

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN INGHILTERRA ED IN ITALIA

Maria Chiara Di Gangi*

*Avvocato del Foro di Palermo, Dottore di Ricerca in Diritto Comparato, Arbitro.

SOMMARIO: 1. I fondamenti dottrinali della soluzione delle controversie alternativa al processo. 2. Le riforme del processo civile in Inghilterra: dalla cultura *adversarial* alla previsione legislativa del movimento di ADR. 3. Le alternative inglesi al processo civile innanzi alle corti ordinarie. 4. ADR e politiche comunitarie. La Raccomandazione R(98)/1 del Consiglio d'Europa del 19 gennaio 1998 ai governi degli Stati membri. 5. L'interesse del Legislatore italiano ad una soluzione alternativa delle controversie.

1. I fondamenti dottrinali della soluzione delle controversie alternativa al processo.

L'aspirazione prospettata da P.S. Atiyah¹, nel lontano 1978, circa la riconciliazione tra le due funzioni (“*dispute-settlement*” e “*hortatory function*”) alle quali è preordinato il procedimento giudiziario, da attuarsi mediante una crescente coesistenza di “*rules and discretions*”, sembra profetizzare l'evoluzione postuma del dibattito concernente i metodi di risoluzione alternativa delle controversie.

La tensione tra le due suddette funzioni trovava la sua forma dapprima nel preferire una decisione basata sul principio di diritto, avente funzione esortatoria tendente ad influenzare il comportamento degli individui, e, in un secondo momento, nella successiva prevalente fiducia in una decisione pragmatica, tendente a rendere giustizia nelle particolari circostanze del caso concreto, indipendentemente dal possibile impatto che la decisione stessa potesse avere nel futuro².

Il medesimo anno, il professore M. Cappelletti declinava la necessità del suo progetto fiorentino “*Access to Justice*”³, in considerazione dell'improcrastinabile dovere di assicurare il riconoscimento e l'effettività dei

¹ P.S. Atiyah, *From Principles to Pragmatism: Changes in the Function of the Judicial Process and the Law*, in *Iowa Law Review*, vol. 65, 1979-1980, p. 1271.

² P.S. Atiyah, *ibidem*, p. 1256: “*Justice can only be done by the individualized, ad hoc approach, by examining the facts of the particular case in great detail and determining what appears to be fair, having regard to what has happened*”; p. 1268: “*The pain from perpetuating an unhappy marriage today seems a much more potent ground for deciding what to do about that marriage than the remote and distant prospect that today's decision may prevent several unhappy marriages in the future*”.

³ M. Cappelletti e B. Garth, *Access to Justice*, vol. I, Milano- Alphenaaandenrijn, 1978, p. 6: “*The words <<access to justice>> serve to focus on two basic purposes of the legal system – the system by which people may vindicate their rights and /or resolve their disputes under the general auspices of the state. First, the system must be equally accessible to all, and second, it must lead to results that are individually and socially just*”.

diritti di tutti i cittadini nonché di riconoscere la possibilità di una soluzione delle controversie, focalizzata sulla giustizia del caso concreto, al fine di promuovere l'armonia e la pace nella società. Tale progetto era articolato in tre "ondate": superare l'ostacolo economico per il quale molte persone non sono in grado di accedere alla tutela delle corti di giustizia ("*the first wave: legal aid for the poor*"), assicurare la tutela di alcuni diritti collettivi/diffusi ("*the second wave: representation of diffuse interest*") ed infine semplificare le procedure creando alternative alla giustizia delle corti ("*the third wave: a new <<access-to-justice approach>>*") in relazione a "*the need to relate and adapt the civil process to the type of dispute*"⁴.

A tal proposito, I. H. Jacob⁵, esaminando l'esplicazione dell' "*Access to justice*" in Inghilterra, vi ricomprendeva i "*settlement or compromise*", considerati quali "*alternative to adjudication by Court or Tribunal*". Il medesimo Autore affermava inoltre come non ci fossero solo due metodi per l'esaurimento dei procedimenti giudiziari. Oltre al primo metodo, risolvendosi nell'accordo tra le parti, ed al secondo, concernente la funzione del giudicare propria alle Corti, ne individuava un terzo: la conciliazione⁶, che, in Inghilterra, già dal 1974, ebbe un forte ruolo nell'ambito dei procedimenti matrimoniali.

Dall'altra parte dell'Atlantico, nel 1981, Derek C. Bok, in ragione dell'evidente proliferazione delle norme, delle cause giudiziarie, dei ritardi propri alla definizione delle controversie, dell'aumento del costo dei servizi legali, nonché delle leggi troppo elaborate e della complessità delle procedure - tali da scoraggiare le classi povere a difendere i propri diritti - , affermava come la società rivendicasse "*higher standards of fairness and decency*"⁷. L'Autore constatava come le decisioni enfatizzassero troppo le peculiarità di ciascun caso, smarrendo un più vasto punto di vista. Così il potere giudiziario era intento a sovrintendere "*the isolated fragments of human conflict that come before it. No one feels responsible for the operation of the entire system or worries whether the different parts fit together in a coordinated whole*"⁸. Al fine di sfuggire dalla morsa dei difetti del sistema giudiziario, l'Autore

⁴ M. Cappelletti e B. Garth, *Access to Justice*, op. cit., p. 52.

⁵ I.H.Jacob al tempo era Senior Master of the Supreme Royal Court of Justice.

⁶ I.H.Jacob, *Access to Justice in England*, in M. Cappelletti e B. Garth, *Access to Justice*, op.cit., p. 462: "*It should be pointed out that there are not two but three methods for the disposal of proceedings. The first is by settlement between the parties, and the second is by adjudication or determination by the court; but, in addition, there is a third method, namely, by the process of conciliation, under which the parties who cannot agree to a settlement between themselves may be assisted by an authoritative person or body to reach a compromise without being categorised as victor or loser*" (...). "*Conciliation is a socially valuable process for adjusting relations between parties who are in controversy. It is a method of producing greater social harmony and understanding, a process for bringing parties together rather than increasing the tension and estrangement between them*".

