

LA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA

Estratto:

SIMONA CACACE

La riforma francese su mediazione e conciliazione

CEDAM

LA RIFORMA FRANCESE SU MEDIAZIONE E CONCILIAZIONE [★]

di SIMONA CACACE

SOMMARIO: 1. La direttiva n. 2008/52/CE. – 2. Il recepimento francese. – 3. *Médiation e conciliation*. – 4. La *procédure participative*. – 5. Riflessioni conclusive attorno ai *modes alternatifs de règlement des conflits*.

1. LA DIRETTIVA N. 2008/52/CE. Con l'obiettivo di «garantire un migliore accesso alla giustizia», la direttiva n. 2008/52/CE (*relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale*) vuole contribuire «al corretto funzionamento del mercato interno» per quanto concerne, in particolare, «la disponibilità dei servizi di mediazione»⁽¹⁾. Peraltro, notoriamente, le disposizioni di tale direttiva sono rivolte alla mediazione nelle controversie transfrontaliere: nulla vieta, però, che gli Stati membri si adoperino in tal senso anche per i procedimenti «interni»⁽²⁾. Trattasi, infatti, della primazia delle esigenze delle parti e della salvaguardia della bontà dei loro rapporti, alla ricerca di un accordo che, una volta concluso, gode senz'altro di «maggiori probabilità» di essere volontariamente rispettato⁽³⁾. La materia è quella civile e commerciale; peraltro, l'intervento comunitario non concerne l'opera e i tentativi di conciliazione che l'organo giurisdizionale comunque attiva nel corso di un procedimento giudiziario, né quei casi in cui lo stesso giudice adito richieda «l'assistenza o la consulenza di una persona competente»⁽⁴⁾. Per converso, la presente normativa si applica alla mediazione guidata «da un giudice che non è responsabile di alcun procedimento giudiziario concernente la controversia» in oggetto, laddove l'iniziativa può comunque sempre ricondur-

si, alternativamente, alla libera volontà delle parti, al suggerimento o all'imposizione di un'autorità giurisdizionale ovvero ad una prescrizione del diritto di uno Stato membro (art. 3, *Definizioni*). Inoltre, una volta genericamente definito il mediatore quale «terzo» conduttore «imparziale e competente», a prescindere sia dalla sua denominazione e professione sia dalle modalità con cui egli è stato nominato o invitato ad eseguire il suo incarico:

1) restano impregiudicati sia le ipotesi di obbligatorietà della mediazione previste dal diritto interno sia gli incentivi e le sanzioni predisposti dalla legislazione nazionale e ad essa connessi (art. 5, comma 2°, *Ricorso alla mediazione*);

2) si garantisce la possibilità di rendere esecutivo l'accordo scritto eventualmente risultante dalla stessa mediazione, salvo contrarietà dei suoi contenuti con la legge dello Stato membro di riferimento (art. 6, *Esecutività degli accordi risultanti dalla mediazione*);

3) le informazioni risultanti da un procedimento di mediazione o con questo connesse sono coperte da riservatezza ed escluse da qualsivoglia obbligo di testimonianza, salvo «superiori considerazioni di ordine pubblico», quali la protezione dei minori o la necessità di scongiurare «un danno all'integrità fisica o psicologica di una persona», ed eccezione fatta, infine e naturalmente, per l'ipotesi che «la comunicazione del contenuto dell'accordo» sia necessaria per la sua stessa esecuzione (art. 7, *Riservatezza della mediazione*);

4) le legislazioni nazionali devono provvedere affinché i termini di prescrizione o decadenza previsti al fine di avviare un procedimento giudiziario o di arbitrato non possano decorrere o scadere a causa della scelta di tentare una mediazione (art. 8, *Effetto della mediazione sui termini di prescrizione e decadenza*);

5) la Commissione presenta, entro il

[★] **Contributo pubblicato in base a referee.**

(1) Quinto considerando.

(2) Ottavo considerando.

