

La mediazione nel diritto brasiliano: evoluzione, attualità e possibilità nel progetto del nuovo codice di processo civile

Autore:

In: Diritto civile e commerciale

Riassunto: Il testo tratta della mediazione come forma di soluzione alternativa di conflitti. La mediazione e le sue caratteristiche sono viste come strumento di pacificazione, allo stesso tempo in cui vengono presentate le differenze con altri strumenti noti, come la conciliazione e l'arbitraggio. Vengono esaminati concetti recepiti dal diritto estero e le prospettive per il processo civile brasiliano, specialmente al cospetto delle regole adottate dal PLS n° 166/10, che intende istituire il nuovo Codice di Processo Civile.

Parole-chiave: MEDIAZIONE. PROCESSO CIVILE. BRASILIANO

1.

Considerazioni iniziali.

Sono già passati alcuni decenni da quando Mauro Cappelletti¹ sistematizzò le sue Onde Rinnovatrici del Diritto Processuale.

Ciò nonostante, l'idea di un pieno accesso alla giustizia continua ad essere la preoccupazione dei

processualisti.

Lo stesso Cappelletti ha già riconosciuto che gli sforzi organizzati sotto l'egida della "Terza Onda" devono esser portati a termine al di fuori del circuito giurisdizionale², e che vi sono varie forme per la concretizzazione dei processi di eterocomposizione, come la mediazione.

Seguendo questa formula, risulta facile arrivare a quella che si definisce quarta onda rinnovatrice, ovvero l'effettività dei diritti processuali³.

Partiamo dalla premessa secondo la quale la giurisdizione, sebbene sia la formula di elezione per la composizione delle liti, a volte non è in grado di dare una adeguata soluzione ad alcuni tipi di conflitto.

Senza voler entrare nell'ambito della controversia sui limiti dell'aggiudicamento⁴ e dei supposti inconvenienti degli equivalenti giurisdizionali⁵ in un sistema processuale costituzionalizzato, passeremo a tessere alcune considerazioni sulla mediazione come strumento per la ricerca di una soluzione di pacificazione della lite e che sgravi la giurisdizione da quei casi che si risolvono meglio con mezzi alternativi.

La mediazione è intesa come il processo mediante il quale i litiganti cercano l'aiuto di un terzo imparziale che contribuirà nella ricerca della soluzione del conflitto⁶.

Questo terzo non ha il compito di decidere (né gliene è stata data autorizzazione). Egli si limita ad aiutare le parti nel raggiungimento di una soluzione consensuale.

2. Evoluzione legislativa

In Brasile, la mediazione comincia ad assumere forma legislativa con il Progetto di Legge n. 4.827/98, oriundo dalla proposta della Deputata Zulaiê Cobra, il cui testo iniziale presentava alla Camera un regolamento conciso, che stabiliva la definizione di mediazione ed elencava alcune disposizioni al riguardo⁷.

Presso la Camera dei deputati, già nel 2002, il progetto venne approvato dalla Commissione di Costituzione e Giustizia ed inviato al Senato Federale, dove gli fu attribuito il numero PLC 94 del 2002.

Accade che nel 1999 l'Istituto Brasiliano di Diritto Processuale (IBDP) aveva già costituito una commissione per elaborare un Antiprogetto di Legge sulla mediazione nel processo civile, che culminò con diversi dibattiti pubblici e l'elaborazione di un testo finale. Il testo venne poi presentato al Governo Federale. Di fronte all'esistenza del progetto di legge della Deputata Zulaiê Cobra, già approvato alla Camera, il Ministero della Giustizia promosse un'udienza pubblica, invitando la Deputata, i suoi collaboratori, l'IBDP e le altre organizzazioni sociali coinvolte con il tema della mediazione.

Dopo di ciò, fu elaborato un testo di consenso con la Deputata e stabilita la strategia di rinvio al Relatore del Progetto presso il Senato Federale, Senatore Pedro Simon, invitandolo a presentarlo come sostitutivo. Il Senatore Pedro Simon, tuttavia, presentò un sostitutivo ispirato al testo elaborato dall'IBDP, ma alterato nei suoi aspetti principali.

Il Governo Federale, frattanto, come parte del Pacchetto Repubblicano, seguito all'Emenda Costituzionale n. 45 dell'8 dicembre 2004 (nota come "Riforma del Giudiziario"), presentò vari Progetti di Legge che modificavano il Codice di Processo Civile, il che portò ad una nuova redazione del P.L.94

Il Governo decise, quindi, d'inviare un Progetto di Legge autonomo, il cui testo fu elaborato dall'IBDP. Il 14 marzo 2006 la redazione riformulata fu ricevuta ed approvata, come sostitutivo, dalla Commissione di Costituzione e Giustizia (CCJ). Approvato il sostitutivo (Emenda n. 1-CCJ), a danno del progetto iniziale, fu inviato alla Camera dei Deputati l'11 luglio. Il 1° agosto il progetto fu inoltrato alla CCJC, che lo ricevette il 7 agosto. Da allora non si è più avuta notizia di questo Progetto. Una ricerca recente presso il sito della Camera mostra che il Progetto giace paralizzato dall'aprile del 2007.

Quando si erano ormai perdute le speranze di una positivizzazione della mediazione nel nostro Diritto, ecco che nel 2009 viene convocata una Commissione di Giuristi, presieduta dal Ministro del Superiore Tribunale di Giustizia Luiz Fux, con l'obiettivo di presentare un nuovo Codice di Processo Civile.

In tempo record viene presentato un Antiprogetto, già convertito in Progetto di Legge⁸ (n. 166/10), e già sottoposto alla discussione ed esame di una Commissione appositamente costituita da Senatori, nell'ambito della Commissione di Costituzione e Giustizia del Senato Federale. È stato presentato un sostitutivo dal Senator Valter Pereira, che ha ricevuto l'appoggio della Commissione di Giuristi e che è stato approvato dal Senato Federale nel dicembre del 2010. Il testo segue quindi il suo iter alla Camera per la discussione e votazione.

In questo Progetto è visibile la preoccupazione della Commissione verso gli istituti della conciliazione e della mediazione, specificamente negli articoli dal 144 al 154, che saranno oggetto di analisi qui di seguito.

Sebbene non sia stata convertita formalmente in Legge, bisogna sottolineare che la mediazione è largamente diffusa in Brasile e già esercitata anche dagli organi del Potere Giudiziario, nella misura in cui si fonda sulla libera manifestazione di volontà delle parti, e conta sull'esplicito appoggio del Supremo Tribunale Federale, del Consiglio Nazionale di Giustizia, ed anche del Ministero della Giustizia, mediante la Segreteria di Riforma del Potere Giudiziario⁹.