⁷ Cfr. Derek C. Bok, *A Flawed System of Law Practice and Training*, in *Journal of Legal Education*, vol. 33, 1983, p. 575.

⁸ Cfr. Derek C. Bok, *A Flawed System of Law Practice and Training*, op. cit., p. 577.

esortava i giudici, gli avvocati ed i legislatori a compiere uno sforzo teso al miglioramento, che tuttavia non poteva prescindere da una diversa impostazione dell'educazione legale. Le università americane infatti - affermava l'Autore - insegnano agli studenti a pensare come avvocati, ovvero li allenano “*more for conflict than for the gentler arts of reconciliation and accomodation*”⁹. Nessuna proposta era volta a suggerire altri metodi di soluzione delle controversie, quali la “*mediation*” e la “*negotiation*”, volti ad “*explore new voluntary mechanism that might enable parties to resolve various types of disputes without going to court in the first place*”¹⁰. Pertanto concludeva: “*a handful of schools seem intent upon exploring these opportunities. I am pleased that Harvard Law School can be numbered among these pioneers*”¹¹, così inaugurando il movimento dell'ADR¹² (Alternative Dispute Resolution).

L'esortare il ricorso a tali economici metodi di risoluzione delle controversie, richiedenti il lavoro di esperti mediatori e giudici, formati a giocare un ruolo più attivo nel guidare i procedimenti verso una giusta soluzione, non trovò il consenso di Owen M. Fiss.

Quest'ultimo non riteneva che i *settlements* fossero da preferire al *judgment*, né aderiva agli scopi perseguiti dal movimento dell'ADR, così come inaugurato da Derek C. Bok, consistenti nel preferire la negoziazione della controversia all'azione legale e nell'indurre le parti a cercare l'accordo anche nelle cause pendenti¹³. Ciò perché, sebbene i sostenitori degli ADR esaltassero l'idea dell'accordo preferibile alla sentenza poiché fondato sul consenso di entrambe le parti e volto ad evitare le spese di un giudizio, il *settlement* doveva essere considerato come una tregua - analogo civile del patteggiamento - piuttosto che una vera riconciliazione.

Fiss giustificava il titolo del suo articolo - “*Against settlement*” - attraverso una serie di considerazioni, volte a indebolire la sufficienza di un accordo intercorso tra le parti al fine di risolvere una controversia, così riassumibili: “*the imbalance of power*”, per il quale la disparità delle risorse tra le parti potrebbe inficiare l'accordo, poiché la parte economicamente più povera sarebbe meno capace di analizzare le informazioni - necessarie a predire l'esito del contenzioso - e, quindi, maggiormente svantaggiata nella negoziazione. Un attore indigente, altresì, potrebbe essere sfruttato da un “*rich defendant*”, poiché il bisogno economico del primo sarebbe talmente grande da costringerlo ad accettare una somma comunque inferiore a quella che avrebbe ottenuto se avesse aspettato il giudizio. Infine, la parte

⁹ Cfr. Derek C. Bok, *A Flawed System of Law Practice and Training*, op. cit., p. 583.

¹⁰ Cfr. Derek C. Bok, *A Flawed System of Law Practice and Training*, op. cit., p. 582.

¹¹ Cfr. Derek C. Bok, *A Flawed System of Law Practice and Training*, op. cit., p. 584.

¹² Per un'ampia panoramica delle radici storiche dell'ADR v. O.G. Chase, *Law, Culture, and Ritual*, New York, 2005, p. 100 ss; E. Silvestri, *Osservazioni in tema di strumenti alternative per la risoluzione delle controversie*, in G. Alpa e R. Danovi (a cura di), *La risoluzione stragiudiziale delle controversie ed il ruolo dell'avvocatura*, 2004, Milano, p. 155 ss.

¹³ Owen M. Fiss, *Against Settlement*, in *Yale Law Journal*, vol. 93, 1983-1984, p. 1073.

economicamente debole potrebbe essere costretta a negoziare, poiché priva di risorse adeguate per affrontare e giungere al giudizio.

Altra considerazione, tale da non giustificare il ricorso ad un accordo, è rappresentata dalla “*absence of authoritative consent*” in quelle cause in cui siano coinvolte le “*organizations*”, le “*corporations*” o le “*unions*”, che identificano, attraverso procedure interne, le persone autorizzate a rappresentarle. Il presidente di un’associazione, ad esempio, potrebbe accettare un accordo al solo fine di preservare il proprio potere all’interno dell’organizzazione, senza pensare di dovere subordinare tale accordo alla ratifica dei singoli membri dell’associazione stessa¹⁴. Così per quest’ultimi l’accordo sarebbe il frutto di una costrizione.

Un’ulteriore argomentazione, avanzata da Fiss, si riferisce all’eventualità in cui una parte, dopo essere giunta ad un accordo con l’avversario, chieda tutela al giudice. Quest’ultimo sarebbe così costretto a ricostruire la situazione esistente in epoca antecedente all’accordo, per decidere se persista. Per tale ragione è evidente come la lusinga del *settlement*, consistente nell’ardua pretesa di evitare la necessità di un processo, comporti la mancanza “*of a foundation for continuing judicial involvement*”.

Lo scetticismo di ricorrere all’accordo negoziale tra le parti trova il suo apice nel considerare la funzione svolta dalle corti nel sistema politico americano, poiché “*a settlement will thereby deprive a court of the occasion to render an interpretation*”¹⁵.

Così Owen M. Fiss giungeva alle conclusioni individuando la linea di demarcazione tra il suo pensiero e quello di Derek C. Bok, ravvisandola nella diversa prospettiva volta a concepire lo scopo dell’azione legale civile e il suo ruolo nella società.

Mentre il sostenitore dell’ADR guardava alla funzione del giudicare in termini privatistici, considerando quale scopo delle azioni legali e delle corti civili quello di risolvere le singole controversie, Fiss considerava l’*adjudication* in termini pubblicistici: “*civil litigation is an institutional arrangement for using state power to bring a recalcitrant reality closer to our chosen ideals*”¹⁶. Il potere giudiziario era così guardato attraverso la lente dello Stato quale perno regolatore delle condotte.

