

ADR obbligatorio in Italia e all'estero

Avv. Carlo Alberto Calcagno

Il **18 settembre del 2010** i vertici dell'avvocatura italiana¹ hanno assunto alcune determinazioni tra cui la presente: *“la conciliazione obbligatoria costituisce un unicum eccezionale e stravagante nella legislazione europea”*².

Da quella data **la marcia** di chi contesta l'obbligatorietà della mediazione, ma anche l'onerosità piuttosto che la formazione del mediatore, non si è fermata e ha dato come frutti molteplici rinvii³ alla **Corte Costituzionale** e alla **Corte di Giustizia**.

A breve dovrebbe pronunciarsi la **Consulta** su sollecitazione del **Tar del Lazio**.

Colgo dunque l'occasione per gettare ancora **un breve sguardo** su come i meccanismi di risoluzione delle controversie hanno interagito con la **Storia** e su come interagiscono nel **mondo odierno**.

Prego pertanto coloro che sceglieranno di scaricare questo contributo di farlo circolare di modo che si possa fornire un'informazione **capillare sul punto della obbligatorietà**.

Alla luce dei provvedimenti legislativi che si citeranno risulterà, infatti, che **non è sostenibile** la presa di posizione dei vertici dell'Avvocatura, sia se guardiamo alle legislazioni passate sia se verifichiamo quelle attuali, né potrebbe essere emessa una sentenza della Consulta che dovesse in qualche modo confermare tale impostazione.

Un discorso analogo, ma comunque fondato anche su precisi **dati economici**, va fatto anche per la **Corte di Giustizia** che peraltro sul punto della obbligatorietà dello strumento alternativo si è pronunciata più volte considerandolo legittimo, a patto che **non fosse precluso l'accesso alla giustizia**⁴.

¹ Consiglio nazionale forense, Ordini Forensi, Unioni regionali forensi, Organismo unitario dell'Avvocatura, Associazione nazionale forense, Unione delle Camere penali.

² Il Consiglio Nazionale Forense in tutte le componenti predette ha ritenuto in data 18 settembre 2010 di emettere una determinazione con cui ha chiesto il rinvio dell'entrata in vigore della mediazione obbligatoria.

³ Cfr. ad esempio le ordinanze: Tribunale di Genova, Sez. III, del 18 novembre 2011; Giudice di pace Mercato S.S. che in data 21 settembre 2011, Giudice di pace Catanzaro sez. I, in data 01 settembre 2011; Giudice di pace Parma sez. I 1 agosto 2011, T.A.R. Roma Lazio sez. I (sentenza 12 aprile 2011 n. 3202).

⁴ Corte di giustizia europea del 18 marzo 2010, C.317/08, C.318/08, C.319/08, C.320/08.

Da ultimo poi si tenga conto che la **proposta europea di direttiva quadro per l'ADR**⁵ stabilisce che gli Stati membri sono chiamati a **garantire** che tutte le controversie tra consumatori e professionisti connessi alla vendita di beni o alla fornitura di servizi possano essere sottoposte ad un organismo ADR, **anche online**.

I consumatori devono essere in grado di identificare **rapidamente** gli organismi ADR competenti a trattare la controversia; in tal senso si prevede che *“i professionisti stabiliti nei loro territori informino i consumatori in merito agli organismi ADR dai quali sono coperti e che sono competenti a trattare eventuali controversie con i consumatori. Tali informazioni comprendono gli indirizzi dei siti web degli organismi ADR pertinenti e precisano se il professionista si impegna a ricorrere a tali organismi per la risoluzione delle controversie con i consumatori”*.

In presenza di un reclamo del consumatore la partecipazione dei professionisti non è obbligatoria e l'esito della procedura non è per loro vincolante, **ma non si pregiudica** la norma nazionale **che obblighi il professionista a partecipare o che rendano vincolante l'esito per il professionista**, fermo il diritto di rivolgersi ad un tribunale⁶.

La dizione è analoga a quella che si ritrova nella direttiva 52/08 e dunque e a maggior ragione, visto che si tratta di protezione del consumatore, c'è un'altissima probabilità che gli Stati decidano di rendere la partecipazione obbligatoria e l'esito della controversia **vincolante** per il professionista.

La qualcosa potrebbe spingere a breve quegli stessi consulenti che in oggi sconsigliano la mediazione, non solo a proporla, ma a consigliare caldamente il proprio cliente di impegnarsi **unilateralmente** a partecipare ad un metodo ADR, e a proporre ai propri clienti quegli organismi di ADR che emettono, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, **proposte vincolanti**. Pena in difetto **l'esclusione** dal mercato della vendita dei beni e servizi.

⁵ Proposta di DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, recante modifica del regolamento (CE) n. 2006/2004 e della direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori). Cfr. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0793:FIN:IT:PDF>

⁶ Considerando n. 24 della proposta di direttiva sull'ADR per i consumatori.

Ma torniamo alla **Storia**. Sin dai tempi antichi anche in Occidente la conciliazione, la mediazione e l'arbitrato sono stati "preferiti" al processo e quindi sono stati considerati, talvolta in modo atecnico, "**condizioni di procedibilità**".

In alcuni contesti **sociali ed economici** quelli che noi definiamo strumenti alternativi non furono addirittura percepiti come tali, ma vennero considerati come mezzi di risoluzione esclusiva di diritto o di fatto, dei rapporti familiari, delle vicende societarie, di quelle lavoristiche e delle controversie agrarie.

Ciò è accaduto da quando si può parlare di Storia anche nel campo delle relazioni internazionali, specie con riguardo alla prevenzione dei conflitti armati: pensiamo all'opera degli Araldi in Grecia, dei Feciali a Roma, degli Irenofilaci in Magna Grecia, figure sacre queste che dovevano tentare la conciliazione a nome del loro popolo prima che venisse dichiarata la guerra.

Nella **mediazione internazionale** dell'Ottocento quest'ultimo ruolo fu semplicemente affidato ai sovrani; all'epoca peraltro erano ben vivi tutti i principi che ispirano oggi la mediazione civile e commerciale.

Il tentativo di conciliazione obbligatorio era già previsto nel **processo ateniese classico** con riferimento a diversi reati - tra cui quello di **furto** - di competenza dei **Dieteti** che erano nella sostanza degli arbitri e che operavano più o meno come i nostri giudici di pace.

L'ordinamento processuale della *polis* greca era uno dei tanti ordinamenti presenti sul territorio. E gli altri ordinamenti, quelli della fratria e della famiglia la facevano da padrone ed avevano proprie **regole di componimento**: lo stesso Platone ne "Le Leggi" ci indica queste regole **nella conciliazione e nell'arbitrato**.