Nel dicembre del 2010 è stata anche edita la risoluzione n° 125 del Consiglio Nazionale di Giustizia, che dispone sul trattamento adeguato dei conflitti da parte del Potere Giudiziario, regolando specificamente la conciliazione e la mediazione giudiziali.

3. L'uso della mediazione: filtraggio dei conflitti

Vedremo, a partire da qui, alcune questioni relative all'uso adeguato della mediazione nel panorama degli strumenti volti alla soluzione di conflitti.

L'Uniform Mediation Act¹⁰ dispone al suo punto (1): "Mediation means a process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute".

Presentando una visione più programmatica, Goldberg¹¹ afferma che "mediation is negotiation carried out with the assistance of a third party".

Il ruolo dell'interventore è quello di aiutare nella comunicazione con la neutralizzazione di emozioni, formazione di opzioni e negoziazione di accordi. Come agente al di fuori del contesto conflittuale, funziona da catalizzatore della disputa, conducendo le parti alle loro soluzioni, senza esattamente interferire nella sostanza.

Helena Soleto Muñoz¹², in una visione piuttosto matura, afferma che "la mediación es un procedimiento a través del cual un tercero imparcial ayuda a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo. La esencia de la

mediación que refleja esta definición es la autonomía de la voluntad de las partes"

Il Progetto di Legge n° 94¹³, nella sua versione finale, presentata nel luglio del 2006 dal Senato Federale Brasiliano, nel suo art 2° presenta il seguente concetto:

“Art. 2° Ai fini di questa Legge, la mediazione è l’attività tecnica esercitata da un terzo imparziale che, scelto o accettato dalle parti interessate, le ascolta, le orienta e le stimola, senza presentare soluzioni, con il proposito di permetter loro la prevenzione o soluzione di conflitti in modo consensuale.”

A sua volta, l’Art. 3° della Direttiva n° 52 del 21 Maggio del 2008¹⁴, emessa dal Consiglio dell’Unione Europea, definisce la mediazione come un processo strutturato nel quale due o più parti in lite tentano, volontariamente, di raggiungere con i loro sforzi un accordo per la risoluzione di un conflitto, con l’aiuto di un mediatore.

Secondo la Direttiva sono quindi elementi della mediazione: la struttura del procedimento, l’esistenza di due o più parti, la volontarietà del procedimento, l’accordo tra le parti ed infine l’aiuto del mediatore.

Nel Diritto Italiano, come decorrenza della Direttiva, è stata edita la Legge n° 69, del 18 giugno del 2009, che, all’art. 60¹⁵, autorizza il Governo ad emettere un Decreto Legislativo sulla mediazione e la conciliazione in materia civile e commerciale, in accordo con il Diritto Comunitario.

Regolamentando tale Legge, il 4 marzo 2010 è stato edito il Decreto Legislativo n° 28¹⁶, che porta i seguenti concetti:

"Art. 1 Definizioni. 1. Ai fini del presente decreto legislativo, si intende per:

a) mediazione: l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa;

b) mediatore: la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo;

c) conciliazione: la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione;"

Con base sui concetti presentati, possiamo affermare che la mediazione si distingue dalla negoziazione esattamente per la presenza di un terzo mediatore, che avrà come prima funzione quella di aiutare le parti a risolvere il loro conflitto.

Normalmente queste parti, dopo il fallimento della negoziazione, arrivano alla conclusione che non sono capaci, da sole, di rimuovere gli ostacoli che impediscono la celebrazione dell'accordo. Cercano dunque, in un terzo, la forma per comporre l'accordo in via consensuale; forma che essi sanno che esiste, ma non son capaci di trovare da soli.

Ma è anche possibile, ed è necessario avvisare di questa possibilità, che la via consensuale sia stata irrimediabilmente compromessa da un relazionamento logorato dal tempo e dalle intemperie di una o di ambe le parti, o anche soltanto dalla mancanza di abilità nel gestire il conflitto.

In questo caso bisogna ricorrere all'aggiudicamento forzato, ipotesi in cui un terzo dovrà, dopo aver accertato che non esiste possibilità di accordo, emettere un giudizio di valore sulla situazione concreta nella quale gli interessi delle parti si trovano contrapposti.

L'aggiudicamento assumerà, basicamente, la forma o di arbitraggio o di giurisdizione.

Nell'arbitraggio, le parti maggiori e più capaci, divergenti su diritto di tipo patrimoniale, sottopongono la lite ad un terzo (arbitro), che dovrà, dopo un procedimento regolare, decidere sul conflitto con decisione impositiva.

Sorge qui la figura della sostitutività, in cui si trasferisce sull'arbitro il potere di decidere, arbitro che a sua volta è un giudice di fatto e di diritto.

L'arbitraggio può esser concordato prima della lite (clausola impegnativa), o dopo (impegno arbitrale), assodato che il procedimento arbitrale può avvenire secondo le regole ordinarie di diritto o per equità, secondo l'espressa volontà delle parti.

La seconda forma di aggiudicazione è la giurisdizione, monopolio dello Stato, che oggi, in Brasile, è ancora lo strumento più utilizzato per la soluzione di conflitti.

In essa non vi sono limiti soggettivi (di persone), o oggettivi (di materia). Inoltre offre la caratteristica della coercibilità e dell'auto esecutorietà delle sue decisioni, cosa che non avviene con l'arbitraggio.

Ma, val la pena sottolineare, solo la giurisdizione è monopolio dello Stato, non la soluzione dei conflitti.

Sono tre gli elementi necessari perché si possa impiantare un procedimento di mediazione: l'esistenza di parti in conflitto, una chiara contrapposizione di interessi, ed un terzo neutro che abbia la capacità di facilitare la ricerca di un accordo.

In genere la mediazione è un procedimento extragiudiziale. Come abbiamo già visto, avviene prima della richiesta di aggiudicamento. Tuttavia nessuno impedisce che le parti, pur avendo dato inizio alla fase giurisdizionale, decidano di rivedere le loro posizioni e tentare, ancora una volta, la via conciliatoria¹⁷.

È quel che si definisce mediazione incidentale o giudiziale. Nel nostro ordinamento può avvenire in due ipotesi: o il giudice, lui proprio, conduce il procedimento, facendo da mediatore, o designando un ausiliare a tale scopo (art. 331 e 447 del C.P.C.); o le parti ne sollecitano al giudice la sospensione, per il termine massimo di sei mesi, per la realizzazione delle trattative di conciliazione fuori dal giudizio (art. 265, inciso II, c/che § 3º, anche del C.P.C.).