Tale prospettiva è stata sintetizzata da Judith Resnik allorché alla decisione neutrale prodotta dai giudici, espressione del potere statale, accosta il “*serious competitor, committed to the utility of contract and looking to the participants*”.

¹⁴ Fiss affermava che anche il giudizio non elimina il rischio che ci sia un’azione non corrispondente alla volontà dei membri di un gruppo. Tuttavia, proseguiva: “*there is a conceptual and normative distance between what the representatives do and say and what the court eventually decides, because (...) the authority of judgment arises from the law, not from the statements or actions of the putative representatives and thus we allow judgment to bind persons not directly involved in the litigation even when we are reluctant to have settlement do so*”. Cfr. Owen M. Fiss, *Against Settlement*, op. cit., pp. 1080-1081.

¹⁵ Cfr. Owen M. Fiss, *Against Settlement*, op. cit., p. 1085.

¹⁶ Cfr. Owen M. Fiss, *Against Settlement*, op. cit., p. 1089.

to validate outcomes through consensual agreements produced through process styled <<alternative dispute resolution>> (ADR)”¹⁷.

Le azioni civili, quindi, si sono storicamente trovate tra il costituzionalismo - tendente a realizzare quel potere pubblico che s’incetra sull’*adjudication* - ed il contratto, che mira a massimizzare le utilità di ciascun contraente.

In epoca antecedente così anche Lord Diplock, nel caso *Bremer v. South India Shipping Corporation Ltd*¹⁸ del 1981, sottolineava il ruolo costituzionale svolto dalla giustizia civile del sistema giuridico inglese, affermando: “*Every civilised system of government requires that the state should make available to all its citizens a means for the just and peaceful settlement of disputes between them as to their respective legal rights. The means provided are courts of justice to which every citizen has a constitutional right of access in the role of plaintiff to obtain the remedy to which he claims to be entitled in consequence of an alleged breach of his legal or equitable rights by some other citizen, the defendant*”.

2. Le riforme del processo civile in Inghilterra: dalla cultura *adversarial* alla previsione legislativa del movimento di ADR.

Il processo civile proprio dell’Inghilterra del XIII secolo, così come consolidatosi attraverso i *Judicature Acts* del 1873-1875, abbracciava un sistema in cui il fulcro del processo era costituito dall’operare delle parti. Il giudice non poteva indirizzare lo svolgimento della causa né assumere i mezzi di prova o determinare i tempi del giudizio¹⁹.

Il ruolo passivo del giudice inglese è infatti riassumibile richiamando una nota espressione: “i giudici siedono nella corte non per poter scoprire la verità, ma allo scopo di poter rispondere alla domanda <<Il battitore è fuori o no?>>”²⁰. Pertanto il ruolo del giudice è stato accostato all’operare di un arbitro del gioco del cricket, che si limita a controllare e verificare il rispetto delle regole. Il sistema accusatorio era quindi incentrato sulla piena libertà delle parti di strutturare il corso del processo. Le parti, infatti, avevano il potere di iniziare e di proseguire il procedimento, indicare nei *pleadings* le questioni di fatto e di diritto che intendevano sottoporre al giudice; avevano – senza una necessaria propedeutica autorizzazione del giudice - il diritto di transigere la causa

¹⁷ Cfr. J. Resnik, *For Owen M. Fiss: Some Reflections on the Triumph and the Death of Adjudication*, in *University of Miami Law Review*, vol. 58, 2003, p. 176.

¹⁸ *Bremer v. South India Shipping Corporation Ltd*, (1981) A.C. 909, 917.

¹⁹ Per una panoramica del processo civile inglese classico si veda: J.I.Jacob, *The Fabric of English Civil Justice*, London, 1987, trad. it. E. Silvestri, *La giustizia civile in Inghilterra*, Bologna, 1995, spec. pp. 27-35.

²⁰ Così F. Pollock e F.W. Maitland, *The History of English Law*, Cambridge, 1968, vol. 2, p. 670-671, laddove in riferimento alla funzione del giudice si afferma: “...*the umpire of our English games, who is there, not in order that he may invent tests for the powers of the two sides, but merely to see that the rules of the games are observed. (...) We are often reminded of cricket-match. The judges sit in court, not in order that they may discover the truth, but in order that they may answer the question, <<How’s that?>>*”.

stabilendo le relative condizioni; svolgevano un ruolo centrale, nel corso del dibattimento, nella conduzione dell'interrogatorio e del controinterrogatorio dei testimoni²¹. Tale libertà delle parti - volta a regolamentare le fasi del processo - non poteva non essere fonte di ritardi, di abusi attuati dalla parte dotata di superiori capacità economiche²², e di giudizi farraginosi.

Così nel 1994 Lord Mackay (Lord Chancellor) conferì a Lord Woolf (Master of the Rolls) l'incarico di effettuare una ricognizione sulle condizioni della giustizia civile inglese e di formulare una proposta di riforma in grado di incrementare l'*access to justice* dell'ordinamento inglese.

Lord Woolf elaborò quindi un progetto di riforma - articolato in un *Interim Report* del 1995²³ ed in un *Final Report* del 1996²⁴, recepiti, seppure con alcune modifiche, nelle *Civil Procedure Rules* (CPR) 1998²⁵ - volto ad attribuire al giudice più ampi poteri circa la gestione delle cause²⁶, ad imporre alle parti il dovere di collaborare tra loro²⁷ e con la corte e ad incentivare il ricorso ai metodi alternativi di soluzione delle controversie (ADR).

²¹ In tal senso cfr. J.I.Jacob, *The Fabric of English Civil Justice*, op. cit., p. 31 ss.

²² Una spinta verso l'elaborazione di un sistema alternativo di soluzione delle controversie si deve alle esigenze di abbattimento dei costi. Cfr. in tal senso A. Miranda, *Il sistema delle A.D.R. nell'esperienza di Common Law*, in *Vita Notarile*, 2003, p. 1241 ss..

