 22 luglio definisce la mediazione nel diritto privato un procedimento non giurisdizionale di natura volontaria e

confidenziale diretto a facilitare la comunicazione tra le parti in modo che esse siano in grado di formulare in via autonoma una soluzione della loro controversia con l'assistenza di un mediatore che agisce come soggetto imparziale e neutrale. E aggiunge la stessa legge che la mediazione, come metodo di gestione delle controversie, mira ad evitare procedimenti giudiziari e a mettere fine o ridurre la portata dei processi già iniziati.

La legge catalana richiede esplicitamente per i mediatori un titolo universitario e una formazione specializzata, con l'obbligo di aggiornare le competenze. Il mediatore deve essere registrato o appartenere ad una associazione professionale accreditata nel campo della mediazione.

Questa legge conferma il carattere "molto personale" della mediazione, limitando l'uso di mezzi tecnici per facilitare la comunicazione a distanza a situazioni eccezionali che rendono la presenza simultanea delle parti impossibile. Lo sviluppo della mediazione ruota intorno all'autonomia privata e alla libertà delle parti di determinare i problemi e pianificare le sessioni. Tuttavia vi sono dei limiti attinenti la durata delle sessioni, l'obbligo delle parti di specificare il numero di sessioni e di impedire, in generale, alle parti di avviare una nuova mediazione sullo stesso argomento fino ad un anno dopo la fine di una mediazione o l'ultima volta che una mediazione è stata tentata senza accordo.

Uno studio condotto al momento della stesura del Libro bianco ha rivelato che la mediazione in Catalogna, dopo una analisi dei costi di amministrazione della giustizia in materia civile, ha comportato un risparmio del venti per cento, nella misura di circa quattro milioni di euro.

5.3. *Esercizi comparativi*

Una volta definito il concetto giuridico internazionale e i modelli delineati dai legislatori spagnolo e catalano, viene eseguito un esercizio comparativo teso a sottolineare quegli aspetti contemplati da altre normative ed esperienze che possono essere di interesse per la Catalogna.

5.3.1. *Il concetto di mediazione.* Dall'analisi dei dati sociali, economici e giuridici risulta che la mediazione è definita o descritta principalmente come un procedimento (processo o meccanismo) extragiudiziale volontario, autocompositivo o amichevole, sviluppato con l'aiuto di un terzo neutrale, in cui le parti conservano il potere di disporre della mate-

ria e del procedimento. La mediazione presuppone l'esistenza di una controversia, conflitto o lite.

Non v'è consenso generale sul contenuto di ciascuno di questi significati, sebbene la dottrina americana suggerisce che il conflitto crea la differenza che genera insoddisfazione, mentre in caso di controversia o lite esiste un disaccordo esternato. Da questo punto di vista, i conflitti devono essere gestiti mentre le controversie richiedono una soluzione (Davis, 1996; Costantino, 2008). Attraverso la mediazione le parti tentano di raggiungere un accordo per risolvere e superare le difficoltà derivanti dal conflitto o dalla controversia. Nel campo della giustizia penale riparatoria, dalle dimensioni degli obiettivi e dalla portata degli accordi, la mediazione sarà diretta ad ottenere anche la "riparazione psichica" delle vittime, la riabilitazione del reo, il rafforzamento dei rapporti con la comunità, la riconciliazione tra le parti, evitare la rivittimazione e i pregiudizi derivanti dai procedimenti penali. Infine, il ruolo del terzo che media le parti è vincolato dal rispetto del principio di neutralità, in modo che egli non può procedere a proporre formalmente o imporre soluzioni, un importante elemento distintivo con il processo di conciliazione.

5.3.2. Il concetto di accordo di mediazione. Un accordo di mediazione costituisce un patto o una serie di patti che mettono fine ad una controversia fra due o più parti. Gli effetti giuridici di siffatto accordo dipenderanno dalla loro conformità alla normativa vigente. Osservando il quadro normativo di diversi paesi, si può dire che nella maggior parte di essi l'accordo raggiunto dalle parti ha valore di transazione. Quindi, in caso di inadempimento, se nulla di specifico è previsto dalla legge, le parti devono sottoporre l'accordo all'autorità giudiziale per l'approvazione e la conseguente esecuzione. Un numero significativo di giurisdizioni prevede inoltre che gli accordi di mediazione possono diventare direttamente esecutivi, indicando le circostanze che devono specificamente sussistere.