Secondo la posizione del mediatore, possiamo classificare il procedimento come attivo o passivo.

Nella mediazione passiva il terzo si limita ad ascoltare le parti, comportandosi da facilitatore¹⁸ del processo di raggiungimento di una soluzione consensuale per il conflitto, senza presentare alle parti né il suo punto di vista, né possibili soluzioni o proposte concrete.

Nel caso della mediazione attiva il mediatore funge da conciliatore; egli non si limita a facilitare, ma ha anche il compito di presentare proposte, soluzioni alternative e creative per il problema, allertare le parti in lite sulla ragionevolezza o no di una determinata proposta, influenzando così sul raggiungimento dell'accordo. Il mediatore quindi, in questo caso, assume una posizione di valutatore.

Ovviamente arrivare ad un accordo mediante la mediazione non è compito facile. Si esige dal mediatore tempo, dedizione e preparazione adeguata.

Sarebbe un grave errore pensar di eseguire mediazioni in serie, in maniera meccanica, come oggi purtroppo avviene nelle udienze prelieve o di conciliazione, negli speciali uffici a tale funzione destinati e nella giustizia del lavoro.

La mediazione è un lavoro artigianale. Ogni caso è unico. Richiede tempo, studio, analisi approfondita delle questioni sotto i più diversi angoli di osservazione. Il mediatore deve inserirsi nel contesto emotivo-psicologico del conflitto. Deve cercare gli interessi al di là delle posizioni assunte esternamente¹⁹, per poter indicare alle parti il cammino possibile che essi tanto cercano.

È un processo che può estendersi per settimane, con innumerevoli sessioni, ed anche con la partecipazione di co-mediatori, essendo le parti, se lo desiderano, assistite durante tutto il tempo dai loro avvocati, e tutti i presenti devono esser d'accordo sul procedimento utilizzato e sulla maniera in cui le questioni vengono sottoposte ad esame.

Definite le premesse, è il momento di esaminare l'adeguamento della mediazione a determinati tipi di conflitto.

Come ho già avuto opportunità di sottolineare²⁰, le vie alternative vengono ad aggiungere, ma non a disputare con l'aggiudicamento.

La mediazione non deve essere usata in ogni ed in qualunque caso²¹. Ogni tipo di conflitto ha una sua adeguata forma di soluzione, per cui si deve, sempre che sia possibile, tentare una combinazione di

metodi.

Abbiamo insistito sulla tesi che la mediazione deve esser utilizzata prioritariamente nelle relazioni interpersonali continuative.

In altre parole, se esiste un conflitto, esso può riguardare due imprese (business to business - B2B); tra una persona fisica ed una persona giuridica (business to person - B2P); o ancora tra due persone fisiche (person to person - P2P).

Se si tratta di un conflitto tra due persone fisiche, bisogna indagare sulla natura del loro rapporto. Può essere una relazione di poco conto (un'azione indennizzatoria oriunda da un qualunque atto illecito, come per esempio un incidente d'auto) o una relazione continuativa (quella che sussisterà anche dopo la soluzione del conflitto, che i protagonisti lo vogliano o no, come nel caso della convivenza tra coniugi, tra familiari, tra affini, vicini o soci).

È esattamente qui, a mio giudizio, che risiede il grande contributo della mediazione. A nulla serve la sentenza di un giudice o la decisione di un arbitro in una relazione continuativa se non si è adeguatamente lavorato sul conflitto. Esso continuerà ad esistere, indipendentemente dal tenore della decisione, e normalmente è solo una questione di tempo perché torni a manifestarsi concretamente.

È chiaro che, dipendendo dalle caratteristiche del caso concreto, la mediazione può esser indicata anche per conflitti "B2B" e B2P). sarà compito delle parti e del mediatore valutare le possibilità di ciascun caso.

In questo senso abbiamo recepito con una certa preoccupazione il Progetto di Legge n° 94/2002 (antico Progetto n° 4.287/98) tramitato nel Congresso Brasiliano, poiché esso offre il rischio di incentivare l'uso indiscriminato della mediazione, sia quella previa, sia quella incidentale, in tutti i processi. Il che non

aiuterebbe né faciliterebbe l'accesso alla giustizia.

È imprescindibile che si eserciti una forma di valutazione e filtraggio all'inizio del processo conflittuale. Tale valutazione deve essere fatta da tutti gli operatori di diritto, dagli avvocati ai giudici.

Un confronto di tipo essenzialmente emozionale può offrirsi ad una soluzione più adeguata se sottoposto inizialmente a mediazione. Bisogna scomporre gli elementi psicologici e giuridici ed esaminare quale di essi è preponderante in quel caso specifico, affinché si possa applicare il "rimedio" adeguato.

Sottolineo ancora una volta, la questione non è di suddivisione o di ripartizione di competenza tra aggiudicamento e meccanismi di ADR's, ed ancor meno di utilizzazione generalizzata di soluzioni alternative, ma di combinazione, mediante un razionale ed effettivo processo di valutazione, nel quale hanno molto da guadagnare tutte le persone esposte alla vertenza.

4. Dispositivi inseriti nel Progetto del Nuovo Codice di Processo Civile.

Prima di tutto bisogna enfatizzare, come d'altronde è stato esaustivamente ripetuto dal Presidente della Commissione di Giuristi incaricata dei lavori, Ministro Luiz Fux, che non si tratta di una grande riforma, ma di un nuovo Codice.

C'è una nuova ideologia, una nuova maniera di intendere il processo civile.

Dalla lettura del testo è possibile percepire la preoccupazione di sintonizzare le regole legali con i principi

costituzionali, rivelando l'aspetto neocostituzionale del lavoro.

La rapida accettazione da parte del Senato, che già il giorno dopo la consegna dell'antiprogetto lo ha emanato come Progetto di Legge (PLS 166/10), ci da un'idea dell'eccellenza del lavoro²².

L'anatomia del testo è quella che segue: poco più di 1000 articoli distribuiti in cinque libri, ossia: Parte Generale, Processo di Conoscenza, Processo Esecutorio; Processo in Tribunale e mezzi di impugnazione, e Disposizioni finali e transitorie. Ha delle linee tematiche ben definite²³: Stato Costituzionale; tutela di diritti e processo giusto.