(3) Sesto considerando.

(4) Dodicesimo considerando.

21.5.2016, una relazione sull'attuazione della presente direttiva (art. 11, *Revisione*);

6) gli Stati membri si conformano a tali disposizioni entro il 21.5.2011 (art. 12, *Attuazione*).

Orbene, il 25.7.2011 un comunicato stampa della Commissione europea ha annunciato l'avvio delle procedure per «richiamare all'ordine» la Francia e gli altri otto Stati membri (Repubblica Ceca, Regno Unito, Cipro, Spagna, Lussemburgo, Paesi Bassi, Slovacchia e Finlandia) ancora inadempienti. L'Italia aveva già provveduto con d. legis. 4.3.2010, n. 28⁽⁵⁾; la Francia lo farà con un'ordinanza del 16.11.2011⁽⁶⁾, emanata in applicazione dell'art. 198 della l. 17.5.2011, n. 525 (*de simplification et d'amélioration de la qualité du droit*). Infine, è con decreto 20.1.2012, n. 66 (*relatif à la résolution amiable des différends*)⁽⁷⁾ che viene introdotto il quinto libro del codice di procedura civile, dedicato a *La résolution amiable des différends* e suddiviso in due titoli, rispettivamente *La médiation et la conciliation conventionnelles* e *La procédure participative*.

2. IL RECEPIMENTO FRANCESE. *In primis*, ai sensi del nuovo art. 1528 cod. proc. civ., la ri-

⁽⁵⁾ Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, decreto pubblicato in G.U. n. 53 del 5.3.2010.

⁽⁶⁾ Ordinanza n. 2011-1540, (*portant 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*), di cui si dà brevemente conto in JCP G 2011, 2340. Cfr. NEVEJANS, *L'ordonnance du 16 novembre 2011. Un encouragement au développement de la médiation?*, in JCP G 2012, 264; NOTTÉ, *Médiation en matière civile et commerciale* (Ord. n° 2011-1540, 16 nov. 2011), in JCPE 2011, 47, 9; SERVERIN, *L'avant-projet de décret «relatif à la résolution amiable des différends», au banc d'essai*, in RDT, 2011, 516.

⁽⁷⁾ V. RONGEAT-ODIN, *Le règlement amiables des différends est en bonne marche!*, in JCP G, 2012, 290; DEHARO, *Rationalité juridique et opportunité économique: la médiation est-elle le paradigme d'une conception utilitariste de la justice?*, in *Petites Affiches*, 2012, 31, 3, e ASTAIX, *Résolution des différends: simplification du recours amiable*, in D., 2012, 292.

soluzione *amicable* di una controversia in materia civile, commerciale, sociale o rurale può essere tentata, al di fuori di qualsivoglia procedimento giurisdizionale, grazie all'assistenza di un mediatore, di un *conciliateur de justice* ovvero, nell'ambito di una *procédure participative*, tramite gli stessi avvocati delle parti.

In particolare, le ipotesi di mediazione e conciliazione convenzionali si contraddistinguono per la presenza di un terzo imparziale, vincolato da un obbligo di *confidentialité* (nei termini già specificati in sede di direttiva) e altresì tenuto ad un comportamento competente e diligente. Il mediatore, inoltre, deve soddisfare due requisiti determinati (art. 1533 cod. proc. civ.): 1. l'inesistenza, a suo carico, di addebiti rilevanti per il casellario giudiziale; 2. il possesso, «par l'exercice présent ou passé d'une activité», della competenza richiesta dalla natura della controversia concreta ovvero di una formazione od esperienza adeguate alla pratica stessa della mediazione.