5.3.3. Il concetto di mediatore. Mediatore è la persona o l'ente che facilita l'accordo, assiste le parti colmando il divario che corre fra di loro creando un ambiente per la comunicazione e assicura che le parti abbiano una posizione negoziale equa, ribilanciandola se necessario. Il lavoro del mediatore è limitato come quello del conciliatore, nel senso che non può

suggerire né proporre soluzioni. Il mediatore deve necessariamente essere una persona che agisce in modo imparziale (senza pregiudizi o inclinazione) ed equo, e che un possibile conflitto di interessi non deve mai essere trascurato dalle parti. Quando il mediatore è un ente, esso deve agire in maniera indipendente, al fine di preservare la necessaria imparzialità dei suoi componenti. In ogni caso, queste caratteristiche rispondono agli standards di condotta adottati in molti casi ed emergono da alcuni principi che sono stati ampiamente riconosciuti in una varietà di strumenti giuridici riguardanti la mediazione.

5.3.4. *Principi e standards applicabili alla mediazione.* Questi costituiscono probabilmente il nucleo dell'analisi. La prassi della mediazione nelle diverse aree geografiche e in una varietà di campi di applicazione rivela che questo tipo di transazione extragiudiziaria è regolato da una serie di principi strutturali di seguito indicati, e ruotano attorno all'idea di fiducia. Va notato che non tutti sono inclusi nella legislazione catalana, e che nel paragrafo precedente abbiamo sottolineato l'opportunità di fare alcune correzioni o chiarimenti alla normativa. Questo è il motivo perché iniziamo con un elenco di tutti i principi analizzati in questo contributo:

a) *Principio di libertà o di autonomia privata*, legato ai principi di flessibilità e di potere decisionale delle parti.

b) Il *principio della "riservatezza"*, collegato all'idea del segreto professionale (presupposto essenziale della mediazione), impedisce, a meno che non sussista il consenso esplicito di tutte le parti, la diffusione di informazioni veicolate durante la mediazione. Questo principio preclude al terzo coinvolto in un processo di mediazione di diventare arbitro sulla medesima questione e alle parti e ai terzi come testimoni nel susseguente giudizio o in procedimenti extragiudiziali sulla stessa questione.

c) Il *principio di imparzialità* si fonda sul fatto che il mediatore non deve avere pregiudizi personali o favoritismi nei confronti di alcuno dei partecipanti in base a determinati motivi. Il principio impone anche di non accettare favori di qualsiasi tipo.

d) Il *principio di neutralità*, sulla base del quale il mediatore non può formalmente proporre o imporre soluzioni.

e) *Principio di equità procedurale o di parità delle armi*, include l'importante ruolo del mediatore di gestire il potere delle parti e di riequilibrare le situazioni di asimmetria.

f) Il *principio di economia giudiziaria*, e le sue varie espressioni: efficienza, effettività, velocità, economicità.

g) Ed infine, anche se implicito, il *principio di legalità*.

A questi vanno aggiunti i principi di indipendenza e di trasparenza, legati all'idea di imparzialità, in modo da evitare eventuali conflitti di interesse tra il mediatore e le parti, sia nella mediazione e negli anni successivi. Dal momento che l'intervento di terzi è meno intenso in mediazione rispetto alla conciliazione, sembra ragionevole moderare e ridurre la portata di questo principio nel campo della mediazione, dove l'attività del terzo non è diretta a fare proposte formali di composizione e i mediatori sono guidati nelle loro azioni dal principio di neutralità.

Un conflitto di interessi può derivare dal coinvolgimento del mediatore nell'oggetto della controversia a causa della relazione anteriore, posteriore o contestuale del mediatore con una delle parti della lite. È di vitale importanza rivelare alle parti in qualsiasi momento tutte le informazioni che possono compromettere questo principio, in modo che lo stesso mediatore o le stesse parti possono decidere in ordine al caso. Allo stesso modo, il mediatore non deve assumere altri ruoli, funzioni o posizioni nella risoluzione del conflitto stesso se non con l'accordo esplicito delle parti.