²³ Il documento è scaricabile dal sito: www.dca.gov.uk/civil/interim/intro.htm.

²⁴ Lord Woolf, *Access to Justice - Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, July 1996, London: The Stationery Office.

²⁵ Le *Civil Procedure Rules* sono state emanate con Statutory Instruments 1998 No. 3132 e sono entrate in vigore il 26 aprile 1999.

²⁶ L'essenza del c.d. "case-management" si riscontra nel fatto che "*the judicial system as a whole and the courts in individual cases regulate the content and progress of litigation either by issuing standard directions or, in more complicated cases, by making ad hoc determinations of how the case is to proceed*". Cfr. N. Andrews, *English Civil Procedure*, Oxford, 2003, p. 337, § 13.12.

Così l'obiettivo principale delle *Civil Procedure Rules* è di "*enabling the court to deal with cases justly*" [CPR, 1.1 (1)]. La corte ha il dovere di promuovere il suddetto scopo "*by actively managing cases*" [CPR, 1.4 (1)]. Tale "*active case management*" include:

- (a) "*encouraging the parties to co-operate with each other in the conduct of the proceedings; (...)*"
- (e) "*encouraging the parties to use an alternative dispute resolution procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure;*"
- (f) "*helping the parties to settle the whole or part of the case; (...)*"
- (j) "*dealing with the case without the parties needing to attend at court; (...)*"
- (l) "*giving directions to ensure that trial of a case proceeds quickly and efficiently*".

²⁷ Già nella fase anteriore del processo, un'ulteriore innovazione proposta da Lord Woolf ed accolta dalle *Civil Procedure Rules* è rappresentata dai c.d. "pre-action protocols". Quest'ultimi vengono definiti da N. Andrews, *English Civil Procedure*, op. cit., p. 541, § 23.07, quali "*codified statements of <<best or at least reasonable practice>> in dealing with potential claims*". Lo scopo di tali protocolli è proprio quello di incoraggiare lo scambio di complete informazioni tra le parti circa la possibile futura azione legale; di permettere alle parti di evitare di ricorrere ad un contenzioso legale, raggiungendo un accordo sulla controversia in un momento antecedente all'inizio del procedimento giudiziario; di trattare i casi secondo giustizia allorquando il contenzioso giudiziale non possa essere evitato. Cfr. *Practice Direction: Protocols*, 1.4 (1), (2), (3).

3. Le alternative inglesi al processo civile innanzi alle corti ordinarie.

In Inghilterra, il panorama dei metodi alternativi di soluzione delle controversie contempla²⁸:

- 1) *l'Arbitration*: laddove un arbitro è scelto dalle parti al fine di decidere una controversia pronunciando un lodo vincolante²⁹. Così l'arbitro³⁰, terzo ed indipendente ma dotato di uno speciale *background* di conoscenza riguardante il caso che gli viene sottoposto, ascolta le parti³¹ e rende – dopo un formale processo - una decisione vincolante, con la quale risolve l'esito della controversia. La decisione è impugnabile quando sia fornita la prova che l'arbitro sia stato parziale e la pronuncia irragionevole.

Di regola l'arbitrato è usato al fine di risolvere i conflitti concernenti *building and construction, business and commercial, problems at work* e allorquando le parti concordino nel ricorrervi o, infine, qualora vi sia un'apposita clausola in tal senso in un contratto commerciale.

La differenza tra l'arbitrato e la mediazione si ravvisa nel fatto che il primo si sostanzia in un processo formale nell'ambito del quale l'arbitro, terzo ed indipendente, ascolta le parti e pronuncia una decisione che risolve la controversia; nella seconda, invece, il mediatore lavora con tutte le parti e le assiste affinché le medesime trovino una loro soluzione. Inoltre, l'arbitrato differisce dall'*adjudication* e dall'*evaluation* (v. *infra*) poiché quest'ultima ha lo scopo di aiutare la parte che vi ricorre a decidere come trattare la controversia e potrebbe permettere alla stessa di raggiungere una soluzione; l'arbitrato, invece, mira a risolvere una controversia. Anche l'*adjudication* ha per scopo di definire una disputa ma al fine di consentire la prosecuzione di un determinato lavoro³², definitivamente o in attesa della decisione di un giudice o di un arbitro.

- 2) *L'Adjudication* : laddove le parti nominano un soggetto - terzo ed imparziale nonché esperto circa la materia del contendere – a cui deferire la soluzione di un problema tecnico. Può essere usata in qualsiasi tipo di disputa, ma è correntemente usata nelle controversie concernenti i processi d'ingegneria industriale e delle costruzioni. Infatti l'*adjudicator* è spesso un ingegnere nominato dalle parti al fine di rendere una decisione tecnica sulla disputa, vincolante per le parti. Lo scopo dell'*adjudication*, quindi, è sì quello di risolvere una controversia ma al fine di permettere che un determinato lavoro

²⁸ A tal fine, cfr. N. Andrews, *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie in Inghilterra*, in V. Varano (a cura di), *L'altra giustizia*, Milano, 2007, p. 1 ss.

²⁹ Cfr. *Arbitration Act*, 1996.

Per una ricognizione dell'istituto, cfr. B. Zuffi, *L'arbitrato nel diritto inglese. Studio comparatistico sulla natura dell'arbitrato e sull'imparzialità dell'arbitro in Inghilterra*, Torino, 2008.

³⁰ L'arbitro può anche essere un *solicitor*.

³¹ Le parti, nel giudizio d'arbitrato, possono anche essere rappresentate da un *solicitor*. In tal senso cfr. www.lawsociety.org.uk.

³² Ad esempio la prosecuzione di un lavoro d'ingegneria.

possa continuare *ad libitum* o in attesa che arrivi la decisione di un giudice o di un arbitro sul caso.

- 3) *Evaluation*: usata in tutte le tipologie di controversie al fine di fornire un parere obiettivo, per chiarire *a point of law* ed aiutare una parte a decidere sul come procedere. E' un procedimento informale, con il quale può raggiungersi una soluzione senza adire una corte o da usarsi durante una causa al fine di renderla più breve. A tale scopo le parti concordemente nominano un soggetto terzo ed indipendente – *evaluator* - che fornirà il proprio parere sul punto di diritto o sul probabile esito della controversia se questa è sottoposta ad una corte.