D'altro canto, i *conciliateurs de justice* nascono, in Francia, con decreto 20.3.1978, n. 381: al riguardo, quindi, l'ultima novella del codice di procedura civile non fa che riordinare una normativa preesistente e già modificata dal decreto 1°10.2010, n. 1165 (*relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale*)⁽⁸⁾. Peraltro, non solo la procedura per rivolgersi al conciliatore è priva di formalità, ma questi può anche, con l'accordo degli interessati e laddove appaia di una qualche utilità, effettuare sopralluoghi e raccogliere dichiarazioni e testimonianze di terzi, nonché decidere di farsi aiutare da un secondo conciliatore. Infine, l'avvenuta conciliazione, anche parziale, può essere espressa in un *constat* (art. 1540 cod. proc. civ.) firmato sia dalle parti sia dal conciliatore; d'altra parte, la redazione per iscritto di tale dichiarazione è dovuta laddove dalla risoluzione della disputa derivi la rinuncia a un diritto. In ogni caso, copia di detto documento è consegnata a ciascun interessato e depositata presso la cancelleria del tribu-

⁽⁸⁾ GERBAY, *Premières vues sur le décret du 1^{er} octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale*, in *Gaz. Pal.*, 10-12.10.2010, 17.

nal d'instance, mentre è al *juge d'instance* che dev'essere eventualmente presentata domanda per l'omologazione dell'accordo raggiunto. Tale istanza può essere avanzata anche da una sola delle parti, salvo che dallo stesso accordo scritto non risulti l'opposizione all'omologazione di una controparte (art. 1541 cod. proc. civ.). Al contrario, in ambito di mediazione, la disciplina prescelta appare sottilmente diversa (art. 1534 cod. proc. civ.): la domanda di omologa, infatti, viene presentata da tutti i soggetti interessati ovvero da uno solo di questi, ma pur sempre con il consenso espresso degli altri.

3. MÉDIATION E CONCILIATION. Secondo la direttiva n. 2008/52/CE (art. 3, *Definizioni*, lett. a), la «mediazione» è «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». L'art. 21 della l. 8.2.1995, n. 125 (*relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*), come modificato dall'ordinanza n. 1540/2011, riprende pressoché testualmente tale definizione⁽⁹⁾, così perseverando in termini di ambiguità terminologica e omettendo di rimediare al disordine che contraddistingue, nell'ordinamento francese, la disciplina in materia di mediazione e di conciliazione (giudiziarie e convenzionali). Diversamente dall'Italia, infatti, i cugini d'oltralpe non solo traspongono la direttiva comunitaria all'interno di un quadro normativo già ricco e variegato⁽¹⁰⁾, ma conoscono altresì, per quan-

to concerne mediazione e conciliazione, differenze importanti ed aliene al nostro ordinamento.

È da quasi trentacinque anni, infatti, che il *conciliateur de justice* persegue «le règlement amiable d'un différend»⁽¹¹⁾, laddove provvisto di un'esperienza giuridica quantomeno triennale ed esercitando le proprie funzioni, però, a titolo meramente gratuito (salvo un rimborso spese *à forfait*)⁽¹²⁾. Egli viene nominato, con ordinanza del primo presidente della corte d'appello, previo parere del procuratore generale e dietro proposta del *juge d'instance*, per un periodo di un anno, rinnovabile per altri due (ma nulla vieta, peraltro, che il conciliatore possa esercitare anche oltre tale lasso di tempo)⁽¹³⁾. Pertanto, costui non può essere liberamente prescelto dalle parti, ma solo accettato o rifiutato. Infine, la persona chiamata a questo ruolo deve non solo essere maggiorenne e godere dei diritti civili e politici, ma altresì non esercitare, a qualsivoglia titolo, funzioni giudiziarie né essere investito di mandato elettivo nel distretto di corte d'appello in cui opera. Ci si trova, naturalmente, nell'ambito di diritti di cui le parti possano liberamente disporre: di conseguenza, il *conciliateur de justice* non può essere competente né in materia di diritto di famiglia, stato civile e diritto penale né riguardo alle controversie che contrappongono un privato alla pubblica amministrazione. Per converso, egli conosce delle liti fra locatari o fra proprietario e locatario, di quelle in tema di diritto del consumo, di rapporti di vicinato, di crediti insoddisfatti e *malfaçons de travaux*.