Mentre abbiamo trovato comuni denominatori che hanno aiutato a definire ciascuno dei principi di cui sopra, non è facile definire con precisione il loro scopo nell'ambito della mediazione. Questa difficoltà sta nel fatto che, eccetto per il principio di legalità, tutti gli altri sono sottoposti al principio di libertà e di autonomia della volontà delle parti, che può ampliare o ridurre la portata e l'applicazione pratica a un caso determinato.

5. *Alcune idee conclusive*

Siamo davanti indubbiamente ad un istituto di natura non giurisdizionale, che è complementare e che si svolge prima del meccanismo giurisdizionale. Ciò non impedisce tuttavia che esso non diventi un meccanismo cooperativo con le corti di giustizia. In questo senso, la mediazione ha contribuito allo sviluppo dei meccanismi extragiudiziari, perché non costituiscono solo un modo "alternativo" ai tribunali, ma anche

“complementare”, utile alla realizzazione dell’amministrazione della giustizia.

Lo sviluppo della mediazione in alcuni paesi è in gran parte dovuto al fatto che gli accordi conclusi tra le parti tendono ad essere durevoli perché risolvono le ragioni profonde del conflitto. La mediazione, di conseguenza, contribuisce ad una migliore pace sociale ed evita eventuali scontri futuri. Si ha quindi un effetto preventivo adeguato e significativo.

La mediazione è efficace quando è dotata di standards minimi che offrono un quadro di fiducia e di certezza sia dei processi sia dei risultati. La mediazione civile e familiare sono buoni esempi di metodo non solo di risoluzione ma anche di gestione delle controversie. Negli ultimi anni la mediazione è stata estesa ad eterogenei settori socio-economici.

Il consenso è la base del sistema. Questo consenso può anche definire la portata di alcuni principi e standards, in particolare per quanto riguarda le esigenze di riservatezza. Si ritiene che non viola il consenso necessario e l’autonomia del procedimento stabilire un obbligo legale delle parti di partecipare a una sessione iniziale informativa per far conoscere i benefici, le caratteristiche del procedimento e i risultati, e per promuovere il suo utilizzo prima di andare in tribunale.

Il tentativo di mediazione istituzionalizzato, come obbligo e come condizione di procedibilità della giurisdizione, in alcuni sistemi giuridici offrono risultati ancora ambivalenti in termini di efficienza. I pochi studi empirici mostrano un risparmio delle parti sui costi del processo, anche se ci sono dubbi circa i risparmi dichiarati in caso di ritardo oppure non adempimento degli accordi. Ma il profondo studio compiuto nella Catalogna in occasione del Libro Bianco della mediazione mostra come l’uso della mediazione nell’ambito civile garantirebbe per l’amministrazione della giustizia una sensibile diminuzione dei costi.

Come ha avuto occasione di dichiarare la Corte di giustizia dell’Unione europea nel caso di Telecom Italia SpA, né il principio di equivalenza né quello della tutela giurisdizionale effettiva potrebbero essere influenzati dall’introduzione dell’obbligo di un tentativo obbligatorio di conciliazione, a condizione che ciò non comporti: (i) una decisione vincolante per le parti, (ii) notevoli ritardi per la presentazione di un ricorso ai tribunali, (iii) la mancata sospensione del termine di prescrizione, (iv) costi sproporzionati per le parti, (v) ed a condizione che le modalità elettroniche non diventino l’unica strada di accesso alla procedura di conciliazione.

Nessuno meglio delle stesse parti sa qual è la soluzione che si adatta meglio ai propri interessi e bisogni, in modo che la mediazione, come metodo di trovare da se stessi una soluzione, ha dimostrato di essere molto efficace e ha goduto di un largo consenso in tutti i paesi. Per preservare questa libertà ed autonomia e per offrire certezza e fiducia, alcuni paesi, istituzioni non governative e centri di mediazione hanno proceduto a legiferare per dotarsi di strumenti che fissano alcuni principi guida e standard strutturali.

La mediazione e i mezzi alternativi di risoluzione delle controversie hanno successo quando il professionista ha esperienza specifica e formazione. Dal momento che l'accordo raggiunto ha rilevanza giuridica, esso di solito viene generato sotto la supervisione di un professionista con formazione giuridica. È così che l'accordo supera il filtro della legalità e legittimità, perché l'autoregolamentazione di privati interessi e il principio *pacta sunt servanda* non garantisce sempre l'equilibrio degli accordi, oppure la razionalità o la protezione del più debole o, in ultima analisi, la sua compatibilità con i principi e i valori costituzionali.