Nessuno meglio degli amici e dei parenti poteva regolare le controversie. E ciò anche perché nell'Atene classica nemmeno **il processo per questioni minori era attivabile da tutti**.

Il solo **cittadino** poteva promuovere azione presso i **Quaranta**⁷, il **meteco** (lo straniero che non poteva possedere beni immobili) poteva rivolgersi solo all'Arconte **Polemarco**, i commercianti potevano investire delle loro questioni solo i **Tesmoteti**; ciò determinava una forte limitazione della **capacità processuale**.

⁷ La magistratura minore che giudicava sino a dieci dracme.

I metodi alternativi erano invece a disposizione di tutti e non vedevano limitazione di sorta. Si tenga conto inoltre del fatto che la sentenza del tribunale ordinario, ossia quello eliastico, era **definitiva**: e quindi chi vi ricorreva doveva aver imboccato prima altre strade che si erano rivelate insoddisfacenti.

Le occasioni **di litigio e dunque di componimento** erano molto frequenti in Grecia: non esisteva, infatti, un diritto di proprietà che un soggetto potesse vantare *erga omnes*; le stesse servitù in realtà erano solo **regolamenti convenzionali di una limitazione legale** del fondo; se ancora un soggetto **dava a pegno un bene** e non lo riscattava, almeno nei primordi, non poteva recuperare la differenza tra quello che avrebbe dovuto pagare ed il valore di mercato della cosa pignorata (ciò perché il creditore non poteva vendere il bene e soddisfarsi); almeno nei tempi più risalenti poi non si poteva nemmeno assegnare ad un bene mobile, benché capiente per valore, **il soddisfacimento di più crediti**.

Non stupisce dunque che un frammento delle Tavole di Zaleuco⁸ (VII sec. a. C.) in Magna Grecia avesse il seguente tenore: *“Vietarsi di intraprendere un giudizio fra due se prima non siasi tentata la riconciliazione”*⁹.

Ma gli ADR obbligatori si diffusero anche in seguito.

A Roma quelli che Cicerone chiamava *disceptatores domestici* conciliavano dalle sei del mattino alle sei di sera e la conciliazione **era così diffusa** che addirittura venne vietata da Caligola che temeva venissero messe a repentaglio le entrate imperiali: aveva infatti messo una imposta del 40% sulle entrate giudiziarie.

L'uso della conciliazione a Roma ci è attestato anche **dall'Evangelista Luca** (12, 58-59): *“Quando vai con il tuo avversario davanti al magistrato, lungo la strada cerca di trovare un accordo con lui, per evitare che ti trascini davanti al giudice e il giudice ti consegni all'esattore dei debiti e costui ti getti in prigione. Io ti dico non uscirai di là finché non avrai pagato l'ultimo spicciolo.”*

Un tentativo obbligatorio duplice, preventivo e diremmo noi, processuale, era previsto poi proprio su ispirazione del principio evangelico, davanti **al tribunale del vescovo** (udienza episcopale); il tentativo preventivo di conciliazione si teneva il **lunedì** per dar modo al

⁸ Primo legislatore dell'Occidente.

⁹ M. DE LUCA PICIONE, *Cenni storici sulle ADR*, in *Temi Romana*, Speciale media conciliazione, gennaio-dicembre 2010.

vescovo di condurre, se fosse fallito, un altro tentativo di conciliazione da solennizzare nel corso della liturgia domenicale¹⁰.

Quasi tutti gli Statuti medioevali prevedevano l'arbitrato obbligatorio per le liti tra parenti¹¹.

Le Arti manifatturiere in **Veneto** nel XIV secolo regolavano tutte le controversie tra gli iscritti tramite una magistratura di conciliazione che aveva anche il compito di apprestare **mutui soccorsi e di costruire chiese**¹².

Tale sistema di composizione diventa centrale anche in Francia nel XVI secolo tanto che viene regolato dalla legge: a quel tempo i commercianti incontravano dei problemi nell'adire i Tribunali di commercio perché **i giudici non avevano le necessarie competenze tecniche** per gestire le loro controversie e non era ammessa la testimonianza orale; quindi i mercanti non potevano chiamare a testimoniare **gli esperti** di una data materia.

Con una legge del 1563 dunque si consentì ai Tribunali di commercio francese di nominare un **esperto** (arbitro-relatore)¹³ che sentiva le parti e ne riferiva al Tribunale.

L'arbitro-relatore diverrà poi nel *Code commerciale* del 1806 **l'arbitro-conciliatore** e di legislazione in legislazione facilmente arriverà alla nostra del '42 con **l'esame contabile** (art. 198-200 C.p.c.), per approdare poi tra i sistemi ADR americani con il nome di *neutral early evaluator*, ruolo da ultimo legittimato dall'*Administrative Dispute Resolution Act* nel 1998.

Gli Statuti di Provenza del 1491 prevedevano l'arbitrato forzato "*pel maggior bene universale del paese, e per restringere l'uso disordinato del contendere*¹⁴": vi si dovevano sottoporre i nobili, i gentiluomini, i signori e loro vassalli, le comunità, i parenti ed affini ed i coniugi.

Gli ADR sono dunque strumenti anche di livellamento dei censi.

¹⁰ V. *amplius* T. INDELLI, *La episcopalis audientia nelle costituzioni imperiali da Costantino a Valentiniano III (sec. IV-V d. C.)*, in http://www.sintesionline.info/index.php?com=news&option=leggi_articolo&cID=85

¹¹ L. BORSARI, *Il Codice di procedura civile italiano annotato*, sub art. 8, L'Unione Tipografica editrice, Napoli, 1869, p. 51.

¹² C. CANTÙ, *Storia degli Italiani*, tomo IV, Cugini Pomba e Comp. Editori, 1853, p. 632.

¹³ Cfr. il sito degli attuali eredi in Francia di quegli antichi mediatori valutativi in <http://www.mediation-ieam.com/Historique.asp>

¹⁴ Intento anche del legislatore del 2010 con riferimento alla mediazione.

Un editto di Francesco II¹⁵ del 1560 in Francia stabilì l'arbitrato obbligatorio in materia di divisione ereditaria¹⁶: la decisione degli arbitri aveva efficacia di cosa giudicata e solo successivamente all'esecuzione poteva essere oggetto di appello.

L'uso dell'arbitrato e della conciliazione per i rapporti di famiglia viene ribadito già dallo stesso Digesto che mantenne peraltro il principio antico per cui le cause tra i parenti dovessero ottenere l'autorizzazione da parte del *praetor*.

*“Riguardo al citare in giudizio il pretore disse: nessuno citerà in giudizio senza mio permesso il padre, il patrono, la patrona, i figli, i parenti del patrono e della patrona”*¹⁷.