⁽⁹⁾ Cfr. il *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant 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*, in JO, 17.11.2011, 19283.

⁽¹⁰⁾ *Rapport du Conseil d'État, Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 29 juillet 2010*, Parigi, 2010, 49 ss. V. anche i due *Rapports Magendie, Célérité e qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*, Parigi, 2004, e *Célérité e qualité de la justice. La médiation: une autre voie*, Parigi, 2008; il *Rapport Guinchard, L'ambi-*

tion raisonnée d'une justice apaisée, Parigi, 2008, e il *Rapport Darrois, Rapport sur les professions du droit*, Parigi, 2009. Infine, v. MAGENDIE, *L'effectivité des droits passe par des procédures adaptées*, in JCP G, 2008, 22, 15 ss.; ID., *La médiation*, in D., 2009, 2600, e VERT, *L'expérimentation du rapport Magendie sur la médiation dans le ressort de la Cour d'appel de Paris*, in *Gaz. Pal.*, 25-27.4.2010, 7.

⁽¹¹⁾ Art. 1 decr. 20.3.1978, n. 381, così come modificato dal decr. 20.1.2012, n. 66, art. 43.

⁽¹²⁾ CADIET, *Des modes alternatifs de règlement des conflits en générale et de la médiation en particulier*, in AA.Vv., *La médiation*, Parigi, 2009, 13 ss.

⁽¹³⁾ Cfr. MOUTHIÉ, *Guide juridique et pratique de la conciliation et de la médiation*, Parigi, 2003.

Ora, mentre il conciliatore può certo definirsi una vera e propria emanazione dell'istituzione giudiziaria, quasi un giudice di pace⁽¹⁴⁾, il mediatore è solo un soggetto privato provvisto di una propria specifica competenza tecnica nel campo della gestione dei conflitti⁽¹⁵⁾. Peraltro, pur trattandosi di due opzioni entrambe alternative al processo civile tradizionale e parimenti finalizzate ad una soluzione consensuale della lite, si suole individuare⁽¹⁶⁾ nell'opera del mediatore una minore «ingerenza», un'attività «pacificatrice» o «facilitativa», rivolta a ristabilire una comunicazione fra le parti, che dovrebbero, così, pervenire assieme (e quasi da sole) ad un accordo⁽¹⁷⁾. Per contro, i poteri più accentuati del conciliatore si risolverebbero nella possibilità di esprimere un suo parere e di suggerire delle soluzioni: egli è un *aviseur*, la sua neutralità meno intoccabile. Diversamente dal *conciliateur*, inoltre, il mediatore non deve vantare una formazione o preparazione giuridica particolare, poiché appare di

maggior rilievo una buona conoscenza della pratica stessa della mediazione e delle differenti modalità di comunicazione⁽¹⁸⁾. Di conseguenza, suo compito non è quello di prestare, anche laddove ne fosse in grado, una consulenza di natura giuridica: tutt'altro, sia onde evitare un condizionamento della libertà dei soggetti interessati nel rinvenire un accordo, sia perché la formulazione di un parere in tal senso è di sola spettanza dell'avvocato o del notaio, ai quali le parti vengono – eventualmente – rinviate. Perciò, in assenza di una regola generale in materia di preparazione e qualificazione dei mediatori, la loro competenza è affidata, in Francia, a percorsi di formazione e di accreditamento non istituzionalizzati, organizzati da università o da enti pubblici o privati⁽¹⁹⁾.