Nella maggior parte dei paesi l'inizio del procedimento di mediazione provoca la sospensione della prescrizione o decadenza dei diritti e delle azioni e si tende a garantire che il loro uso non comporti la preclusione del ricorso alla giurisdizione. Va notato che questo effetto è stato correttamente stabilito dalla Direttiva 2008/52/CE.

Oggi la mediazione può essere configurata all'interno del sistema giuridico come istituzione articolata di giustizia non-giurisdizionale completamente integrata nella struttura dell'amministrazione della giustizia. Al fine di rendere questo metodo di gestione e risoluzione delle controversie fenomeno pienamente integrato nel sistema della giustizia sarebbe anche opportuno prevedere la possibilità che il risultato raggiunto dalle parti possa risultare vincolante e applicabile sempre che non sia contrario alla legge.

Pare prudente, infine, per preservare la natura volontaria della mediazione, che la stessa sia una scelta consapevole e non una imposizione del sistema di mediazione intesa quale condizione di procedibilità, oltre a non sottovalutare le conseguenti questioni di legittimità costituzionale. Sarebbe molto utile perciò costruire un sistema istituzionalizzato di informazioni che possa mettere in evidenza i vantaggi di una mediazione al fine della soluzione di una controversia.

Bibliografía

- Auerbach J. (1983) *Justice Without Law?* Oxford: Oxford University Press.
- Barrington, L, Mills, K, y Swee, T (2001) "Selected perspectives on ADR in Asia", *ADR Internacional applications – Special supplement 2001, ICC International Court of Arbitration Bulletin*, p. 40.
- Berman, G. (1999) "The Discipline of Comparative Law in the United States", *Revue internationale de droit compare* 4, pp. 1040.
- Blankenburg, E (1991) "Legal Cultures Compared", *Doñati Proceedings*, n. 12, 1991, editado por Blankenburg, Commaille y Galanter, p. 11 a 21.
- Boulle, L (2001) "Australian ADR and the Issue of Judicial Discretion", en *ADR Internacional Applications –Special supplement 2001, ICC International Court of Arbitration bulletin*, p. 41.
- Buti, A. (2010). *I segreti della mediazione*. Dirittomoderno.it. Edizioni C.S.P.
- Cappelletti, M. (1978-79) *Access to Justice*. Giuffrè Ed. Milan. 5 volúmenes.
- Casanovas, P. (1998) "Las formas sociales del derecho contemporáneo: el ius commune". *Working Paper, n. 146*, Instituto de Ciencias políticas y Sociales de Barcelona.
- Casanovas, P. y Poblet, M. (2000) "Notas preliminares sobre la transformación de la cultura jurídica profesional en España", Capítulo 8. Instrumentos metodológicos para el Estudio de las Instituciones. Mónica Bécue, Ed., p. 123-139.
- Castells, M. (2009) «The New Public Sphere: Global Civil Society, Communication Networks, and Global Governance». En: *International Communication: a Reader*. Daya Kishan Thussu (ed.). New York: Routledge.
- Constantinesco, L.J. (2000) *Il metodo comparativo*. G. Giappichelli Editore, edizione italiana di A. Procida Mirabelli di Lauro. Torino. Título original: *Die rechtsvergleichende methode, Band II, Rechtsvergleichung*, Carl Heymanns-Verlag, Colonia, 1972.
- Costantino, C.A. (2008) "Second Generation organizational conflict Management Systems design: a practitioner's perspective on emerging issues". Presentación en el simposium *Harvard Negotiation Law Review* de 2008 (7 de marzo de 2008).
- Davis, W.E. (1996), "Diseño de sistemas para resolver conflictos: la experiencia con multipuertas en Estados Unidos". *Mediación: una transformación en la cultura* / coord. por Julio Gottheil, Adriana Schiffrin, p. 191-215
- Delfini, F. (2010) "La mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali ed il ruolo dell'Avvocatura", *Rivista di diritto privato*, enero-marzo, pp. 131-141.
- Favale, R. (2010) "Procedura estesa alla responsabilità medica", *Guida al Diritto, Il Sole 24 ore*, mayo, dossier 4, p. 84-87.