Normalmente il soggetto incaricato dell'*evaluation* non partecipa all'eventuale ulteriore svolgimento del caso ma fornisce una valutazione preliminare non vincolante - salvo patto contrario - di tutta o di una parte della controversia³³.

- 4) *Mediation*: laddove il mediatore, terzo indipendente e neutrale, incoraggia ed assiste le parti affinché esse dialoghino e raggiungano un loro accordo circa la risoluzione della lite. La mediazione – strumentale alla soluzione di qualsiasi tipo di controversia - può essere usata anche per evitare di ricorrere ad una corte ordinaria o, durante la pendenza di una causa, al fine di abbreviarla e raggiungere una soluzione prima che la corte emetta la propria decisione. Quindi il mediatore lavora con entrambe le parti e le assiste affinché le stesse trovino un accordo.

La mediazione aiuta a tenere aperta e viva la comunicazione tra i contendenti, incoraggiando un dialogo propositivo.

Benché sia la *mediation* che l'*evaluation* richiedano l'aiuto di un soggetto indipendente e terzo, nella prima il mediatore si limita ad aiutare la parti ad instaurare un dialogo al fine di raggiungere - da loro stesse - una soluzione; l'*evaluator*, invece, considera la posizione delle due parti in lite e pronuncia una propria opinione. L'*arbitrator*, altresì si differenzia dal *mediator* poiché, pur essendo un soggetto terzo ed indipendente ed ascoltando tutte le parti in lite, pronuncia la soluzione del caso. Così mentre nella mediazione l'accordo è frutto di un'autoregolamentazione tra le parti, nell'arbitrato la soluzione della controversia è etero-imposta alle parti. La differenza tra la mediazione e l'*adjudication* risiede, invece, nelle qualità e nel compito dell'*adjudicator*, il quale non è un mediatore ma un esperto – solitamente d'ingegneria industriale o delle costruzioni - chiamato a rendere una decisione tecnica sulla disputa, risolvendo così la controversia, vincolante per le parti.

La "Law Society", organo di rappresentanza dei *solicitors* in Inghilterra e Galles, afferma come quest'ultimi possano ricoprire la carica di mediatori e come i "*solicitor mediators usually specialise in commercial/civil or family mediation*".

Il mediatore, quindi, non può imporre una propria decisione alle parti; la soluzione è costruita dalle parti stesse ed è vincolante una volta che queste abbiano firmato un verbale scritto di mediazione. Infine, nelle controversie

³³ Cfr. *The Admiralty and Commercial Courts Guide*, 2006, sec. G.2.

affrontate attraverso la mediazione familiare, la soluzione può essere vincolante – a seguito di un'apposita consulenza legale – e può anche essere convertita in un ordine emanante da una corte.

- 5) *Negotiation* (transazione negoziata fra le parti): si ha allorché le parti decidano di porre fine alla lite. Tale metodo di soluzione delle controversie, da applicarsi per qualsiasi tipo di disputa legale, può essere usato sia in ambito stragiudiziale sia dopo l'inizio di una causa ma prima che la corte emetta la decisione. La *negotiation* differisce dalla *mediation* poiché nella prima gli avvocati agiscono ed operano per i propri clienti al fine di trovare una soluzione alla controversia, mentre il mediatore lavora con tutte le parti e le assiste affinché le stesse trovino un accordo. La mediazione così può essere usata laddove la *negotiation* non abbia dato esito positivo.
- 6) *Collaborative family law*: tale metodo è usato per risolvere le controversie concernenti *divorce and civil partnership*. Ciascuna parte, a tal fine, firma un accordo per tentare di risolvere la controversia prescindendo da un ricorso giudiziale e nomina un avvocato - specializzato in *collaborative family law* - che partecipa ai successivi incontri. L'utilizzo di tale metodo stragiudiziale di soluzione delle dispute è appropriato – sul presupposto che le parti sentano il genuino desiderio di raggiungere un accordo e siano disposte ad essere precise circa l'ammontare dei propri cespiti – allorché le parti abbiano figli e vogliano raggiungere una soluzione, che metta in primo piano i bisogni e gli interessi di quest'ultimi; ovvero allorché un coniuge non rinunci alla possibilità di mantenere una relazione viva con l'altra parte; oppure qualora un coniuge - che voglia evitare un ricorso giudiziale - desideri che un avvocato lo aiuti a negoziare durante gli incontri stessi. A *contrario* non è possibile ricorrere all'esperimento di *collaborative family law* laddove sia necessaria una decisione giudiziale poiché l'ambito di una legge non sia chiaro ovvero se, al fine di proteggere una parte dalla violenza o per prevenire che l'altra commetta alcunché, sia necessario emettere un'apposita ingiunzione. Così nella *negotiation*, gli avvocati nominati per transigere la controversia - che non raggiungano l'accordo - potranno rappresentare i propri clienti nel successivo procedimento giudiziale; nel *collaborative family law*, le parti - che si accordano per tentare una soluzione del caso, prescindendo da un ricorso giudiziale - nominano i propri avvocati specializzati, i quali, qualora non raggiungeranno l'accordo, non potranno rappresentare le stesse parti successivamente innanzi alla corte. Merita infine di essere menzionata la distinzione che corre tra lo strumento della *mediation* e quello del *collaborative family law*. Nella mediazione la soluzione è costruita dalle parti stesse. Il mediatore si limita ad incoraggiare ed assistere le parti affinché esse dialoghino, ma non può fornire una consulenza legale. Nel *collaborative family law*, invece, ciascuna parte è assistita da un avvocato specializzato che dà consigli legali durante gli incontri volti a trovare una soluzione.