Peraltro, se la *loi* n. 1995-125 regola *expressis verbis* la sola mediazione giudiziaria (endoprocessuale) ed obiettivo della riforma 2011-2012 è di apprestare «un cadre général»⁽²⁰⁾, che ricomprenda e disciplini altresì la mediazione di natura convenzionale (extraprocessuale)⁽²¹⁾, l'occasione è mancata rispetto alla natura ed efficacia della clausola di mediazione, della quale si tace. Infatti, benché la mediazione convenzionale possa vantare carattere assolutamente privato e riservato, la giurisprudenza di legittimità conferisce vincolativi-

⁽¹⁴⁾ NEVEJANS, *L'ordonnance du 16 novembre 2011. Un encouragement au développement de la médiation?*, cit., 266. Cfr. MOLLARD-COURTAU, *Réflexions sur une refonte du statut des conciliateurs de justice ou les tribulations d'un conciliateur...*, in *Gaz. Pal.*, 3-5.7.2011, 14. Cfr. già le riflessioni di DENTI, *I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 415 ss.

⁽¹⁵⁾ CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Cedam, 2008, 124 ss. V. anche TAILLANDIER, *Le juge et le médiateur: opposition ou coopération?*, in *SS Lamy* 2011, 1508 (suppl.), 254; TOURNEPICHE, *La médiation. Aspects transversaux*, Parigi, 2010; LASCoux, *Pratique de la médiation. Une méthode alternative à la résolution de conflits*, Issy-les-Moulineaux, 2009, e DE BRIANT-PALAU, *La médiation. Définition, pratiques et perspectives*, Parigi, 2005. Per l'ordinamento belga, cfr. RENSON, *La médiation civile et commerciale. Comment éviter les aléas, le coût et la durée d'un procès*, Louvain-la-Neuve, 2010.

⁽¹⁶⁾ PEULVÉ, *Médiation ou conciliation. Des jeux... vrais ou faux?*, in *Gaz. Pal.*, 26-28.6.2011, 19. Cfr. anche BOLZE, *Le procès, risque à éviter: les modes alternatifs de règlement des litiges*, in *RGDA*, 2010, 845 ss.

⁽¹⁷⁾ V. PEKAR LEMPEREUR-SALZER-COLSON, *Méthode de médiation. Au coeur de la conciliation*, Parigi, 2008. V. anche il classico di MORINEAU, *L'esprit de la médiation*, Toulouse, 2010.

⁽¹⁸⁾ HUGER-RONGEAT-ODIN, *Les compétences juridiques du médiateur*, in *Gaz. Pal.* 23-25.1.2011, 19. V. anche CRÉPIN, *L'avocat et la médiation*, in *Dr. et patr.*, 2011, 207, 69. Infine, cfr. ARMAND-PRÉVOST, *La médiation. Trop connue, mal connue, méconnue*, I e II parte, rispettivamente in *Gaz. Pal.*, 8-10.1.2006, 2, e *ivi*, 11-12.1.2006, 11.

⁽¹⁹⁾ CUOMO ULLOA, *op. cit.*, 136. V. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, Parigi, 2012; AYELA, *Pratique de la médiation et règlement des conflits. Nous sommes tous des médiateurs!*, in *JCP G*, 2009, 48, 56, e JUSTON, *La médiation: du principe à la réalité?*, in *Gaz. Pal.*, 30-31.7.2008, 2.

⁽²⁰⁾ *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011*, cit.

⁽²¹⁾ Le parti possono optare per una mediazione convenzionale sia affidandosi concordemente ad un mediatore privato sia rivolgendosi ad un ente che gestisca procedure di risoluzione dei conflitti, sulla base di regolamenti predefiniti e avvalendosi di mediatori da esso formati o, comunque, accreditati: v. CUOMO ULLOA, *op. cit.*, 136.

tà ad una *clause de médiation* liberamente apposta all'interno di un contratto, pure laddove di natura non strettamente obbligatoria e nonostante la stessa inesistenza del soggetto designato mediatore. In particolare, il giudice oppone (ma non *ex officio*) alla domanda in giudizio un motivo di irricevibilità, una *fin de non-recevoir*: nel caso di specie⁽²²⁾, peraltro, il regolamento contrattuale individua il tribunale competente «en cas d'échec ou de refus de la médiation», mentre la *Cour de cassation* richiede, allo scopo di accertare simile «rifiuto», la dimostrazione di aver esperito un preliminare tentativo di mediazione, fallito per mancata risposta o per risposta negativa della controparte. Di conseguenza, al fine di soddisfare tale onere probatorio, sembrerebbe insufficiente sia il compimento, da parte di entrambi gli interessati, di atti incompatibili con la volontà di mediare sia il rifiuto stesso dell'attore di procedere a detta mediazione, implicito nella decisione di agire direttamente in giudi-