Ancora la legislazione civile della Corsica nel 1600 attesta la presenza di arbitri detti Baleri che potevano fungere anche da esecutori delle loro sentenze.

Nello Stato sabaudo settecentesco ritroviamo una norma risalente a Federico II di Svevia¹⁸, per cui si affidava la risoluzione delle controversie **tra le genti rustiche** a mezzi alternativi obbligatori e non è certo un caso isolato.

Così si esprimono gli Statuti di Sua Maestà (1729-1770): *“Decideranno parimenti le querele che insorgessero tra la gente rustica sopra la variazione de' confini, o altro incommodo che si pretendesse ne' beni, e percezione dei loro frutti, chiamando ed interponendo la mediazione dei più pratici di detti confini e terre, che sieno uomini dabbene, e non sospetti; ed avuto il loro sentimento, renderanno a ciascuno il loro diritto”*.

Sempre nel **XVIII secolo**, il tentativo preventivo di conciliazione è stato sicuramente **obbligatorio** nei Paesi Bassi, nel Cantone di Ginevra (1713-1816), ed in Prussia (1745).

E questo stato di cose si è protratto anche successivamente alla Rivoluzione francese quando la tendenza, di costume o di necessità, a praticare uno strumento extraprocessuale **divenne un testo giuridico** che si affermò tra la fine del Settecento e la prima metà dell'Ottocento in tutta Europa.

Rammento appunto il caso della Francia (1790), della Danimarca (1795), della Repubblica Cisalpina (1797), della Repubblica Ligure (1798-1805), della Repubblica Romana (1798-99) della Liguria annessa alla Francia (1805-1814), della Norvegia (1800), della Spagna (1812,

¹⁵ Giovane re francese.

¹⁶ Perché la questione era più di fatto che di diritto e perché con l'arbitrato si manteneva la pace e l'amicizia tra i prossimi parenti. Le parti dovevano nominare tre arbitri tra parenti, amici e vicini.

¹⁷ Digesto II Legge 4, 1 *“De in ius vocando: praetor ait: Parentem, patronum patronam, liberos, parentes patroni patronae, in ius sine permissu meo ne quis vocet”*.

¹⁸ Che a sua volta si era rifatto alle XII Tavole della Roma arcaica.

1821 e 1856), dell’Austria e domini (Lombardia e Venezia) 1815, dell’Impero ottomano (con riferimento alle relazioni consolari dei sudditi austriaci) (1855), dei Codici di commercio Ungherese e Portoghese (1800-1850), del Codice di procedura civile estense del 1852.

Nell’Italia **post-napoleonica** i giudici minori erano in realtà **degli arbitri** che giudicavano senza particolari formalità e quindi **le loro decisioni erano inappellabili**.

Il tentativo di conciliazione preventivo¹⁹ diventa facoltativo per le parti (ma non per il giudice) solo **nel Regno delle Due Sicilie a partire dal 1819**, ma si deve tener conto che comunque all’epoca in diverse materie vi era l’arbitrato obbligatorio che terrà in Italia sino al 1982 quando si sostituirà con il **tentativo obbligatorio di conciliazione agraria**.

In ogni caso anche nel Sud qualora a litigare fossero delle **Pubbliche Amministrazioni** il tentativo di conciliazione **restava obbligatorio**.

Costante dunque nei secoli è la fuga dal **formalismo processuale** ed il rispetto del controllo privato delle forme della contesa. In Lombardia sino alla Rivoluzione del 1848 erano le parti a scegliere il rito più appropriato (tra quello verbale e quello scritto) e non il giudice.

Dopo il 1860 in Italia la conciliazione come **condizione di procedibilità** la ritroviamo nel **Codice della Marina Mercantile** del 1865, nella legge istitutiva dei **probiviri** (1895), nella legge del **1926** istitutiva l’ordinamento corporativo, nel codice di rito del ‘42 dove era addirittura **condizione di proponibilità della domanda** in ordine alle controversie **collettive**.

Venuto meno l’ordinamento corporativo il tentativo di conciliazione obbligatorio preventivo davanti alle associazioni sindacali “sostituisce” **come condizione di procedibilità** del successivo giudizio, **l’obbligo di denuncia** all’associazione sindacale previsto nel periodo fascista per il tentativo individuale.

A seguito degli strali della Corte costituzionale nei confronti dei contratti collettivi di lavoro *erga omnes*, che contenevano anche clausole di conciliazione obbligatoria, rimane in piedi **il regime della facoltatività**.

¹⁹ Salvo il caso degli Stati Sardi che hanno sempre rifiutato l’obbligatorietà di un tentativo preventivo, ma avevano comunque un tentativo giudiziale obbligatorio per il giudice,
L’obbligatorietà dell’ADR in Italia e all’estero - Avv. Carlo Alberto Calcagno

Ma già nel 1973 e poi nel 1990 riprende **il viatico del tentativo obbligatorio** in relazione all'impugnazione del licenziamento.

Dal 1998 abbiamo ancora per tutta la materia del lavoro un doppio tentativo obbligatorio, **giudiziale e stragiudiziale** a cui si aggiunge del 2004 l'obbligatorietà del tentativo davanti alle Commissioni di certificazione nel caso in cui si voglia impugnare un contratto certificato.

Solo a partire dal 5 novembre 2010 si è tornati ad un tentativo extragiudiziale di conciliazione **facoltativa** nella materia del lavoro, ferma sempre l'obbligatorietà del predetto tentativo davanti alla Commissioni di certificazione.

Da **1995 al 2006** poi il tentativo di conciliazione giudiziale **si è mantenuto obbligatorio** anche per il processo civile ordinario.

Troviamo ancora il tentativo di conciliazione come **condizione di procedibilità** in materia di pubblici servizi, di telecomunicazioni, di sub-fornitura, di pubblico impiego²⁰ e di diritto di autore.

Emerge alla luce degli esempi tratteggiati che in passato le controversie si risolvevano o con una conciliazione perlomeno "sentita" come obbligatoria, quando non disposta dalla legge, come condizione di procedibilità, oppure in arbitrato molte volte **congiunto o susseguente** ad una **composizione amichevole**.

Si può dunque legittimamente discutere circa la condizione di procedibilità nel quadro del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, ma è necessario prima meditare anche sul fatto che la storia dell'istituto conciliativo, nonché del metodo alternativo in generale, ci fornisce **plurimi esempi**, anche di durata **decisamente ragguardevole**, dell'uso della condizione di procedibilità e in generale della imposizione dello strumento alternativo; negare tutto ciò significa voler ignorare la storia dell'istituto.

Pertanto di recente gli ADR sono stati resi obbligatori con riferimento a varie fattispecie in diversi stati europei.