A mio parere, è un Codice che si basa su due grandi premesse²⁴. Da un lato, ampia libertà del giudice di prima istanza per condurre il processo (possibilità di concedere d'ufficio tutele di urgenza, non ricorribilità della maggior parte delle decisioni interlocutorie, possibilità di adeguazione delle tappe procedurali, oltre ad inversione dell'onere della prova). Dall'altro, la vincolazione di questo stesso giudice ad un sistema rigido di precedenti (massimario vincolante, decisioni in materia di ripercussione generale, ricorsi ripetitivi, massimari convincenti ed impeditivi di ricorsi ed orientamenti predominanti dei Tribunali locali, oltre, ovvio, all'incidente di risoluzione di richieste ripetitive.

Si desidera un giudice attivo, in un sistema che vuole preservare i diritti fondamentali (garantismo processuale) e si crea, in questo stesso sistema, un insieme di precedenti che, in pratica, impediscono al giudice di osar divergere dall'intendimento standardizzato dai Tribunali Superiori.

Puntando ora l'obiettivo sulla questione della mediazione, il Titolo III della Parte Generale del Progetto si riferisce al giudice ed agli Ausiliari della Giustizia. Localizziamo nel Capitolo Terzo, specificamente nella Sezione V, le disposizioni relative ai conciliatori e mediatori giudiziari.

Il Progetto si occupa in particolare dell'attività di mediazione che avviene all'interno della struttura del Potere Giudiziario. Il che non esclude, tuttavia, la mediazione previa o anche la possibilità di servirsi di altri mezzi per la soluzione di conflitti (art. 154).

Restano salvi i principi che informano la conciliazione e la mediazione, ovvero: (i) indipendenza; (ii) neutralità; (iii) autonomia della volontà; (iv) segretezza; (v) oralità; e (vi) informalità.

La segretezza è particolarmente protetta. I §§ commi 2^o e 3^o dell'art. 144 determinano che essa si estende a tutte le informazioni prodotte nel corso del procedimento ed inoltre il contenuto di queste informazioni "non potrà esser utilizzato per fini diversi da quello previsto con espressa delibera delle parti". E ancora, conciliatore e mediatore (così come qualunque integrante della equipe) "non potranno divulgare o deporre sui fatti o elementi oriundi da conciliazione o mediazione".

Nell'art. 145 la Commissione di Giuristi, dopo aver sottolineato che la conciliazione e la mediazione devono esser incoraggiate da tutti i personaggi del processo, fa una distinzione obiettiva fra queste due figure. La differenziazione avviene in base al posizionamento del terzo.

Così, il conciliatore può suggerire soluzioni per la lite, mentre il mediatore aiuta le persone in conflitto ad identificare, da sole, alternative che offrano vantaggio reciproco.

È l'accoglimento nel testo del Progetto di una distinzione che già da molto noi abbiamo fatto e che commenteremo qui di seguito²⁵.

Anche la scelta del mediatore è una questione che si è guadagnata adeguato trattamento nel Progetto. Le parti possono scegliere liberamente il mediatore o il conciliatore, raggiungendo fra di loro il consenso sulla scelta di questo professionista. Se non si raggiunge l'accordo avverrà un sorteggio fra i professionisti

iscritti in Tribunale (art. 146 del Progetto) che, a sua volta, manterrà un registro di tutti i professionisti abilitati per ciascuna area professionale, che presentino certificato di capacitazione minima, ottenuta mediante un corso realizzato da ente credenziato dal Tribunale.

Questo registro conterrà inoltre informazioni sulla performance professionale, indicando per esempio il numero di cause alle quali ha partecipato, il successo o l'insuccesso dell'attività e la materia sulla quale versava ciascun conflitto. Questi dati vengono pubblicati periodicamente e sistematizzati a fini statistici (art. 147 Progetto).

La Commissione, utilizzando alcuni dispositivi che già erano contenuti nel Progetto di Legge di Mediazione, si è preoccupata anche dell'aspetto etico di mediatore e conciliatore. Allo scopo, ha previsto l'ipotesi di esclusione di nomi dal registro del Tribunale, e, quando è il caso, di instaurare un procedimento amministrativo per investigarne la condotta (art. 148).

Ha anche previsto, per l'impedimento (art. 149), l'impossibilità temporanea (art. 150) e la cosiddetta "quarantena" di questi professionisti, che sono così impediti, per il corso di un anno contato a partire dal termine del procedimento, di assessorare, rappresentare o patrocinare uno qualunque dei litiganti (art. 151).

Quanto alla remunerazione, l'art. 152 del Progetto dispone che il Consiglio Nazionale della Giustizia editerà una tabella di onorari (CNJ).

Da tutto ciò si evince che la preoccupazione della Commissione riguarda la mediazione giudiziale. Come già affermato, il Progetto non vieta la mediazione previa o extragiudiziale, sceglie soltanto di non regolarla, lasciando chiaro che gli interessati possono servirsi di questa modalità ricorrendo ai liberi professionisti disponibili sul mercato. Immaginiamo che con la mediazione e la conciliazione avverrà quel che è avvenuto con l'emanazione della Legge sull'Arbitraggio (Legge n° 9.307/96), che ha incentivato nel

paese la creazione di enti arbitrali.

Sotto questo aspetto, bisogna osservare che, come dimostreremo di seguito, non esiste ancora in Brasile una cultura dell'accordo²⁶. Fra di noi la regola è ancora quella della lite, ossia cercare la giurisdizione ancor prima di ricorrere ad un mezzo alternativo per la soluzione di quel conflitto.

Di fronte a questo quadro, consideriamo che sia più facile per il cittadino aver il primo contatto con la mediazione nella sua veste giudiziaria e, molte volte, incidentale.

Speriamo che, con il passar del tempo, avvenga una maturazione della società, nel senso che cominci ad avere un ruolo più attivo nella ricerca di soluzioni e gestione di conflitti, abbandonando l'attuale atteggiamento di ricorrere sempre, in maniera automatica, al Giudziario.

Il senso e la portata di quest'idea saranno sviluppati qui di seguito.

5. Prospettive per il Diritto Brasiliano.

A questo scopo, cerchiamo di presentare alcuni istituti di mediazione e commentare i dispositivi del Progetto di Legge sulla Mediazione, così come del Progetto del Nuovo Codice di Processo Civile, poiché riteniamo meritino ulteriore riflessione.

Su questa linea di raziocinio, partendo dalla premessa già consolidata che nella mediazione i litiganti

cercano l'ausilio di un terzo imparziale che sia meritevole della loro fiducia, e inoltre che questo terzo non ha potere decisorio, è possibile comprendere che si viene a creare una relazione piuttosto intima tra le parti ed il mediatore.