7) *Ombudsman*: in un primo momento, la necessità di ricorrere agli *Ombudsmen* privati³⁴ fu avvertita dalle imprese operanti nel mercato finanziario. Il cliente dell'impresa avrebbe potuto ricorrere al giudizio dell'*Ombudsman* - basato su una ricognizione documentale dei fatti - soltanto allorché il procedimento di reclamo, interno alla stessa, fosse risultato infruttuoso. L'*Ombudsman* così avrebbe risolto la controversia in via conciliativa o - in mancanza di un accordo - in via autoritativa, attraverso una decisione vincolante per l'impresa ma non per il cliente/consumatore, il quale avrebbe potuto sempre adire la giustizia ordinaria.

Oggi gli *Ombudsman schemes*³⁵ risolvono controversie riguardanti particolari organizzazioni (banche, assicurazioni, agenti immobiliari) o determinati servizi, quali l'edilizia abitativa pubblica. In particolare concernono *business disputes, consumer problems, education disputes and disputes about rented property*.

Per alcune controversie il ricorrente - prima di potere addurre un ricorso alla corte - deve dapprima tentare l'*ombudsman scheme*.

Gli *Ombudsman schemes* s'ispirano al principio di indipendenza ed imparzialità; l'*ombudsman* conduce le proprie indagini in privato ed ascolta la controversia direttamente dalle parti coinvolte; non è quindi richiesto il necessario intervento di un avvocato.

La decisione dell'*ombudsman* è solitamente accettata dalle parti e la mancata osservanza di essa è rara.

Certamente il ricorso agli *Ombudsman schemes* non appare adeguato allorché il ricorrente voglia cercare di stabilire un principio di diritto o allorché il rimedio legale previsto debba provenire elusivamente da una corte.

Si annoverano diverse tipologie di *Ombudsman schemes*:

- *Financial Service Ombudsman*, che risolve le controversie tra i servizi finanziari ed i loro clienti, riguardanti, ad esempio, gli oneri bancari o le assegnazioni d'ipoteca.
- *Housing Ombudsman Service*, che considera le controversie riguardanti alcune associazioni di proprietari/locatori registrate in Inghilterra e alcuni proprietari privati.
- *Local Government Ombudsman*, che si occupa delle ingiustizie derivanti dalla cattiva amministrazione attuata dalle autorità locali.
- *Parliamentary and Health Service Ombudsman*, che esegue inchieste circa i conflitti riguardanti i ministeri del governo inglese e le succursali del medesimo.

³⁴ A partire dal 2000, attraverso il *Financial Services and Markets Act*, il Legislatore è intervenuto sostituendo gli ombudsmen privati con un unico soggetto: il *Financial Ombudsmen Service*.

³⁵ In tal senso, con riferimento ai "*Different ways to resolve a dispute*", cfr. www.lawsociety.org.uk.

- *Pension Ombudsman*, che indaga e risolve le controversie relative al modo in cui il sistema pensionistico funzioni.

4. ADR e politiche comunitarie. La Raccomandazione R(98)/1 del Consiglio d'Europa del 19 gennaio 1998 ai governi degli Stati membri.

Anche la Comunità Europea ha mostrato interesse per i metodi alternativi di soluzione delle controversie in ragione dell'obiettivo dalla stessa perseguito, volto a mantenere e sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in cui sia garantita la libera circolazione delle persone.

Il Consiglio europeo di Vienna del dicembre 1998 ed il Consiglio europeo di Tampere dell'ottobre 1999 hanno evidenziato l'importanza delle soluzioni extragiudiziali delle controversie, proprio al fine di garantire un migliore accesso alla giustizia, considerato quale diritto fondamentale *ex art. 6* della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali.

Così constatata la diffusione delle pratiche di soluzione alternativa delle controversie negli Stati membri, su invito del Consiglio dei Ministri Giustizia e Affari Interni, la Commissione, nel 2002, ha presentato un Libro Verde *“per fare il punto sulla situazione esistente e per lanciare un'ampia consultazione ai fini della preparazione delle misure concrete da adottare”*³⁶. Ai sensi di quest'ultimo, i modi alternativi di soluzione delle controversie, considerati quali strumenti *“al servizio della pace sociale”*, sono le *“procedure non giurisdizionali di risoluzione delle controversie, condotte da una parte terza neutrale, ad esclusione dell'arbitrato propriamente detto”*³⁷.

Nel luglio 2004, inoltre, è stato approvato ed adottato da numerosi esperti di mediazione un *European Code of Conduct for Mediators*.

Ai sensi del codice europeo di condotta, il mediatore deve essere indipendente ed imparziale. Al fine di garantire il carattere dell'indipendenza, il mediatore ha il dovere, perdurante durante tutto il processo di mediazione, di rivelare di avere - o avere avuto - una relazione personale o d'affari con una delle parti. L'imparzialità, invece, si realizza nell'intenzione di servire le parti in maniera equa e nel pieno rispetto del processo di mediazione.

Nell'ottobre 2004, la Commissione ha presentato al Parlamento europeo e al Consiglio europeo un progetto quadro di direttiva sulla mediazione. Quest'ultima è così considerata propedeutica ad una risoluzione rapida delle controversie nelle materie civili e commerciali poiché apre a *“processi concepiti in base alle necessità delle parti”*³⁸.

³⁶ Cfr. Commissione delle Comunità Europee, *Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale*, Bruxelles, 19 aprile 2002, p. 5. [COM(2002) 196].

³⁷ Cfr. Commissione delle Comunità Europee, *Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale*, *op. cit.*, p. 6.

³⁸ Cfr. in tal senso: Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, 2004/0251 (COD), considerando (6).

Per ciò che concerne la mediazione familiare, non può non ricordarsi la Raccomandazione R(98)/1 del Consiglio d'Europa del 19 gennaio 1998³⁹ ai governi degli Stati membri, che detta a quest'ultimi precise indicazioni sulla sua area d'azione, sull'organizzazione dei servizi, sui metodi da adottare.