A partire dal 2003 si è previsto in Francia presso le giurisdizione minori (*Tribunal d'instance e Jurisdiction de proximité*) un procedimento informativo obbligatorio sulla conciliazione preventiva.

²⁰ Sino al 5 novembre 2010.

La conciliazione giudiziale è poi **obbligatoria** in caso di divorzio e nei procedimenti davanti al *conseil des prud'hommes*²¹.

Il giudice della famiglia francese può **imporre alle parti**, nel settore dell'esercizio e della determinazione della **potestà genitoriale** o delle **misure provvisorie** in materia di separazione, di partecipare a un incontro informativo sulla mediazione²².

Da ultimo con una riforma del 2010²³ si è stabilito che davanti alle giurisdizioni minori (*Tribunal d'instance e Jurisdiction de proximité*) il giudice possa **invitare le parti ad andare in conciliazione** davanti **ad un conciliatore di giustizia, senza** che sia richiesto il loro **consenso**: abbiamo dunque un esempio di **conciliazione giudiziale delegata obbligatoria**²⁴.

Sempre in Francia in materia di contratti di **locazione abitativi** la commissione dipartimentale di conciliazione conduce un tentativo che è **obbligatorio**: del pari avviene con riferimento alla **vendita diretta** ed in tema di **pubblicità** in ordine alla partecipazione **delle industrie** ²⁵.

La conciliazione obbligatoria si ritrova in **Germania** prima in via sperimentale nei singoli *länder* (v. ad es. in Baviera), e poi *in toto* a partire dal 2002, a seguito di una legge federale. Un *land* può in altre parole prevedere con propria legge²⁶ che **non sia ammissibile** intentare una causa se non dopo aver esperito un tentativo di conciliazione presso un organo di conciliazione riconosciuto.

Ciò vale per le controversie patrimoniali di valore **non superiore a 750 €** e per determinate controversie nell'ambito del **diritto di vicinato o in materia di diffamazione**; la legge può comunque aumentare il novero delle controversie assoggettate allo strumento obbligatorio.

²¹ Qui se non partecipa l'attore l'istanza viene caducata anche se può essere riproposta un'altra volta; se non partecipa invece il convenuto il procedimento continua come contenzioso. Il *Conseil des Prud'hommes*, è organo giurisdizionale specializzato per decidere su controversie tra datori di lavoro e lavoratori. Il procedimento del tentativo di conciliazione è regolamentato dagli articoli del *Code du travail* (L. 511 comma 1 e R. 516 e seguenti). Cfr. http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_fra_it.htm

²² Cfr. Articoli 255 e 373-2-10 del Codice civile.

²³ Decreto 1165-2010 del 1° ottobre 2010.

²⁴ V. art. 845 C.p.c.

²⁵ Cfr. DG SANCO, *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union*, Final Report, Submitted by Civic Consulting of the Consumer Policy Evaluation Consortium (CPEC), 16 October 2009, in http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_study.pdf, p. 197 e ss.

²⁶ Ai sensi dell'articolo 15a della legge relativa all'introduzione del codice di procedura civile (*Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung, EGZPO*).

Alla metà del 2007 ben otto Länder avevano previsto l'obbligo di effettuare un tentativo di conciliazione extragiudiziale²⁷.

Dal 1° settembre 2009²⁸ è possibile poi che il Tribunale della famiglia tedesco obblighi le parti a partecipare ad una **mediazione informativa** o ad **altro procedimento informativo di ADR**. Il giudice può inviare alla procedura informativa entrambe le parti **od una sola** di esse²⁹³⁰. Indipendentemente da tale sessione il Tribunale può **suggerire** alle parti un metodo di risoluzione extragiudiziale delle questioni consequenziali al divorzio.

In caso di separazione e divorzio l'art. 156 FamFG (Codice della famiglia) stabilisce che il giudice è tenuto a favorire in ogni fase del procedimento un accordo tra le parti nei casi che coinvolgono **la custodia, la residenza, i diritti di visita e di consegna dei bambini**, sempre che ciò **non sia contrario al benessere dei bambini**.

Il Tribunale può valersi della consultazione o dei servizi di *counseling* per sostenere i bambini e i giovani e sviluppare **un piano concordato** per l'esercizio della patria potestà e l'assunzione della responsabilità genitoriale.

Il giudice indica, nei casi appropriati, **la possibilità di una mediazione** o di altri strumenti di risoluzione alternativa delle controversie. **Può ordinare** di partecipare ad una **consultazione** per impostare un accordo e tale ordine **non è impugnabile**³¹.

²⁷ Baden-Württemberg, Baviera, Brandeburgo, Assia, Renania settentrionale-Vestfalia, Saar, Sassonia-Anhalt e Schleswig-Holstein.

²⁸ Ai sensi dell'art. 135 FamFG. Si tratta della legge sulla procedura in materia familiare e in materia di volontaria giurisdizione (FamFG - Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit).

"§ 135 Außergerichtliche Streitbeilegung über Folgesachen

(1) *Das Gericht kann anordnen, dass die Ehegatten einzeln oder gemeinsam an einem kostenfreien Informationsgespräch über Mediation oder eine sonstige Möglichkeit der außergerichtlichen Streitbeilegung anhängiger Folgesachen bei einer von dem Gericht benannten Person oder Stelle teilnehmen und eine Bestätigung hierüber vorlegen. Die Anordnung ist nicht selbständig anfechtbar und nicht mit Zwangsmitteln durchsetzbar.*

(2) *Das Gericht soll in geeigneten Fällen den Ehegatten eine außergerichtliche Streitbeilegung anhängiger Folgesachen vorschlagen".*

²⁹ Il provvedimento del giudice non è impugnabile.

³⁰ Il mediatore ad esempio in un incontro che dura trenta minuti presenta la mediazione, i suoi vantaggi e svantaggi, i costi, le conseguenze giuridiche del processo di mediazione; il mediatore non affronta il conflitto in essere tra le parti. Alla fine i partecipanti ricevono un documento scritto che attesta la loro partecipazione V. per maggiori dettagli il sito dell'Associazione Federale per la Mediazione Familiare (www.bafm-mediation.de).

³¹ § 156 c. 1 "*Hinwirken auf Einvernehmen (1) Das Gericht soll in Kindschaftssachen, die die elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung, den Aufenthalt des Kindes, das Umgangsrecht oder die Herausgabe des Kindes betreffen, in jeder Lage des Verfahrens auf ein Einvernehmen der Beteiligten hinwirken, wenn dies dem Kindeswohl nicht widerspricht. Es weist auf Möglichkeiten der Beratung durch die Beratungsstellen und -dienste der Träger der Kinder- und Jugendhilfe insbesondere zur Entwicklung eines einvernehmlichen Konzepts für die Wahrnehmung der elterlichen*

L'obbligatorietà dell'ADR in Italia e all'estero - Avv. Carlo Alberto Calcagno

Anche i procedimenti di conciliazione inerenti la **formazione professionale**³² sono sempre obbligatori in Germania. E così per le imprese quelli in materia di **prodotti finanziari**³³.

