



Dalla commissione europea una scelta “flessibile” per il futuro della mediation

Articolo pubblicato su "I contratti" di Ipsoa, gennaio 2005

di **Giovanni Nicola Giudice**

Responsabile del Servizio di Conciliazione
Camera Arbitrale di Milano

Nel procedere al commento della “*Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale*” (2004/0251COD), presentata dalla Commissione Europea in data 22 ottobre 2004, occorre osservare come essa rappresenti l’ulteriore *step* di un percorso che le istituzioni europee hanno avviato da diversi anni. Momento conclusivo di un ampio dibattito che ha coinvolto istituzioni ed esperti della materia in tutta Europa già nella realizzazione del Libro Verde del 19 aprile 2002, questa Proposta apre una nuova fase che coinvolgerà direttamente gli Stati membri, imprimendo un’ulteriore accelerazione allo sviluppo della *mediation* in tutto il continente.

Il primo tema affrontato nel testo è tra quelli, com’è noto, più dibattuti. In Italia e in molti altri paesi si sono, infatti, sollevate accese discussioni su quale terminologia adottare: conciliazione o mediazione? La Commissione ha, saggiamente, ritenuto di non risolvere in modo definitivo la questione, lasciando ai legislatori (e ai linguisti)... l’ardua sentenza. La mediazione è dunque indicata, nella Proposta, come “*qualunque procedimento, indipendente dalla denominazione, dove due o più parti della controversia sono assistite da un terzo allo scopo di raggiungere un accordo sulla risoluzione della controversia*” (art.2, lettera a) mentre il mediatore è “*qualunque terzo che gestisce la mediazione, indipendentemente dalle denominazione o dalla professione di questo terzo*” (art.2, lettera b)¹.

La Commissione non prende una posizione definitiva neppure riguardo le varie questioni relative all’approccio e allo stile di mediazione che sarà adottato. In tale definizione possono dunque convivere le diverse scuole di pensiero sostenitrici della *facilitative mediation* e dell’*evaluative mediation* così come sembrano poter convivere modelli tra loro concettualmente assai distanti di mediazione (basti pensare alla mediazione commerciale, familiare e sociale). Ci si può a tale proposito domandare se il legislatore nazionale riterrà opportuno disciplinare ambiti così differenti con il medesimo strumento, giacché l’art. 1.1 prevede che la Direttiva si applichi “*in materia civile e commerciale*”.

¹ Il legislatore italiano, fino ad ora, ha impiegato, nell’ambito delle controversie commerciali, il termine conciliazione. Anche nella prassi operativa, tale termine è ormai ampiamente riconosciuto e utilizzato: le Camere di commercio italiane, così come i principali organismi pubblici e privati che sono sorti in questi anni intorno alla realtà della *business mediation* italiana, utilizzano tutti concordemente il termine conciliazione. In ambiti non commerciali (controversie familiari, penali, scolastiche, internazionali, sociali, ecc.) è, viceversa, invalso l’impiego del termine “mediazione”. In ossequio al termine utilizzato nel testo ufficiale, sarà utilizzato il termine “mediazione”, dando però per scontata (almeno in questa sede) l’assoluta interscambiabilità dei due termini.





Partendo da queste premesse l'obiettivo, evidenziato dall'art.1.1, è di facilitare l'accesso alla giustizia promuovendo l'utilizzo della *mediation*. La Commissione ritiene pertanto che questo strumento possa essere una valida alternativa per i cittadini europei che intendano esercitare il loro diritto alla giustizia anche con forme che prescindano da un diretto coinvolgimento del giudice.

Proprio il ruolo delle corti assume un aspetto di rilievo nell'impostazione generale del documento. Da un lato viene chiarito che la disciplina della *mediation* non riguarda la cosiddetta "conciliazione giudiziale" e, più precisamente, i "tentativi messi in atto dal giudice al fine di giungere ad una soluzione transattivi nell'ambito del procedimento giudiziario oggetto della vertenza" (art.2, lettera a), dall'altro agli stessi magistrati sono affidati compiti di estrema importanza: a) valutazione sull'opportunità dell'impiego della mediazione; b) controllo del risultato.