Tocca al mediatore aiutarli nell'ottenimento della soluzione consensuale, facendo sí che essi ravvisino gli ostacoli all'accordo e possano rimuoverli in maniera consapevole, come vera manifestazione della loro volontà e della loro intenzione di comporre la lite.

Normalmente, alla fine di un procedimento di mediazione di successo, le parti comprendono che la manutenzione del vincolo che le unisce è più importante che non un problema circostanziale e magari temporaneo. La mediazione è il metodo di soluzione di controversie ideale per le relazioni durature, come nel caso di coniugi, familiari, vicini e colleghi di lavoro, fra altro.

Val la pena sottolineare che, a nostro avviso, il miglior modello è quello in cui si esortano le parti ad impegnarsi con tutta la loro buona volontà nella ricerca di una soluzione consensuale, prima di presentare una richiesta giudiziaria. Non sembra essere ideale invece la soluzione che suggerisce appena un sistema di mediazione incidentale molto ben strutturato, poiché in esso sarà già stata innescata la macchina giudiziaria, quando, in molti casi, si sarebbe potuto evitare.

D'altro canto non concordiamo con l'idea di una mediazione o conciliazione obbligatoria²⁷. La volontarietà è l'essenza di questi procedimenti ed è una caratteristica che non può mai esser compromessa, nemmeno con l'argomentazione che si tratterebbe di una maniera per educare il popolo ed implementare una nuova forma di politica pubblica.

Ma è necessario cercare una soluzione di equilibrio fra queste due visioni.

La nostra opinione è che le parti dovrebbero avere l'obbligo di dimostrare in giudizio che hanno tentato in qualche modo di cercare una soluzione consensuale per il conflitto.

Non v'è necessità di una previa istanza formale extragiudiziaria, come avviene con le Commissioni di Conciliazione Previa nella Giustizia del Lavoro²⁸; basta un qualche tipo di comunicazione, come una lettera, o una mail, o una riunione tra gli avvocati, un contatto con il "call center" di un'impresa fatto dal consumatore; insomma, qualunque azione fatta dal futuro richiedente per dimostrare al giudice che la richiesta di azione giudiziale non è stata la sua prima alternativa.

Stiamo suggerendo qui un ampliamento nel concetto processuale dell'interesse ad agire, accogliendo l'idea di adeguamento²⁹, nell'ambito del binomio necessità-utilità, come forma di razionalizzare la prestazione giurisdizionale ed evitare un non necessario ricorso al Potere Giudiziario.

Potremmo perfino dire che si tratta di un'interpretazione neocostituzionale dell'interesse di agire, che adegua questa condizione al regolare esercizio del diritto di azione alle nuove concezioni dello Stato Democratico di Diritto³⁰.

Ma questo è solo uno degli aspetti di questa visione. L'altro, che forse è il più importante, è la consapevolezza da parte dello stesso Potere Giudiziario che il compito del suo ruolo costituzionale non lo obbliga ad intervenire in ogni ed in qualunque conflitto³¹.

Tale aspetto può portare ad una difficoltà di sintonia con il Principio della non delegabilità della Giurisdizione, sulla scia del fatto che il giudice non si può esimere dalla sua funzione di giudicare, ossia, se un cittadino batte alle porte del Potere Giudiziario, il suo accesso non gli può venir negato o ostacolato, secondo l'articolo 5^o, inciso XXXV della Costituzione del 1988.

Quel che dev'esser chiaro è che il fatto che un cittadino sollecita una prestazione allo Stato non significa che il Potere Giudiziario debba, sempre e necessariamente, dare una risposta di indole impositiva, limitandosi ad applicare la legge al caso concreto. Può accadere che il giudice capisca che quelle parti, ancor prima di una decisione tecnica, abbiano bisogno di esser sottoposte ad un'istanza conciliatoria, pacificatrice.

E questo risulta molto chiaro nel Progetto del nuovo CPC, nella misura il cui l'art. 116 attribuisce una serie di poteri al giudice, soprattutto per quel che riguarda la direzione del processo, menzionando espressamente l'adeguazione e l'effettività quali strumenti per il raggiungimento dello scopo.

A questo punto, è evidente che la maggior preoccupazione del giudice riguarda l'effettiva pacificazione di quella lite, e non soltanto l'emanazione di una sentenza come forma di risposta tecnico-giuridica alla sollecitazione del cittadino.

È il caso di ricordare, come ci indica Eligio Resta³², che la conciliazione ha il potere di "sciogliere" la lite, risultato questo che, nella maggior parte dei casi, non viene raggiunto con l'intervento forzato del Potere Giudiziario.

Ed inoltre, in un momento iniziale, quando ancora non è consolidata la pratica della mediazione, è necessario che tale atteggiamento abbia anche uno scopo educativo.

È importante lasciar chiara questa nuova dimensione del Potere Giudiziario, che in un'interpretazione superficiale può apparire minimalista, ma che in realtà rivela tutta la grandezza di questa nobile funzione dello Stato. In questa prospettiva effettività non significa occupare tutti gli spazi ed agire sempre, ma intervenire se e quando necessario, come ultima ratio e con lo scopo di riequilibrare le relazioni sociali, coinvolgendo i cittadini nel processo di assunzione di decisioni e soluzione del conflitto.

Questo può (e deve) esser incentivato dallo stesso Potere Giudiziario. In questo senso val la pena dar un'occhiata all' "Alternative Dispute Resolution Act"³³, del 1988, in vigore negli Stati Uniti.

La mediazione incidentale e quella giudiziale sono già previste oggi nel nostro ordinamento. Tuttavia, nelle due ipotesi, come abbiamo già sottolineato, bisognerà mettere in movimento la macchina giudiziale (presentazione della richiesta iniziale, riscossione di costi, emissione di parere positivo, citazione dell'imputato, termine per la contestazione, diligenze di cancelleria, risposta dell'imputato e designazione di udienza previa, senza contare gli innumerevoli incidenti processuali che possono rendere più complessa la relazione processuale).

L'elemento principale, quindi, per la comprensione della mediazione, è la formazione di una cultura della pacificazione, in opposizione alla cultura esistente oggi, che vede la necessità di una decisione giudiziale perché la lite possa esser risolta.

In questo senso, l'articolo 2^o del Progetto³⁴ di Legge sulla Mediazione dispone in maniera inequivocabile che la modalità da adottare in Brasile deve essere quella passiva, dando ad intendere che la c.d. mediazione attiva (conciliazione) non aderisce allo spirito del legislatore.

Il Progetto del nuovo CPC, come abbiamo visto sopra, accoglie la distinzione teorica ed utilizza i due termini in maniera specifica: conciliazione e mediazione.