In caso di **immatricolazione dei veicoli a motori** e per i reclami davanti alla **Banca centrale tedesca** si tiene invece un **arbitrato obbligatorio**³⁴.

In Austria esiste ancora e dal 2002 una **conciliazione preventiva obbligatoria** quando si tratti di una controversia in **materia locatizia e di proprietà immobiliare, anche di pubblica utilità**³⁵; la mediazione è poi obbligatoria nelle **liti di vicinato**³⁶.

In Irlanda è necessaria la partecipazione a metodi ADR per il settore della **pubblicità, delle pensioni, della vendita diretta e dei servizi finanziari**³⁷.

Una legge del 2004³⁸ introduce il concetto di **colloquio di mediazione** (*mediation conference*). Un giudice può disporre che le parti di una causa **per risarcimento dei danni alle persone** si incontrino **obbligatoriamente** per discutere e cercare di comporre la controversia³⁹. Nel caso in cui una delle parti **non si attenga a tale ordine** del giudice, quest'ultimo può disporre che la parte **sopporti i costi successivi**⁴⁰.

Sorge und der elterlichen Verantwortung hin. Das Gericht soll in geeigneten Fällen auf die Möglichkeit der Mediation oder der sonstigen außergerichtlichen Streitbeilegung hinweisen. Es kann anordnen, dass die Eltern an einer Beratung nach Satz 2 teilnehmen. Die Anordnung ist nicht selbständig anfechtbar und nicht mit Zwangsmitteln durchsetzbar".

³² Cfr. articolo 111, comma 2, della legge sui tribunali del lavoro – *Arbeitsgerichtsgesetz, ArbGG*.

³³ Davanti al *Department of consumer and investor protection at the Federal Financial* (<http://www.bafin.de/>). Cfr. DG SANCO, *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union, Final Report, Submitted by Civic Consulting of the Consumer Policy Evaluation Consortium (CPEC)*, 16 October 2009, p. 201, in http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_study.pdf

³⁴ Cfr. DG SANCO, *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union*, cit., p. 204 e 205.

³⁵ Presso il comune se il comune nel quale si trova l'immobile dispone di un servizio di conciliazione per le liti tra locatore e locatario. Nel 2007 lo avevano i comuni di Graz, Innsbruck, Klagenfurt, Leoben, Linz, Mürzzuschlag, Neunkirchen, Salisburgo, St. Pölten, Stockerau e Vienna. Cfr. http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_aus_it.htm

³⁶ Nelle liti di vicinato, il ricorso alla mediazione o ad un altro strumento di risoluzione alternativa delle controversie è obbligatorio in fase istruttoria (cfr. la *Zivilrechts-Änderungsgesetz ZivRÄG 2004*, BGBl I 91/2003, recante modifica del Codice civile e della Legge sulla tutela dei consumatori). A parte queste eccezioni, il ricorso alla mediazione è facoltativo. https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-at-it.do?member=1

³⁷ Cfr. DG SANCO, *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union*, cit., p. 252.

³⁸ Art. 15 e 16 della legge su responsabilità civile e tribunali (*Civil Liability and Courts Act - S.I. No. 168 of 2005*).

³⁹ 15. - (1) Su richiesta di una parte di una azione personale per lesioni, il giudice può-

(a) in qualsiasi momento prima che inizi il procedimento, e

(b) se ritiene che la convocazione di una riunione ai sensi della presente norma contribuirebbe a raggiungere una soluzione concordata del ricorso,

decidere che le parti si incontrano per discutere e tentare di risolvere la lite, e che la una riunione svoltasi in virtù di questa norma si definisca "conferenza di mediazione".

L'obbligatorietà dell'ADR in Italia e all'estero - Avv. Carlo Alberto Calcagno

In Inghilterra già nel 2004 si è sperimentata per breve tempo la mediazione obbligatoria e vi è attualmente una forte spinta verso l'**obbligatorietà**⁴¹; a livello processuale la richiesta di partecipazione ad una mediazione è **una costante** a prescindere dal valore della controversia.

(2) Quando il giudice dà un indirizzo ai sensi della presente norma (1), ciascuna delle parti interessate si conformerà a tale indicazione.

(3) Una conferenza di mediazione si svolge-

(a) in un momento e nel luogo concordati dalle parti, oppure

(b) se le parti non sono d'accordo sul tempo e sul luogo, vengono stabiliti dal giudice.

(4) Ci deve essere un presidente di una conferenza di mediazione che dovrà-

(a) essere una persona nominata di comune accordo di tutte le parti, oppure

(b) se tale accordo non è raggiunto,

(I) sia una persona nominata dal tribunale, e

(ii) (I) essere un praticante avvocato o praticante procuratore legale che abbia un'esperienza non inferiore a 5 anni, o

(ii) una persona nominata da un organo prescritto, ai fini della presente sezione, per ordine del Ministro.

(5) Gli appunti del presidente della conferenza di mediazione e di tutte le comunicazioni nel corso di una conferenza di mediazione o qualsiasi registrazione o altri mezzi di prova sono confidenziali, e non possono essere utilizzate come prove in un procedimento civile o penale.

(6) Le spese sostenute per l'organizzazione e la conduzione di una conferenza di mediazione sono corrisposte da ciascuna parte processuale.

Tra gli organi prescritti che possono esprimere un mediatore rinveniamo:

- Friary Law.
- Mediation Forum-Ireland.
- Mediators Institute Ireland.
- The Bar Council.
- The Chartered Institute of Arbitrators Irish Branch.
- The Law Society of Ireland.
- The International Centre for Dispute Resolution.

La traduzione della norma operata dalla lingua inglese è stata effettuata dallo scrivente.

⁴⁰ 16. - (1) La persona nominata ai sensi sezione 15 (4) come presidente di una conferenza di mediazione deve predisporre e presentare al giudice del ricorso, una relazione, in cui precisa-

(a) quando la conferenza di mediazione non ha avuto luogo, l'indicazione dei motivi per cui essa non ha avuto luogo, o

(b) se la mediazione di una conferenza ha avuto luogo-

(I) una dichiarazione dalla quale risulti se un accordo è stato o meno raggiunto, e

(ii) quando c'è stato un accordo, una dichiarazione dei contenuti del documento firmato da parti.

(2) Una copia di una relazione redatta ai sensi del comma (1) deve essere consegnata a ciascuna parte al tempo stesso in cui viene presentata al tribunale ai sensi del comma 1.