- Fiss, O. (1984) "Against Settlement", 93 Yale L.J. 1073.
- Fiss, O. (2007) "Contra la conciliación", *El derecho como razón pública*. Editorial Marcial Pons.
- Friedman, L. (1997) "Legal Culture and the Welfare State" en Macaulay, S. Lawrence, M, Friedman, J. (1997) *Law & Society: readings on the Social Study of Law*, p. 269 -303.
- Friedman, L. (2003) *Legal Culture in the Age of Globalization. Latin America and Latin Europe*. Edited by Friedman, L., and Pérez Perdomo, R., Standford University Press, California.
- Galanter, M. (1985) "A Settlement Judge, Not a Trial Judge: Judicial Mediation in the United States". *Journal of Law and Society*, 12, pp. 1-18.
- Galanter, M. & Lande, J. (1992) "Private Courts and Public Authority" *Studies in Law, Politics and Society*, vol. 12, pp. 393 - 415.
- Genn, V.H. (2002) "Court Base ADR Initiatives for Non Family Civil Diputes: the Commercial Court and the Court of Appeal", *Research Series*, n. 1/02, marzo 2002, p. 73 a 77.
- Giacomelli, S (2003) *La via Della conciliazione*, Ipsoa. p. 42 y ss.
- Gizzo, V. (2010) "In pole position il sistema Camere di Commercio", *Guida al Diritto, Il Sole 24 ore*, mayo, p. 102-105.
- Gray, W. (1995) "The Challenge of Asian Law". *Fordham International Law Journal* 19, p. 37.
- Grossi, (2000) "Globalizzazione e pluralismo giuridico", *Quaderni Fiorentini* 29, pp. 551-558.
- Habermas, J (1996) *Between Facts and Norms*. William Rehg.
- Haley, J.O. (1978) "The Myth of the Reluctant Litigant" (1978) 4 *Journal of Japanese Studies*, pp. 359 y ss.
- Harding, (2002) "Global Doctrine and Local Knowledge: Law in South East Asia" *International and Comparative Law Quarterly*, 51, pp. 35.
- Hattotuwa, S LAWS 7841 (Theories of Dispute Resolution) Essay. Mediation from the palm of your hand: Forging the next generation of ODR systems. [artículo en línea].
- Hennuy, L y Lobet-Maris, C (2001) "A socio-organisational, institutional and economical evaluation of alternative dispute resolution in Europe". Informe de CITA - FUNDP, mayo 2001 (<http://www.info.fundp.ac.be/~cita/>), llevado a cabo por FUNDP, *Institut d'Informatique*.
- Hensler, D. R. (2003) "Our Courts, Ourselves: How the Alternative Dispute Resolution Movement Is Re-Shaping Our Legal System", 108 *Penn St. Law Review*, 165, pp 187.
- Kawashima, T (1963) "Dispute Resolution in Contemporary Japan". *Law in Japan: the Legal order in a changing Society*, 1963, Von Mehren A. ed.