A questo punto si impongono alcune considerazioni.

La distinzione tra mediazione e conciliazione è un compito piuttosto arduo. Possiamo quindi stabilire tre criteri fondamentali:

Quanto alla finalità, la mediazione ha l'obiettivo di risolvere, nella forma più ampia possibile, il conflitto tra le parti. Invece la conciliazione si accontenta di risolvere la lite secondo le posizioni presentate dai coinvolti.

Quanto al metodo, il conciliatore assume posizione più partecipativa, potendo suggerire alle parti i termini in cui potrebbe realizzarsi l'accordo, e dialogando apertamente al riguardo, mentre il mediatore deve astenersi dal prendere qualunque iniziativa di proponimento, poiché il suo compito è appena quello di assistere le parti e facilitarne la comunicazione, per favorire l'ottenimento di un accordo che sia di reciproca soddisfazione.

Infine, quanto ai vincoli, la conciliazione è un'attività inerente al Potere Giudiziario, essendo realizzata da un giudice togato, da un giudice laico o da chiunque eserciti la funzione specifica di conciliatore.

Per altro canto, la mediazione è attività privata, libera da qualunque vincolo, non facendo parte della struttura di nessuno dei Poteri Pubblici. Anche la mediazione paraprocedurale conserva caratteristica privata, stabilendo appena che il mediatore deve esser registrato presso il Tribunale allo scopo di poter essere indicato per agire nei conflitti portati davanti alla giustizia.

Inoltre, come già riferito, la mediazione non deve essere utilizzata nella totalità dei casi. Una condotta sbagliata indurrebbe false speranze in una nuova forma di soluzione di conflitti che non hanno il dono di esser risolti con soddisfazione in un certo tipo di litigio. Il mediatore non ha né una "palla di cristallo" né una "bacchetta magica".

Ne deriva l'importanza, sottolineiamo, di istituire un meccanismo previo ed obbligatorio per tentare una soluzione negoziata dei conflitti, anche se non necessariamente con la mediazione.

L'attore, nel presentare la petizione iniziale, dovrebbe allegare (e provare) al magistrato che in qualche modo ha tentato di risolvere pacificamente quel conflitto; che sta ricorrendo al Potere Giudiziario perché non ha ottenuto successo nei suoi tentativi.

La mediazione deve esser condotta da professionisti abilitati, allenati e dalla comprovata esperienza.

Ogni Facoltà di Diritto dovrebbe avere per lo meno una di queste materie nel suo quadro di discipline obbligatorie.

Inoltre gli uffici-modello dovrebbero includere un periodo di "clinica di mediazione", con il supporto di una equipe multidisciplinare formata da psicologi, assistenti sociali e terapisti, sì da permettere una formazione più adeguata al mondo accademico³⁵.

Solo con un cambiamento a livello accademico si potrà raggiungere un cambiamento nella mentalità degli operatori.

Oltre a ciò, è necessaria una grande e duratura campagna di chiarimento presso la popolazione affinché, da un lato, non si creino false aspettative, e dall'altro, non si permetta nessun sospetto riguardo al nuovo istituto, come frutto di una tradizione radicata nei paesi latino-americani e legata alla falsa premessa che solo il giudice può risolvere il problema.

È necessaria, dunque, l'adozione di una politica di razionalizzazione della prestazione giurisdizionale.

Se rimane chiaro fin dall'inizio che il nocciolo della controversia non è giuridico, ovvero non è relazionato all'applicazione di una regola giuridica, non serve a nulla dare inizio ad una relazione processuale, per poi

scavalcarla alla ricerca di una soluzione consensuale. Questo porta alla innecessaria messa in moto della macchina giudiziale, costa danaro all'erario, sovraccarica giudici, promotori e difensori e non offre nessuna conseguenza benefica.

Bisogna maturare, nella realtà brasiliana, forme efficaci per eseguire questo filtraggio sì da ottenere una soluzione che si dimostri equilibrata tra i Principi di Accesso alla Giustizia e la Durata Ragionevole del Processo.

Un altro aspetto che merita di esser registrato è la questione se il mediatore debba essere un avvocato o no. Tale controversia ha suscitato grandi discussioni. Purtroppo i dibattitori non sono mossi da una preoccupazione disinteressata verso il tema. Esiste una forte pressione da parte di "lobby" di settori dell'avvocatura, in opposizione a settori e gruppi legati alla psicologia.

Non ci sembra opportuno che il mediatore sia necessariamente un avvocato. Sembra che la migliore configurazione sia quella di un mediatore non avvocato che possa essere ausiliato da un co-mediatore avvocato.

Devono partecipare alla sezione di mediazione le parti, che potranno portare i loro avvocati, o richiedere l'intervento di un difensore pubblico o avvocato d'ufficio, in quelle località in cui la Difesa Pubblica ancora non è stata insediata, o quando il numero di difensori disponibili non è sufficiente per rispondere a tutte le richieste.

Si dica di passaggio che l'arbitro, che ha il potere di giudicare, per la legge brasiliana non ha bisogno di essere avvocato (art. 18 della Legge n° 9.307/96). Ma perché allora il mediatore dovrebbe esserlo, visto che la sua funzione non è quella di giudicare, ma di aiutare le parti a capire meglio il problema, arrotondando gli spigoli e rimuovendo gli ostacoli che impediscono l'accordo?

Quel che è veramente importante è che il mediatore sia qualcuno che abbia autorità morale presso la comunità e che la sua abilità di pacificare i conflitti sia in generale riconosciuta, indipendentemente dalla sua professione.

Siamo soliti dire che nessuno deve proporsi come mediatore; questa qualità viene attribuita dalla società a partire da osservazioni e dal riconoscimento delle attitudini di quella persona. Oggi gli arbitri di maggior successo e più richiesti sul mercato sono persone che hanno dedicato la loro vita alla costruzione di una reputazione solida ed affidabile.

Ed ora una parola sulla mediazione “passiva”, che sebbene non sia nella tradizione del nostro diritto, è stata indicata come una modalità da accogliere nel nostro ordinamento, sia dal Progetto di Legge sulla Mediazione, sia dal Progetto del Nuovo CPC.

Fin dal 1995, con l'avvento della Legge sui Tribunali di Piccole Cause (Legge n° 9.099/95) e la conseguente “popolarizzazione” della giustizia per questi casi, la popolazione si è abituata alla figura del conciliatore, che nella maggior parte dei casi pratica la mediazione “attiva”, ossia interferisce nel conflitto, offre soluzioni, suggerimenti e perfino valori.