(3) Al termine, il giudice può-

(a) sentire le osservazioni da o per conto delle parti in causa, e

(b) qualora ritenga che una parte non abbia rispettato l'ordine attinente alla conferenza di mediazione di cui all'art. 15 (1),

fare un ordine diretto alla parte di pagare le spese del ricorso, o quota parte di costi del processo che il giudice dirige, sostenuti dopo la conferenza di mediazione di cui all'art. 15 (1).

La traduzione della norma operata dalla lingua inglese è stata effettuata dallo scrivente.

⁴¹ Cfr. J. ASH, *Compulsory Mediation - the European perspective*, 30 marzo 2010, in <http://www.mablaw.com>

L'obbligatorietà dell'ADR in Italia e all'estero - Avv. Carlo Alberto Calcagno

Dal 6 aprile 2011 anche in *Galles*⁴² chi voglia divorziare deve partecipare a pagamento ad una **mediazione informativa obbligatoria**, prima di essere ammesso al giudizio⁴³.

Nel Regno Unito sussiste pure il ricorso obbligatorio degli operatori commerciali all'*Ombudsman per i servizi finanziari*⁴⁴.

In Belgio la mediazione è obbligatoria **per le industrie** in diversi settori: telecomunicazioni, assicurazioni, poste, diritti dell'infanzia, rapporti con il governo, rapporto con le istituzioni dell'Unione Europea, banche, energia, collocamento privato, pensioni, prodotti finanziari⁴⁵.

In **Danimarca** la conciliazione è obbligatoria per le imprese nel settore del **turismo** in merito ai **viaggi e all'alloggiamento**⁴⁶ e nel settore dei **mutui ipotecari**⁴⁷.

In Estonia l'arbitrato è obbligatorio in materia di **assicurazione**⁴⁸ per le imprese, mentre la conciliazione è volontaria.

In **Svezia** la mediazione è obbligatoria per le controversie **in materia di locazione ad uso commerciale**.

Per esempio, se il locatore ha posto fine al contratto di locazione e il locatario non vuole lasciare l'ufficio senza ricevere un indennizzo deve sottoporre la questione alla commissione **perché questa provveda alla mediazione**. Se non agisce in tal senso **perde il diritto all'indennizzo**.

Nell'ambito della mediazione, la commissione per le locazioni può pronunciarsi, tra l'altro, **sul canone di locazione dell'ufficio**, in termini di valore di mercato, e questo suo parere ha valore **di presunzione** in una successiva controversia in materia d'indennizzo.

⁴² La norma non si applica in Scozia ed Irlanda del Nord. Cfr. <http://www.alimentatie.nl>

⁴³ Questo costerà ad ogni coppia più di 140 sterline.

⁴⁴ Cfr. *Adr consultation paper 18012011*, in http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/dgs_consultations/ca/docs/

⁴⁵ Cfr. DG SANCO, *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union* cit., p. 170 e ss.

⁴⁶ Davanti alla Pakkerejse-Ankenævnet (Travel Industry Complaint Board). Cfr. DG SANCO, *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union* cit., p. 184.

⁴⁷ Davanti alla Realkreditankenævnet (Mortgage Credit Complaint Board) Cfr. DG SANCO, *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union* cit., p. 185.

⁴⁸ Davanti alla Vaidluskomisjon (The Insurance Court of Arbitration). Cfr. DG SANCO, *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union* cit., p. 189.

A seguito di notifica della citazione a comparire⁴⁹ nel paese scandinavo si deve seguire **una procedura preparatoria**, orale o scritta, allo scopo, tra l'altro, di accertare se vi siano le condizioni per la conciliazione.

L'obiettivo dello stesso atto di citazione è appunto anche quello di chiarire **se sussistono le condizioni per un accordo extragiudiziale**⁵⁰.

Nello spirito indicato il giudice può imporre al convenuto di replicare **per iscritto** alla richiesta di componimento bonario dell'attore⁵¹: in caso di diniego il giudice può emettere quello che si definisce *default judgment*, ossia può dare ragione nel merito all'attore con **una sentenza contumaciale**.

Chi non voglia partecipare all'udienza quando il caso sia suscettibile di accordo extragiudiziale, può poi in generale **subire delle ripercussioni in sede di merito**: in sostanza chi propone la conciliazione scriverà in atti che in caso **di mancata partecipazione dell'altra parte** il giudice debba emettere una decisione a lui favorevole (*a default judgment*)⁵².

Ma non solo. Chi non partecipa **di persona** all'udienza nel caso di questione suscettibile di accordo **può essere multato**⁵³.

In **Norvegia** prima di proporre ricorso giudiziale le parti verificano se non sia possibile una **composizione preventiva in ADR davanti ad un Conciliation board**⁵⁴: la procedura può durare tre mesi, ma è rinnovabile.

La conciliazione si introduce con un reclamo al *conciliation board* che va notificato al convenuto il quale ha **due settimane** per rispondere.

All'incontro di conciliazione le parti possono essere assistite anche da un avvocato che **però sia qualificato per assistere le parti davanti al Conciliation board**.

Il tentativo di conciliazione è obbligatorio **a meno che**: a) il valore della controversia sia superiore a 125.000 NOK⁵⁵ (16.000 €) ed entrambe le parti **siano assistite da un avvocato**,

⁴⁹ V. Sezione 1 e sezione 5 ultima parte *Rättegångsbalk* (1942:740) .

⁵⁰ V. sezione 6 n. 5 *Rättegångsbalk* (1942:740).

⁵¹ Sezione 11 *Rättegångsbalk* (1942:740).

⁵² Sezione 12 *Rättegångsbalk* (1942:740).

⁵³ Sezione 12 *Rättegångsbalk* (1942:740).

⁵⁴ L'organo si occupa di mediazione, ma anche di altri strumenti alternativi.

⁵⁵ Si tratta della Corona scandinava ed il valore ammonta a circa 16.000 €.

b) sia stato già effettuato **un tentativo di mediazione** *out-of-court*, c) il caso sia stato ascoltato **da altro tribunale**.

L'ambito è generale e può riguardare anche gli *small claims*, ma ci sono alcune materie escluse⁵⁶.

La legislazione **rumena**⁵⁷ prevede l'istituto della "conciliazione diretta" tra le parti nelle controversie commerciali, che è obbligatoria. E in oggi pure della mediazione obbligatoria nello stesso ambito.

Anche in Grecia abbiamo dal 1995 un tentativo obbligatorio di conciliazione **preventivo** al giudizio, simile a quello rumeno.