- Kelemen, R.D. y Sibbitt, E. (2002) "The Americanization of Japanese Law" *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 23, pp. 269.
- Legrand, P. (2001) What "Legal Transplants?", Nelken & Feest (eds.), *Adapting Legal Cultures*, pp. 55.
- Lipski, D. y Seeber, RL (1998) *The appropriate Resolution of Corporate Disputes, A report on the Growing Use of ADR by U.S. Corporations* (Cornell/PERC Institute on Conflict Resolution. Price waterhouse Coopers LLP.
- Macaulay, S. (1997) "Lawyers and Consumer Protection Laws" en Macaulay, S. Lawrence, M, Friedman, J. (1997) *Law & Society: readings on the Social Study of Law*, p. 837- 872.
- Mattei, U. (2007) «Access to Justice. A Renewed Global Issue» *Electronic Journal of Comparative Law*, 11, pp. 3. [recurso en línea: http://works.bepress.com/ugo_mattei/34, último acceso en fecha 10 de julio 2010].
- Mattei, U; Nader, L (2008) *When the Rule of Law is Illegal*. Blackwell Publishing.
- Merryman, J., Clark, D., Haley, J.O. (1994). *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America and East Asia*.
- Mourre, A (2001) "Mediation and French Law: Recent Landmarks in Legislation and Case Law", *ADR International Applications – Special supplement 2001, ICC International Court of Arbitration Bulletin*, p. 73.
- Mulcahy, L. (2001) "The Possibilities and Desirability of Mediator Neutrality – Towards an Ethic of Partiality?", *Social and Legal Studies*, 10, pp. 505-527.
- Mullerat, R. (2009) "The IBA Guidelines on Conflicts of Interest Revisited. Another Contribution to the Revision of an Excellent Instrument, which Needs a Slight Daltonims Treatment", [recurso en línea] <http://www.uoc.edu/symposia/adr/>
- Nishikawa, R (2001) "Judges and ADR in Japan", *Journal of International Arbitration* 18 (3), p. 365.
- Nottage, L.R. (2002) "Is (International Commercial) Arbitration ADR?" *The Arbitrator and Mediator*, 20 pp. 83.
- Nottage, L (2002) "Comparative Law, Asian Law, and Japanese Law". En Conferencia *Law, Transition and Globalization*, University of Washington, Seattle, 28 Mayo.
- Oda, H. (1992) *Japanese Law*. London: Butterworths.
- Plant, D.W. (2001) "ADR in the United states of America" *ADR Internacional Applications –Special supplement, ICC Internacional Court of Arbitration bulletin*, p. 78.
- Potter, P. (2000) "Globalisation and Local Legal Culture: Dilemma's of China's Use of Liberal Ideals of Private Property Rights" *Australian Journal of Asian Law* 2, pp. 1.

- Rees, C. (2010) "Mediation in Business-Related Human Rights Disputes: Objections, Opportunities and Challenges. Corporate Social". Responsibility Initiative Working Paper No. 56. Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University.
- Sánchez, V. M. (2009) *Derecho internacional público*. Huygens Editorial.
- Sandrock, O. (2009a) *Significato e metodo del diritto civile comparato*. A cargo de Rocco Favale. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.
- Sandrock, O. (2009b) "La comparazione pratica", *Rassegna di diritto civile*, p. 235.
- Sarat, A.; Grossman, B. (1975) «Courts and Conflict Resolution: Problem in the Mobilisation of Adjudication», *American Political Science Review*, Vol.69.
- Sebenius, J.K. (2001) "Six habits of merely effective negotiators" abril 2001, *Harvard Business Review* 87.
- Soldati, N.; Luiso, F.P.; Deodato, G.; Riccardi, C.; Vacca, C.; Ulloa, F.; Lucarelli, P.; Ristori, L.; Carrara, C.; Cicogna, M.A.; Necchi, C.; Bandini, A.; Brunelli, C.; Valerini, F.; Romualdi, G.; De Rita, M.; Ruscetta, F.; Ferrara, E (2010), *La mediazione*. Giuffrè ed.
- Spencer, D. (2000) "Litigation: Court given power to order ADR in civil actions". *New South Wales, Australia readers*, (2000) 38 (9) LSJ 71.
- Spiller, P. (1999), *Dispute Resolution in New Zealand*, Auckland, Oxford University Press.
- Tamanaha, B. (2008) "Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global" http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1010105
- Tan, P.L. (1997) "Asian Legal Systems: Law, Society and Pluralism in East Asia".
- Tanaka, H. (1985) «The role of law in Japanese society: comparisons with the West», *University of British Columbia Law Review*, Vol. 19.
- Vargas Pavez, M. (2008) "Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación". *Revista de derecho*, V. XXI, n. 2, diciembre de 2008, p. 196.
- Vigoriti, V. (2009) "La Direttiva Europea sulla mediation, quale attuazione", *Rivista Arbitrato*, 01, 1.
- Vilalta, A.E. (2009) "La cultura del diálogo y la justicia relacional como tercera vía". *Revista IDP*, n° 8, UOC.
- Yoshida, M. "The reluctant Japanese Litigant, a new assessment". *Electronic journal of contemporary japanese studies*, Paper 5, 2003 [EJCJS 13 Octubre 2003].
- Young, M. (2001) "Influence of Japanese Law, Legal Institutions and Legal Thought on East Asia", Ponencia presentada en el *International Symposium on "Law in the Near Future and Asia* International Institute for Advanced Legal Studies, Kyoto, 10 Noviembre.