Scegliendo la mediazione passiva, che lo si voglia o no, si sceglie un procedimento più lungo, profondo e che dipende dall'abilità del mediatore per condurre le parti ad una dimensione più vicina alla realtà; ossia permette la comprensione che quel problema ha altri aspetti e sviluppi non visibili all'inizio, ma senza con questo suggestionarla o in qualche modo interferire nella cognizione.

Se non c'è stato un allenamento adeguato (che richiede struttura, tempo e molte ore di clinica ed esercizi), l'opzione del legislatore non andrà oltre una norma programmatica ed assolutamente aliena alla realtà pratica.

Quanto ai limiti obiettivi della mediazione, il Progetto del Nuovo CPC non stabilisce ipotesi di veto nel suo uso. La redazione dell'articolo 34 del Progetto di Legge sulla Mediazione disponeva sui casi in cui la mediazione non era compatibile, come per esempio nelle azioni di interdizione, usucapione, recupero giudiziale, o ancora quelle che coinvolgono organi pubblici e questioni indisponibili, il che ha finito con il provocare grande confusione.

La proibizione del suo uso nel procedimento di inventario e divisione di beni arrivava ad essere assurda, in funzione della degiudizializzazione di questi procedimenti, promossa dalla Legge n° 11.441/07 .

Ci sembra che la Legge debba appena fissare le premesse di base, senza accogliere casi specifici. In altre parole, il criterio per la determinazione dei casi nei quali può esser fatta la mediazione deve essere ope iudicis e non ope legis. Nel dubbio, le parti devono rivolgersi al Potere Giudiziario e distribuire una petizione, anche se con lo scopo di ottenere appena l'omologazione giudiziale.

Su questo punto ci troviamo in pieno accordo con l'opzione fatta dalla Commissione del nuovo CPC.

Già in chiusura di questo breve testo, consapevoli che le materie qui presentate aprono il cammino per tanti altri questionamenti, ci piacerebbe sottolineare che la mediazione è uno straordinario strumento che rende possibile la comprensione del conflitto a partire dalla partecipazione effettiva dei coinvolti.

Ci sembra che nel corso della (recente) tradizione democratica brasiliana, magari perfino come espressione di un mea culpa dello Stato, consapevole del suo fallimento nel rispondere alle necessità più basiche della popolazione, è stata forgiata l'idea che il Potere Giudiziario debba avere una posizione paternalistica in relazione al cittadino.

Il cittadino cerca il giudice, "gli versa addosso" il suo problema e gli rimane accanto, in impaziente attesa,

reclamando ed imprecando se la soluzione ritarda o se non arriva come lui la desidera. Siamo del parere che le parti debbano esser coinvolte in maniera più diretta nella soluzione dei conflitti e la mediazione contribuirà, e molto, per questo.

L'implementazione di queste idee permetterà un enorme avanzamento nel processo di sviluppo sociale del popolo brasiliano, ed allo stesso tempo porterà all'intensificazione di una preoccupazione che oggi già occupa la mente dei giuristi.

Mi riferisco alla necessità di pensare ad un sistema che, allo stesso tempo in cui permette ed incentiva l'uso della mediazione, preservi e faciliti tutte le garanzie costituzionali per questo procedimento³⁶, rivelandosi il vero equivalente del processo giudiziario, come forma legittima di soluzione di conflitti nello Stato Democratico di Diritto.

E per finire, in breve, la sfida non consiste soltanto nell'inserire la mediazione nell'ordinamento brasiliano, ma nel giustificare costituzionalmente questa misura alternativa e curare che i cittadini che optano per questa via siano contemplati con un "processo giusto", nell'ottica della moderna dottrina processuale italiana³⁷, frutto dell'evoluzione stabilita a partire dalle premesse di base del due process of law.

È evidente che ne è stata fatta di strada verso la concretizzazione della mediazione nel diritto brasiliano, ma allo stesso tempo non possiamo ancora dire di esser vicini al traguardo.

1 CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective—a General Report. Access to Justice: A World Survey. Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978.

2 CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas, Revista Forense n° 318 pp. 123/124.

3 CAPPELLETTI, Mauro (org.). Accès a la justice et état-providence. Economica, Paris, 1984, p. 29.

4 FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication, 92 Harvard Law Review, 353, 1978.

5 FISS, O.M. Against Settlement, 93 Yale Law Journal 1073-90, may 1984.

6 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação - a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos, in Acesso à Justiça: efetividade do processo (a cura di Geraldo Prado). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

7 Per ulteriori informazioni sulla storia della tramitazione del Progetto, rimandiamo il lettore al nostro

lavoro specifico sul tema: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [curatore]. Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

8 Projeto de Lei nº 166/10 - Projeto do Novo Código de Processo Civil, disponibile in <http://www.senado.gov.br/novocpc>, consultato il 14 luglio 2010.

9 Progetto "Movimento pela Conciliação" liderato dal Conselho Nacional de Justiça e coordinato da Lorenzo Lorenzoni e Germana Moraes, disponibile nel sito <http://www.cnj.gov.br>, consultato il 15 aprile 2008.

10 Applicabile negli USA e disponibile in <http://www.adr.org>, consultato il 25 ottobre de 2008.

11 GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E.A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah R. Dispute Resolution - Negotiation, Mediation, and Other Processes, 4th edition, New York: Aspen Publishers, Inc, 2003, p. 111.

12 MUÑOZ, Helena Soletto. La Mediación: Método de Resolución Alternativa de Conflictos en el Proceso Civil Español, in Revista Eletrônica de Direito Processual, anno 3, vol. 3, gennaio a giugno 2009, disponibile nel sito <http://www.redp.com.br>.

13 Consultare il testo finale, così come le versioni precedenti, sul sito dell'IBDP, in <http://www.direitoprocessual.org.br>, accesso del febbraio 2010.

14 DIRETTIVA 2008/52/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. Testo disponibile in <http://www.mondoadr.it/cms/?p=1466>. " Articolo 3. Definizioni. Ai fini della presente direttiva si applicano le seguenti definizioni: a) per «mediazione» si intende un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro. Esso include la mediazione condotta da un giudice che non è responsabile di alcun procedimento giudiziario concernente la controversia in questione. Esso esclude i tentativi messi in atto dall'organo giurisdizionale o dal giudice aditi al fine di giungere ad una composizione della controversia in questione nell'ambito del procedimento giudiziario oggetto della medesima".