Il progetto di legge sulla mediazione civile e commerciale⁵⁸ che avrebbe dovuto approvarsi in Spagna e che purtroppo allo stato è andato **decaduto**, prevede di introdurre una riforma del codice di rito (un nuovo comma 3 all'art. 437 LEC⁵⁹ e un nuovo comma 2 all'art. 439 LEC) a norma della quale in alcuni giudizi verbali⁶⁰ a causa del basso valore è obbligatorio **tentare la mediazione nei sei mesi che precedono il deposito della domanda**, ed il tentativo deve essere certificato nel verbale che conclude la procedura.

Si tratta del caso in cui si richieda in giudizio il pagamento **di una somma inferiore a 1.000.000 di pesetas**⁶¹.

Il medesimo progetto di legge prevedeva l'introduzione della mediazione obbligatoria nel **processo amministrativo**⁶² e la norma è decisamente interessante: "Nei procedimenti in

⁵⁶ a) in materia di famiglia, salvo che la questione riguardi esclusivamente il regolamento finanziario della separazione; b) le controversie che vedono come parte una pubblica autorità, istituzione o un funzionario su questioni che non sono esclusivamente di diritto privato; c) i casi riguardanti la validità di un lodo arbitrale o di una composizione stragiudiziale; d) i casi in cui la legge prevede che le decisioni del tribunale siano vincolanti per le parti, o ancora e) quelli in cui è la legge ad escludere il tentativo di conciliazione.

⁵⁷ Che per quanto riguarda la gestione delle controversie è mutata ultimamente con un importante provvedimento: Legea 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluțiilor proceselor. Legea 202/2010 Mica reforma a Justiției. Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 714 din 26 octombrie 2010 (Legge 202/2010 per quanto riguarda alcune misure per accelerare le soluzioni processuali. Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, Parte I nr. 714 del 26 ottobre 2010. Piccola riforma della giustizia).

⁵⁸ *Anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. In <http://www.mjusticia.es>. Cfr. anche B. M. CREMADES, *Ley de mediación y reforma de la Ley de Arbitraje*, 24 febbraio 2010 in www.diariojuridico.com.

⁵⁹ *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Si tratta del Codice di procedura civile spagnolo.

⁶⁰ L'art. 250 del Codice di rito spagnolo prevede per tutta una serie di ipotesi che si faccia luogo a giudizio verbale.

⁶¹ Art. 250 c. 2 LEC. Nel 2001 il limite era di 500.000 *pesetas* che corrispondono a 3.000 € ed oggi l'importo è stato portato a 6000 € Cfr. anche B. M. Cremades, *Ley de mediación y reforma de la Ley de Arbitraje*, cit.

prima od unica istanza, il Giudice o il Tribunale, d'ufficio o su domanda di parte, una volta formulato il ricorso ed il contro-ricorso, sottoporrà alla considerazione delle parti il riconoscimento dei fatti o dei documenti, **nonché la possibilità di raggiungere un accordo per porre fine alla controversia**, quando il giudizio abbia ad oggetto materia suscettibile di **transazione**, ed in particolare quando versi **sulla stima di una quantità**. Nel caso sopradDETTO il giudice **può imporre** alle parti l'assoggettamento alla legge sulla mediazione civile e commerciale relativamente ai principi della medesima, allo statuto del mediatore ed al procedimento.

I rappresentanti delle Amministrazioni pubbliche devono domandare **la autorizzazione opportuna per concludere la transazione**, secondo le norme che regolano la disposizione del diritto in contesa.

Il tentativo di conciliare o di mediare, sempre che ciò sia previsto dalla legge o, se del caso, quando tutte le parti ne facciano richiesta, **sospenderà il corso del processo**, e le parti alla conclusione informeranno il tribunale del procedimento che avranno seguito. Anche se il processo riprende, **il tribunale ammetterà l'accordo che si raggiunga posteriormente** sempre che questo tenga luogo in un qualsiasi momento anteriore al giorno in cui il processo sarà stato dichiarato concluso tramite sentenza.

Se le parti allegheranno un accordo che implica la conclusione della controversia, il Giudice od il Tribunale **dichiareranno concluso il procedimento**, sempre che l'accordo non sia **manifestamente contrario all'ordinamento giuridico, né sia lesivo dell'interesse pubblico o dei terzi**".

Sempre in Spagna l'art. 63 del Codice di procedura in **materia di lavoro** *Labour Act* (LPL), prevede che la mediazione sia **condizione di procedibilità** di eventuali processi.

In **Slovenia**⁶³ dal 2009 e nell'ambito di un programma giudiziario di ADR, se le parti non fanno richiesta di utilizzare un metodo di risoluzione alternativa il giudice **può richiedere loro in ogni momento** di partecipare ad una sessione informativa sulla mediazione⁶⁴.

⁶² Art. 77 legge 13 luglio 1998 n. 29 - legge sulla giurisdizione contenzioso-amministrativa.

⁶³ Legge sul contenzioso alternativo delle controversie (*Zakona o alternativnem reševanju sodnih sporov -ZARSS*) del 19 novembre 2009.

⁶⁴ In questo paese la legge di applicazione degli ADR nel processo ha ambito vasto dato che riguarda la famiglia, i rapporti commerciali e di lavoro, gli altri rapporti di diritto civile per cui le parti possono vantare diritti disponibili, salvo che la legge non disponga diversamente.

Il giudice stabilisce il giorno e l'ora in cui sentire le parti e **provvede a condurre la sessione** che deve essere verbalizzata dal cancelliere.

Chi non si presenta senza **motivo legittimo** è tenuto a rimborsare **le spese della mediazione**⁶⁵.

Sulla base della **sessione informativa** il giudice può disporre **una mediazione obbligatoria** e sospendere il processo per tre mesi.

La decisione da notificarsi alle parti deve essere **motivata** e l'irragionevole rifiuto di parteciparvi viene sanzionato. Le parti possono opporsi entro 8 giorni ed il giudice annulla la propria decisione ed il procedimento non si tiene.

Tuttavia, indipendentemente dal risultato del processo, il giudice può, su richiesta di parte, **ordinare alla parte che ha presentato un'irragionevole opposizione**⁶⁶ alla mediazione di rimborsare all'altra parte integralmente o parzialmente **le spese di giudizio che sono state necessarie per il processo stesso**⁶⁷.

Dobbiamo poi sottolineare che il § 100 c. 3 del Codice di procedura civile ceco⁶⁸ stabilisce in materia di **affidamento dei figli minori**, che il giudice possa ordinare alle parti la partecipazione per un massimo di tre mesi ad **un tentativo conciliazione stragiudiziale o ad un procedimento di mediazione o di terapia familiare**⁶⁹.