Mediazione civile e strumenti alternativi di composizione delle liti

Itinerari

a cura di

Rocco Favale

Marialuisa Gambini

Università degli Studi
di Camerino

Scuola di specializzazione
in diritto civile

Questo volume viene pubblicato con il contributo della Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell'Università degli Studi di Camerino e del Dipartimento di Scienze Giuridiche e Sociali dell'Università degli Studi «G. D'Annunzio» di Chieti-Pescara, nell'ambito del progetto di ricerca della Prof. ssa Marialuisa Gambini finanziato con fondi di Ateneo. Il volume è frutto anche dell'apporto scientifico offerto dalla Fondazione «Scuola di Alta Formazione Giuridica» di Camerino.

FAVALE, ROCCO e GAMBINI, Marialuisa (a cura di)
Mediazione civile e strumenti alternativi di composizione delle liti. Itinerari
Collana: Lezioni della Scuola di specializzazione
in diritto civile dell'Università di Camerino, 33
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013
pp. 504; 24 cm
ISBN 978-88-495-2669-1

© 2013 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7
00185 Roma, via dei Taurini 27

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

ROCCO
Introdu

In g
non sol
haben”
essere s
dei dirit
paratisti
dei dirit
piú diffi
degli or;
tori piú
lare del
rat case
un acco

O. S
such einer
di O. Saic
(ora trad.
2009, p. 9
2. Que
molto utili
it. di A. Pr
di R. Fava
3. A ra
vile, in Co.
lizzare, e c
basé di qu
offrire un
collaterali
gine seria
4. In ge

INDICE - SOMMARIO

<i>Introduzione</i> di ROCCO FAVALE e MARIALUISA GAMBINI.....	pag. 5
---	--------

Parte I

MEDIAZIONE E GESTIONE DEL CONFLITTO

GIOVANNI COSÌ, <i>La gestione dei conflitti</i>	» 13
ANDREA BUTI, <i>La mediazione: una strada per l'umanizzazione del diritto civile?</i>	» 37

Parte II

MEDIAZIONE CIVILE E MODELLI DI ADR NEL DIRITTO ITALIANO

EUFEMIA FERRARA, <i>La mediazione civile</i>	» 59
ANTONIO FLAMINI, <i>La mediazione per la conciliazione e la figura del mediatore</i>	» 75
ROCCO FAVALE, <i>La mediazione e l'obbligo informativo</i>	» 93
CIRO ASCIONE, <i>Clausola di mediazione e giudizio di vessatorietà</i>	» 103
GIOVANNI ARIETA, <i>La domanda di mediazione e le regole di instaurazione del procedimento</i>	» 133
MARIA PIA GASPERINI, <i>Rapporti tra mediazione e giudizio contenzioso nel d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28</i>	» 151
NICOLA SOLDATI, <i>L'accordo di mediazione dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 272 del 2012</i>	» 187
LUCIA RUGGERI, <i>Natura transattiva dell'accordo di conciliazione e res litigiosa</i>	» 235
FRANCESCO RIZZO, <i>Profili patologici dell'accordo amichevole di conciliazione di cui al d. lgs. n. 28/2010</i>	» 259
	501

SALVATORE ANTONELLO PARENTE, <i>I profili fiscali della mediazione conciliativa</i>	» 275
ALDO BERLINGUER, <i>L'arbitro bancario e finanziario: bilancio e prospettive</i>	» 315
MARIALUISA GAMBINI, <i>La risoluzione on-line delle controversie nel commercio elettronico e nelle transazioni telematiche</i>	» 341
MARIA CRISTINA DI PROFIO, <i>Risoluzione alternativa delle controversie in materia di comunicazioni elettroniche</i>	» 381

Parte III

UNO SGUARDO OLTRE L'ITALIA

MARIA PAOLA MANTOVANI, <i>Sistemi di Alternative Dispute Resolution a livello europeo ed internazionale fra sistemi di regolazione del mercato e tutela dei contraenti in condizioni di asimmetria negoziale</i>	» 407
AURA ESTHER VILALTA, <i>Mediazione in diritto comparato. L'esperienza della Catalogna</i>	» 443
IGNACIO DE CUEVILLAS MATOZZI, <i>Annotazioni a margine della normativa sulla mediazione nelle controversie civile e commerciali (Decreto Legge 5/2012)</i>	» 479