Quanto sub a), l'art. 3.1 richiama, in modo esplicito, la possibilità, per il tribunale investito di una causa "se lo ritiene appropriato ed avuto riguardo alle circostanze del caso, [di] invitare le parti a ricorrere alla mediazione" e può "in ogni caso, richiedere alle parti di partecipare ad un incontro informativo sul ricorso alla mediazione". A prescindere dall'intervento normativo che sarà compiuto dagli Stati membri, risulterà determinante la sensibilità e la preparazione dei giudici, chiamati ad un compito così delicato e importante. Tale attività di impulso potrebbe consentire a tutte le parti, anche le più riottose, di considerare con serio impegno la possibilità di utilizzare la mediazione, soprattutto se tale invito proviene direttamente dall'autorità giudicante che già ha preso in esame la lite.

L'attività di deferimento alla "mediazione delegata", è dunque vista come un forte incentivo alla promozione e sviluppo della mediazione. Si tratta di una scelta che potrebbe aprire le porte ad una applicazione sempre più ampia, in campo europeo, di programmi di *court annexed mediation*, sulla scia di quanto accade, ormai da diversi anni, nei paesi anglosassoni con notevole successo (e come, del resto, già avviene in alcuni paesi europei²).

Per quanto riguarda l'attività di controllo, sub b) essa è espressamente riconosciuta all'art.5, ove si sottolinea la necessità di fornire gli accordi raggiunti a seguito di un incontro di mediazione, di un apposito sigillo di esecutività ("tramite sentenza, decisione, dichiarazione di autenticità o qualunque altra modalità" purché "renda l'accordo esecutivo"), che sarà assicurato dal giudice, attraverso una verifica della regolarità formale dell'intesa raggiunta.

La Commissione Europea si è poi posta il problema di come incentivare l'uso della mediazione, con particolare riferimento alla possibilità di imporla come obbligatoria alle parti in una fase precontenziosa (o, più propriamente, dell'esperimento di un tentativo). Anche in questo frangente, ha prevalso una scelta di compromesso. Non si impedisce, dunque, come taluni commentatori chiedevano in modo esplicito (ritenendo l'obbligatorietà una contraddizione esplicita del principio della volontarietà, che com'è noto caratterizza la mediazione) ma neppure si supporta l'idea, opposta, di imporre le parti a ricorrervi in via obbligatoria. La scelta è quella di fare "salva la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto ad incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio

² A tale proposito, non si può dimenticare l'esperienza italiana, maturata, nel corso del 2004, presso la CCIAA di Teramo, d'intesa con il locale Tribunale.





del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca il diritto di accesso al sistema giudiziario” (art.3.2).

Una posizione più chiara emerge nel successivo art.4, in materia di “*Garanzia della qualità della mediazione*”. Si tratta, è bene chiarirlo, di un tema delicato e ben noto ai cultori della materia e sul quale, anche in Italia, sono fioriti dibattiti dai toni accesi, soprattutto a seguito dell’entrata in vigore del Decreto del Ministero della Giustizia n°222/2004, in materia di conciliazione delle controversie societarie. In tal senso, la Proposta di Direttiva assume una posizione di particolare favore per la creazione di codici di condotta e per la formazione dei conciliatori. Vale la pena di interrogarsi sull’opportunità di prevedere meccanismi di controllo della qualità riguardante la fornitura dei servizi di mediazione. L’affermazione, di principio condivisibile, potrebbe aprire la strada, nel concreto, all’introduzione di percorsi di controllo della qualità di non sicura efficacia.

L’art. 6 (*Ammissibilità delle prove nei procedimenti civili*) è forse il passaggio di maggiore importanza dell’intero documento. La riservatezza è, come noto, tema di grande rilievo per le fortune di qualsivoglia forma di *mediation* in Europa. Le esperienze, in ogni angolo del mondo, dimostrano come il rispetto di tale principio possa risultare, seppure forse più a livello ipotetico che reale, un vero tallone d’Achille. Si rende pertanto opportuna una copertura normativa esplicita che garantisca la confidenzialità di quanto può emergere nel corso dell’incontro di mediazione. Il testo dell’articolo in questione suona, in questo senso, rassicurante³. Vengono, infatti, contemplati i casi in cui è fatto divieto ai mediatori e a coloro che, in qualità di amministratori della procedura, hanno gestito la controversia, di rendere testimonianza o fornire prove. Logica conseguenza è che tali testimonianze o prove non possono essere ordinate dal giudice. Altrettanto appropriato è il prevedere le necessarie eccezioni alla regola della riservatezza, la più importante delle quali è senza dubbio il