Il progetto di legge sulla mediazione che a breve verrà approvato in Lussemburgo dispone che il giudice possa ordinare una **sessione obbligatoria informativa** nel caso di divorzio, di separazione di separazione per le coppie legate da un partenariato registrato, compresa la fase di liquidazione, di divisione della comunione di beni e di beni indivisi, di

⁶⁵ Art. 18 ZARSS.

⁶⁶ Per valutare la irragionevolezza della opposizione il giudice deve tener conto della natura della controversia, dei fatti in contestazione, del fatto che le parti abbiano già tentato di risolvere pacificamente la controversia attraverso la negoziazione, dell'ammontare delle spese che possono insorgere nella mediazione, della probabilità che la sospensione di tre mesi necessaria alla procedura di mediazione potesse influenzare l'esito del contenzioso, ed in ultimo della probabilità che la mediazione potesse concludere con successo il conflitto (art. 19 ZARSS).

⁶⁷ Un meccanismo quindi simile a quello previsto dal nostro articolo 13 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28.

⁶⁸ 99/1963 Sb. Občanský soudní řád ze dne 4. prosince 1963.

⁶⁹ <http://www.epravo.cz>.

obbligazioni alimentari, di contributo alle spese del matrimonio, di obbligo di mantenimento dei figli e dell'esercizio della potestà genitoriale⁷⁰.

Ma anche se usciamo dalla vecchia Europa la musica non sembra cambiare.

In **Israele** dal marzo 2008 si sta sperimentando nelle Corti un programma pilota per tutte le cause civili che superano i 50,000 NIS (10,24 €): c'è l'obbligo di una sessione preventiva di mediazione obbligatoria nella quale le parti decidono se vogliono risolvere la loro disputa attraverso la mediazione⁷¹.

La **legge argentina** del 2010⁷² stabilisce l'obbligatorietà della mediazione prima di qualsivoglia processo⁷³ per tutte le materie⁷⁴ e con **poche eccezioni** che appaiono abbastanza residuali⁷⁵.

In **Australia** nei territori del Queensland e del Nuovo Galles del Sud i tribunali hanno il **potere di ordinare** alle parti, in considerazione delle circostanze concrete, di partecipare alle ADR, sia prima sia durante il processo, anche se le parti possono opporsi a tale ordine ed essere sentite.

In California, se il valore della controversia è **inferiore ai 50.000 \$**⁷⁶ si è obbligati partecipare ad un **arbitrato**, a meno che il giudice **non consenta la mediazione**⁷⁷; e per

⁷⁰ V. l'art. 1251-17 C.p.c. come introdotto dal Projet de loi portant - introduction de la médiation en matière civile et commerciale dans le Nouveau Code de procédure civile; - transposition de la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale; - modification de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat - modification de l'article 3, paragraphe (1), point 1. de la loi du 3 août portant mise en application du règlement (CE) n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, modifiant le Nouveau Code de procédure civile; et - modification des articles 491-1 et 493-1 du Code civil.

⁷¹ http://www.sulcha.co.il/Content/ArticleMain.asp?maamar_id=267

⁷² Ley N° 26.589 - Mediación y Conciliación.

⁷³ Art. 1 c. 1

⁷⁴ Art. 4.

⁷⁵ Art. 5. La procedura pre-processuale obbligatoria non sarà applicabile nei seguenti casi:

1) azioni penali; b) azioni di separazione personale e divorzio, nullità del matrimonio, filiazione, patria potestà ed adozione, con eccezione questioni patrimoniali derivate. Il giudice dovrà dividere i processi, affidando la parte patrimoniale al mediatore; cause ove lo Stato, le province, i municipi o la città autonoma di Buenos Aires o sue entità decentralizzate siano parti, eccettuato il caso in cui vi sia autorizzazione e comunque non nei casi di cui all'art. 841 Codice civile (ossia i casi in cui le transazioni sono vietate); d) i processi di inabilitazione, di dichiarazione di incapacità e di riabilitazione; e) *amparos* (i processi sommari che sono preceduti da procedure amministrative), *l'habeas corpus* (le azioni a tutela dell'incolumità fisica), *habeas data* e ingiunzioni; *habeas data* (le azioni a protezione dei dati sensibili) e le misure interdittive; f) le misure cautelari; g) *Diligencias preliminares y prueba anticipada* (i procedimenti di istruzione preventiva); h) i giudizi successori; i) le procedure concorsuali; j) le convocazioni delle riunioni dei comproprietari ai sensi dell'articolo 10 della legge 13.512; k) i conflitti di competenza in ambito di giustizia del lavoro; l) i procedimenti di volontaria giurisdizione.

L'obbligatorietà dell'ADR in Italia e all'estero - Avv. Carlo Alberto Calcagno

valori superiori (v. ad esempio la procedura davanti alla Corte di Santa Barbara) è sempre il giudice che decide, sentite le parti, quale ADR è **consono alla natura della controversia**⁷⁶ e può comunque **ordinare una sessione informativa** di mediazione.

Chi scrive non ha sentore del fatto che i cittadini Californiani si sentano meno liberi o pensino che tutto ciò infici i loro diritti costituzionali.

In ogni caso sono alle prese con un dato economico: ogni giorno di giudizio costa alla Comunità **3.943 \$**: ciò è scritto nel codice di procedura civile nella sezione che apre la parte relativa alla mediazione⁷⁹; questo costo di certo frena molte delle possibili elucubrazioni.

⁷⁶ V. Sezione 1441 del Codice di Procedura civile della California.

⁷⁷ Nelle contee che sono soggette alla Corte di Santa Barbara può promuoversi quella che si definisce *limited mediation* appunto in sostituzione dell'arbitrato giudiziario. Qualcosa di analogo abbiamo nel Distretto Settentrionale della California. Davanti alla Corte di Los Angeles ed in altri tribunali che decidono di adottare la sezione 1775 del Codice di procedura civile, per tutte quelle azioni civili per cui sarebbe praticabile un arbitrato, se viene presentata una richiesta di decisione secondo equità, il Presidente od il giudice designato può decidere che in alternativa venga condotta una mediazione.

⁷⁸ Arbitration, mediation, special master, referee, settlement conference, neutral evaluation.

⁷⁹ Sezione 1775 punto F del Codice di Procedura civile della California: *"It is estimated that the average cost to the court for processing a civil case of the kind described in Section 1775.3 through judgment is three thousand nine hundred forty-three dollars (\$3,943) for each judge day, and that a substantial portion of this cost can be saved if these cases are resolved before trial"*. (Si stima che il costo medio al tribunale per l'elaborazione di una causa civile del tipo descritto nella Sezione 1775,3 attraverso il giudizio è 3.943 \$ (3.943 dollari) per ogni giorno di giudizio, e che una parte sostanziale di questo costo può essere eliminata se questi casi sono risolti prima del processo).