Tale Raccomandazione è stata emanata successivamente ai risultati di ricerca ottenuti da numerosi centri, a seguito delle esperienze di mediazione condotte in diversi paesi europei. Tali risultati, sommariamente descritti nel testo della Raccomandazione *de qua*, hanno evidenziato come il ricorso alla mediazione possa condurre alla soluzione delle controversie familiari, migliorando le prospettive di comunicazione tra i componenti la famiglia, riducendo i conflitti tra le parti in causa, i costi economici e sociali nonché i tempi per far fronte alla separazione ed al divorzio, garantendo la “*continuità di rapporti personali tra genitori e figli*”.

Il provvedimento R(98)/1 del Consiglio d'Europa del 19 gennaio 1998 così si fonda su tre presupposti: la constatata necessità di “*consacrare i superiori interessi del minore e del suo benessere*”, tenendo conto delle questioni concernenti l'affidamento della prole ed il diritto di visita nell'ambito della separazione e del divorzio; il secondo presupposto consiste nel consolidato sviluppo delle “*vie alternative di regolamento dei litigi*” e nella imprescindibile necessità di stemperare i conflitti sorti nell'ambito familiare, al fine di salvaguardare gli interessi dei componenti della famiglia; il terzo presupposto, infine, prevede l'analisi dell'impatto negativo generato su tutti i componenti della famiglia, specialmente sui bambini, dalla separazione e dal divorzio in relazione al fatto che le diatribe familiari concernono persone che “*hanno relazioni familiari e che le manterranno nel tempo*”.

Sulla scorta di tali presupposti il Consiglio d'Europa ha raccomandato ai governi degli Stati membri d'istituire la mediazione familiare o di promuovere quella già esistente.

All'uopo il provvedimento, dopo avere espressamente perimetrato l'ambito di estensione della mediazione, incentrando la sua utilizzazione nell'ambito dei conflitti familiari, qualifica coloro che possano ricorrere ad essa qualificandoli quali “*persone che hanno avuto legami familiari, fondati sul matrimonio o su convivenze more uxorio, così come definiti dalla normativa nazionale pertinente*”.

Il documento, ribadendo la libertà degli Stati membri di definire il campo di applicazione della mediazione, di organizzarla secondo modalità ritenute più adatte – attraverso strutture pubbliche o servizi privati -, sancisce che la “*mediazione non dovrebbe essere obbligatoria*” e raccomanda agli Stati di

³⁹ La Raccomandazione n° R(98)1 propone la mediazione familiare quale strumento da utilizzare nei conflitti familiari, al fine di assicurare la protezione dei superiori interessi del minore nonché l'interesse di tutti i componenti della famiglia. Cfr. a tal proposito: A. D'Angelo, *Un contributo per un approccio giuridico allo studio della mediazione familiare*, in *Famiglia*, 2004, p. 533 ss.

garantire che il procedimento di mediazione venga espletato osservando i seguenti principi:

- l'imparzialità del mediatore rispetto alle parti;
- la neutralità del mediatore in relazione all'esito del procedimento di mediazione;
- l'impossibilità che la soluzione della controversia sia "imposta" dal mediatore;
- la riservatezza ed il divieto di divulgare il contenuto delle discussioni avvenute tra le parti durante gli incontri di mediazione.

La Raccomandazione R(98)/1 del Consiglio d'Europa, inoltre, suggerisce agli Stati di riconoscere l'autonomia della mediazione e di utilizzarla prima, durante e dopo un procedimento giudiziario, prevedendo alcuni servizi volti a pubblicizzare la possibilità di mediare o meno una controversia, nonché altri meccanismi giudiziari di sospensione dei processi al fine di espletare il tentativo di procedere alla mediazione.

Il ruolo del mediatore, scaturente dalla Raccomandazione R(98)/1, s'incentra nel perseguimento del benessere dei genitori e dei figli, nell'accertamento delle eventuali dinamiche violente - reali o potenziali - che potrebbero pregiudicare la conduzione della mediazione, nel fornire alle parti alcune informazioni giuridiche ma non una consulenza legale. In tale eventualità il mediatore dovrebbe consigliare alle parti di rivolgersi ad un avvocato.

Infine la Raccomandazione N.1639/2003 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, del 25 novembre 2003⁴⁰, ribadisce il valore della mediazione familiare e la necessità, in questo ambito, di ascoltare i minori per garantirne i diritti, invitando gli Stati ad implementarne i principi ed a promuoverne l'utilizzo.

5. L'interesse del Legislatore italiano ad una soluzione alternativa delle controversie.

Il Legislatore italiano ha sancito l'importanza del raggiungimento di un accordo tra le parti in lite⁴¹ attraverso il ricorso ad una serie di istituti, differenti tra loro per struttura e modalità di espletamento.

La conciliazione, quale strumento di autocomposizione delle controversie, consiste in un accordo con il quale le parti decidono di definire quest'ultime.

Essa si espleta nell'ambito di una lite già approdata innanzi al giudice decisore (c.d. conciliazione giudiziale)⁴².

⁴⁰ Raccomandazione 1639 (2003) (1) (2003/11/25).

⁴¹ Per un'esauriente panoramica delle esigenze che hanno condotto il Legislatore italiano ad incentivare il raggiungimento di un accordo quale mezzo di soluzione delle controversie, alternativo rispetto al giudizio civile, cfr. la raccolta di saggi in V. Denti, *Sistemi e riforme - studi sulla giustizia civile*, Bologna, 1999, p. 157 ss. e p. 207 ss.; V. Denti, *Un progetto per la giustizia civile*, Bologna, 1982, p. 329 ss.

⁴² A tal proposito non può non essere menzionato il riformato art. 183 c.p.c., per il quale il tentativo di conciliazione può formare oggetto di richiesta congiunta delle parti ovvero essere disposto d'ufficio dal Giudice ex artt. 117 e 185 c.p.c.; nonché l'art. 320 c.p.c., secondo il quale alla prima udienza il Giudice di Pace "tenta la conciliazione" delle parti.

Da quest'ultima si differenziano i mezzi alternativi al processo civile: la conciliazione stragiudiziale (che interviene prima che la causa sia instaurata), l'arbitrato, la mediazione, la transazione.

La legislazione speciale⁴³ è stata l'alveo principale sul quale il Legislatore ha voluto adagiare l'esperimento della conciliazione stragiudiziale.