³ Riportiamo, per completezza d’esposizione, il testo dell’art.6 :“I mediatori, al pari di ogni altro soggetto coinvolto nell’amministrazione di servizi di mediazione, non devono, nei procedimenti civili, rendere testimonianza o fornire prove in merito alle seguenti circostanze:

- (a) l’invito di una parte ad intraprendere la mediazione o il fatto che una parte intendesse partecipare alla mediazione;
 - (b) opinioni espresse o suggerimenti di una parte della mediazione rispetto ad una possibile definizione della controversia;
 - (c) dichiarazioni o ammissioni rese da una parte nel corso della mediazione;
 - (d) proposte del mediatore;
 - (e) il fatto che una parte abbia espresso la sua volontà di accettare una proposta di accordo del mediatore;
 - (f) un documento predisposto esclusivamente ai fini della mediazione.
2. Il paragrafo 1 si applica indipendentemente dalla forma dell’informazione o della prova di cui sopra.
3. La comunicazione delle informazioni di cui al paragrafo 1 non può essere ordinata da un tribunale o da un’altra autorità giudiziaria nei procedimenti giudiziari civili e, se tale informazione è offerta come prova contravvenendo al paragrafo 1, essa deve essere considerata inammissibile. Ciò nonostante, tale informazione può essere comunicata o ammessa come prova
- (a) nella misura in cui essa è necessaria al fine dell’applicazione o dell’esecuzione dell’accordo transattivo raggiunto quale risultato diretto della mediazione;
 - (b) per superiori considerazioni di ordine pubblico, in particolare se richiesta per assicurare la protezione di minori e per scongiurare un danno all’integrità fisica o psicologica di una persona, oppure
 - (c) se il mediatore e le parti sono d’accordo.
4. Le disposizioni dei paragrafi 1, 2 e 3 si applicano sia che il procedimento giudiziario sia relativo alla controversia oggetto della mediazione oppure no.
5. Con riferimento al paragrafo 1, la prova che è altrimenti ammissibile nei procedimenti giudiziari non diventa inammissibile in conseguenza del fatto di essere stata adoperata in una mediazione”





consentire l'esecuzione dell'accordo raggiunto dalle parti, nel caso in cui ciò si renda necessario.

L'art.7, infine, fornisce agli Stati membri una precisa indicazione riguardo la sospensione di "qualsivoglia termine di prescrizione o decadenza" che deve essere garantita in casi specifici, qualora le parti abbiano deciso di esperire un tentativo di mediazione, quando questo sia stato ordinato dal giudice o, ancora, nel caso in cui tale obbligo derivi da una prescrizione normativa.

In generale, la proposta di Direttiva può essere vista come un fatto positivo per i sempre più numerosi supporter della mediazione. Emerge in modo chiaro l'intenzione di valorizzare sempre più lo strumento, fortificandone i presupposti fondamentali: la volontarietà, la riservatezza e la qualità dell'opera offerta dal mediatore.

Le perplessità emergono nel momento in cui si osservi come numerosi delicati quesiti (ad es.: la scelta tra mediazione facilitativa e valutativa; la tipologia di controversie alle quali la mediazione può essere applicata) siano rimasti senza una precisa risposta.

Si può ravvisare, da parte della Commissione, l'intenzione di aggirare le questioni più spinose per demandarne la soluzione alla disciplina del legislatore nazionale. In attesa del testo definitivo della Direttiva, si può parlare di una Direttiva "a maglie larghe", all'interno della quale gli Stati membri troveranno un margine d'azione forse troppo ampio. V'è dunque il rischio che in taluni paesi (e, tra questi, l'Italia) possano prevalere logiche più conservatrici, poco inclini all'impiego di uno strumento innovativo come quello della mediazione.

In altri termini, una direttiva troppo generica rischia di vanificare lo scopo per il quale essa è stata concepita.

È però vero che la mediazione è fenomeno poliedrico, difficilmente classificabile in schemi e norme rigide. La Commissione ha optato per mantenere un certo distacco dalle posizioni più radicali (e più rischiose), adottando un approccio flessibile, forse più in linea con lo spirito stesso della mediazione, strumento che, considerato il trend registrato in questo ultimo quinquennio, conoscerà una crescente diffusione ed applicazione operativa nel corso nel prossimo futuro.

Milano, 29/11/2004