15 Legge 18 giugno 2009, n. 69. (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile). Art. 60. (Delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali). 1. Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale. 2. La riforma adottata ai sensi del comma 1, nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria e in conformità ai principi e criteri direttivi di cui al comma 3, realizza il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti. I decreti legislativi previsti dal comma 1 sono adottati su proposta del Ministro della giustizia e successivamente trasmessi alle Camere, ai fini dell'espressione dei pareri da parte delle Commissioni parlamentari

competenti per materia e per le conseguenze di carattere finanziario, che sono resi entro il termine di trenta giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale i decreti sono emanati anche in mancanza dei pareri. Qualora detto termine venga a scadere nei trenta giorni antecedenti allo spirare del termine previsto dal comma 1 o successivamente, la scadenza di quest'ultimo è prorogata di sessanta giorni. 3. Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi: a) prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia; b) prevedere che la mediazione sia svolta da organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione; c) disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e in ogni caso attraverso l'istituzione, presso il Ministero della giustizia, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, di un Registro degli organismi di conciliazione, di seguito denominato «Registro», vigilati dal medesimo Ministero, fermo restando il diritto delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura che hanno costituito organismi di conciliazione ai sensi dell'articolo 2 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, ad ottenere l'iscrizione di tali organismi nel medesimo Registro; (...) Fonte: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/090691.htm>.

16 DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2010, n. 28. Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. <http://www.mondoadr.it/cms/?p=2244>.

17 PINHO. Humberto Dalla Bernardina de Pinho. A Mediação e as perspectivas para o processo civil contemporâneo, articolo disponibile sul nostro sito, all'indirizzo <http://www.humbertodalla.pro.br>.

18 Il termine facilitazione è ampiamente usato nella letteratura specialistica sulla mediazione. Cfr. per tutti, SINGER, Linda R. *Settling Disputes*, 2nd edition, Colorado: Westview, 1994, p. 24.

19 FISCHER, Roger and William Ury, *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In*, Boston: Houghton Mifflin Co., 1981.

20 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, 3^a edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, capítulo 25.

21 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mecanismos de Solução Alternativa de Conflitos: algumas considerações introdutórias*, in *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 17, pp. 09/14, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.

22 Tutte le informazioni sull'andamento dei lavori possono essere seguite nel sito del Senato Federale, all'indirizzo <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/>.

23 MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC. Crítica e propostas*, *Revista dos Tribunais*: São Paulo, 2010, p. 60.

24 PINHO. Humberto Dalla Bernardina de. Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 11 do PLS 166/10, articolo pubblicato sulla Rivista Elettronica di Diritto Processuale, vol. VI, luglio-dicembre 2010, disponibile nel sito <http://www.redp.com.br>.

25 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação - a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos, in Acesso à Justiça: efetividade do processo (org. Geraldo Prado). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

26 WATANABE, Kazuo. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação, in Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover (org. Flávio Luiz Yarchell e Maurício Zanoide de Moraes), São Paulo: DPJ, 2005, p. 684-690.

27 L'art. 34 del Progetto di Legge di Mediazione portava l'obbligatorietà del procedimento, come regola. Art. 34. La mediazione incidentale sarà obbligatoria nel processo di istruzione, salvo nei seguenti casi: (...) IX - quando nella mediazione previa, realizzata nella forma della sezione anteriore, non ci sia stato accordo durante i centottanta giorni precedenti l'aggiudicamento dell'azione. Paragrafo unico. La mediazione dovrà realizzarsi nel termine massimo di novanta giorni e, non raggiungendo un accordo, si darà continuità al processo."

28 La Legge n° 9.958/2000 inserisce le righe dall'A all'H nell'articolo 625 della Consolidazione delle Leggi del Lavoro (C.L.T.) e disciplina l'istituto delle "Commissioni di Conciliazione Previa". In forza di questa sistematica, il Supremo Tribunale Federale si è posizionato nel senso che non si può esigere la previa sollecitazione alla C.C.P., poiché questo arrecherebbe un ingiustificabile intralcio al libero accesso al Potere Giudiziario. Ulteriori informazioni su questa Decisione, nel nostro blog: <http://humbertodalla.blogspot.com>, post del 14 maggio 2009. Riferimento: ADIN 2139/DF. Integrale della Decisione Collegiale disponibile in

<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604545>.

29 DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Vol. 1. 9ª edição. Salvador: Juspodivm, 2008.

30 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. DURCO, Karol.

A Mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito. O "Juiz Hermes" e a Nova Dimensão da Função Jurisdicional, disponibile in <http://www.humbertodalla.pro.br>, consultato il 12 gennaio 2010.

31 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Uma leitura processual dos direitos humanos. O direito fundamental à tutela adequada e à opção pela mediação como via legítima para a resolução de conflitos, in KLEVENHUSEN, Renata Braga (curatrice). Temas sobre Direitos Humanos em Homenagem ao Professor Vicente Barreto, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, pp. 63/80.

32 RESTA, Eligio (trad. Sandra Vial). O Direito Fraterno. Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2004, p. 119.

33 SEC. 2. FINDINGS AND DECLARATION OF POLICY. Congress finds that (...) (2) certain forms of alternative dispute resolution, including mediation, early neutral evaluation, minitrials, and voluntary arbitration, may have potential to reduce the large backlog of cases now pending in some Federal courts throughout the United States, thereby allowing the courts to process their remaining cases more efficiently; (...). Fonte: <http://www.pubklaw.com/hi/105-315.html>, consultato il 30 settembre 2007.

34 “Art. 2º Ai fini di questa Legge, la mediazione è l’attività tecnica esercitata da un terzo imparziale che, scelto o accettato dalle parti interessate, le ascolta, orienta e stimola, senza presentare soluzioni, con il proposito di permetter loro la prevenzione o la soluzione di conflitti in modo consensuale”.

35 Sull’argomento si veda l’eccellente iniziativa del Ministero della Giustizia intitolata “Progetto Pacificare”. Ulteriori dettagli nel sito della Segreteria di Riforma del Potere Giudiziario al seguente indirizzo:<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ4F9B9115ITEMIDB273D42CA83B4131AE3FEE93D8C2D174PTBRIE.htm>.

36 TROCKER. Nicolò. Processo Civile e Costituzione, Giuffrè, Milano, 1974. COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Conrado. TARUFFO Michele. Lezioni sul Processo Civile, 2ª

ed., il Mulino, Bologna, 1998.

37COMOGLIO, Luigi Paolo. Mezzi Alternativi di Tutela e Garanzie Costituzionali, in *Revista de Processo*, vol 99, p. 249/293.

<https://www.diritto.it/la-mediazione-nel-diritto-brasiliano-evoluzione-attualita-e-possibilita-nel-progetto-del-nuovo-codice-di-processo-civile/>