Infatti quest'ultima è contemplata nella L. 11 maggio 1990 n° 108 (disciplina dei licenziamenti individuali), nella L. 18 giugno 1998 n° 192⁴⁴ (disciplina della subfornitura nelle attività produttive), nell'art. 410 c.p.c. - così come riscritto dal D.Lgs. 31 marzo 1998 n° 80 - e nel D. Lgs. 6 settembre 2005 n° 206 (c.d. Codice del Consumo), laddove all'art. 140 si prevede la possibilità, per le associazioni dei consumatori e degli utenti, di attivare procedure di conciliazione dinanzi alla camera di commercio, industria e agricoltura, ancor prima di ricorrere alla giustizia ordinaria.

Anche al Giudice di Pace è, *ex art.* 322 c.p.c., attribuito il compito di tentare una preventiva composizione (c.d. conciliazione in sede non contenziosa) delle controversie.

Un altro strumento volto a sottrarre al giudice ordinario la soluzione di una controversia è l'arbitrato⁴⁵, mediante il quale le parti conferiscono a dei giudici privati - gli arbitri - il potere di decidere una lite.

Il presupposto dell'arbitrato è, infatti, il patto mediante il quale le parti devolvono agli arbitri l'incarico di risolvere una determinata lite.

Il suddetto patto, qualora la controversia sia già sorta, assume il nome di compromesso, *ex art.* 807 c.p.c.; qualora, *a contrario*, venga stipulato in un tempo antecedente alla nascita della lite, assume il nome di clausola compromissoria, *ex art.* 808 c.p.c..

La novella del 2006 ha modificato anche la formulazione dell'art. 806 c.p.c., per il quale oggi l'unico limite all'arbitrabilità delle controversie è quello dell'indisponibilità dei diritti⁴⁶. La novella ha altresì ampliato il novero delle controversie arbitrabili, prevedendo espressamente la possibilità di deferire ad arbitri le controversie future relative ai rapporti extracontrattuali (cfr. art. 808 *bis*, c.p.c.).

⁴³ Cfr., in tal senso, S. Chiarloni, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in G. Alpa e R. Danovi (a cura di), *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, Milano, 2004, p. 177 ss.

⁴⁴ L. 192/1998, art. 10: "1. (...) le controversie relative ai contratti di subfornitura sono sottoposte al tentativo obbligatorio di conciliazione presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui territorio ha sede il subfornitore (...). 2. Qualora non si pervenga ad una conciliazione fra le parti entro trenta giorni, su richiesta di entrambi i contraenti la controversia è rimessa alla commissione arbitrale istituita presso la camera di commercio di cui al comma 1 (...)"

⁴⁵ Disciplina novellata con D.Lgs. 2 febbraio 2006 n° 40. Per un'indagine storica dell'istituto dell'arbitrato, cfr.: M. Marrone, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, in M. Marrone, *Scritti Giuridici*, Palermo, 2003, p. 609 ss.

⁴⁶ A tal proposito, per un'esauriente analisi della nozione d'indisponibilità, cfr.: E. Zucconi Galli Fonseca, *Controversie arbitrabili*, in F. Carpi (diretto da), *Commentario Arbitrato: titolo VIII, Libro IV codice di procedura civile*, Bologna, 2008, p. 22 ss.

Il Legislatore italiano, inoltre, annovera tra i metodi alternativi di soluzione delle controversie anche la transazione: contratto tipico previsto all'art. 1965 c.c., con il quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad un giudizio già iniziato o si accordano per evitare una lite che potrebbe insorgere. Pertanto la causa del contratto di transazione è la risoluzione di una controversia⁴⁷ ed il potere negoziale delle parti, ai sensi dell'art. 1966, comma II, c.c. trova il limite nell'indisponibilità del diritto.

Il Legislatore italiano infine, quale metodo alternativo di soluzione delle controversie in ambito familiare, contempla anche la mediazione.

La mediazione familiare è una delle tecniche alternative di gestione dei conflitti, che si fonda su un presupposto irrinunciabile: la parità degli interessi in conflitto delle parti in lite.

La mediazione familiare mira così a restituire ai coniugi quel potere di elaborare proprie soluzioni, che possano incontrare i loro più intimi interessi e prescindere dall'intervento autoritativo dell'organo giudiziario o rappresentativo dell'avvocato.

Il termine mediazione sottintende un'attività svolta tra soggetti in lite ed indica proprio lo scopo al quale la medesima è per prassi preordinata: non rappacificare i coniugi ma restituire alle parti configgenti la capacità di governare il conflitto, nonché ristabilire una relazione interrotta al fine di costituire una base solida per le conseguenti scelte condivise, in ordine al futuro assetto della vita familiare.

La novità propria della mediazione consiste nel considerare il conflitto come una risorsa, come il punto di partenza per un confronto e per la compartecipazione. Infatti la mediazione familiare comporta la perdita della visione vincitore/vinto (c.d. "win/lose") ed abbraccia l'altra (c.d. "win/win") dove entrambe le parti, operando reciproche concessioni, ottengono una soluzione che soddisfi i propri interessi, non sempre coincidenti con i propri diritti.

La mediazione, quindi, non ha lo scopo di sostituirsi alla risposta giudiziaria ma di completarla, porgendo alle parti in lite gli strumenti necessari per regolamentare, nel pieno rispetto dei principi del nostro ordinamento giuridico, i futuri assetti della famiglia.

⁴⁷ La transazione e la mediazione consentono di raggiungere il medesimo scopo: la risoluzione della controversia. Tuttavia alcune differenze strutturali tra i due istituti sono evidenti. Infatti da un lato la transazione si perfeziona con l'incontro delle volontà delle parti senza che sia necessario la presenza della figura del mediatore; dall'altro, l'accordo di transazione implica le c.d. reciproche concessioni, mentre l'accordo della mediazione può contemplare anche il completo riconoscimento delle pretese altrui o la rinuncia alle proprie. Cfr. in tal senso: C. Troisi, *Autonomia privata e gestione dei conflitti*, Napoli, 2007, pp. 227-228.