⁽²²⁾ Cass., 8.4.2009, n. 8-10.866, in *JCP G*, 2009, 26, 20, con commento di CUPERLIER, *Une nouvelle avancée de la médiation?*, e in *RTDciv*, 2009, 774, con nota di THERY, *La clause de médiation préalable: il ne faut pas confondre ne pas vouloir et refuser...* Cfr. altresì Cass., 30.10.2007, n. 6-13.366, in *Petites Affiches*, 2008, 58, 10, con nota di HUCHET, *La clause de médiation confrontée au régime juridique de la fin de non-recevoir*. Si tratta di una vera e propria *cause d'irrecevabilité*: da ultime, v. Cass., 20.9.2011, n. 10-20.990, e Cass. COMM., 13.9.2011, n. 10-19539, entrambe inedite, il cui testo integrale è consultabile su www.legifrance.gouv.fr. Al riguardo, il *leading case* è Cass. CH. MIXTE, 14.2.2003, n. 00-19.423, in *Rev. arb.*, 2003, 403, con nota di JARROSSON, *Le régime jurisprudentiel de la clause instituant un préalable obligatoire de conciliation*, e in *D.*, 2003, 1386, con commento di ANCEL-COTTIN, *L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation*. Infine, v. BERNHEIM-DESVAUX, *Les clauses de recours à un mode alternatif de règlement des litiges de consommation: la clause de recours à la médiation ou à la conciliation*, in *CCC*, 2011, 10, 43; DEHARO, *L'efficacité économique de la clause de médiation*, in *Petites Affiches*, 2011, 213, 3; BARBIERI, *Force du préalable statutaire de conciliation*, in *Rev. soc.*, 2011, 235, nota a Cass. COMM., 15.6.2010, n. 09-16.323, e HUCHET, *La clause de médiation et le traitement de l'urgence*, in *Petites Affiches*, 2008, 218, 3.

zio⁽²³⁾. In questo senso, quindi, dalla violazione di una clausola di conciliazione o di mediazione (cosiddetta *processuelle*) deriva l'obbligo, per il giudice e dietro istanza di parte, di «non ricevere» l'azione, in qualsiasi stato della causa ci si trovi, fatta salva un'eventuale condanna al risarcimento del danno per coloro che abbiano sollevato tale eccezione tardivamente e con intento dilatorio (artt. 122-124 cod. proc. civ.).

Al di là dei confini della mediazione convenzionale e una volta instaurato il processo, rientra⁽²⁴⁾ nella naturale missione del giudice (anche tentare di) conciliare le parti (art. 21 cod. proc. civ.)⁽²⁵⁾. Tale conciliazione (o mediazione) *giudiziaria* può altresì essere condotta, anziché dal magistrato in prima persona, da un conciliatore o da un mediatore di sua individuazione, a richiesta degli interessati o previo loro consenso⁽²⁶⁾. In questo modo, accanto ad una conciliazione convenzionale extraprocessuale, affidata alla sapienza dei *conciliateurs de justice*, sussiste una conciliazione giudiziaria endoprocessuale, amministrata dallo stesso giudice o da questi delegata (anche per sua mancanza di mezzi e/o di tempo) ai medesimi *conciliateurs*. Per contro, la mediazione giudiziaria è solo «delegata»: di conseguenza, il terzo così designato «ascolta le parti» e «confronta i loro diversi punti di vista», al fine di consentir loro l'ideazione di una soluzione al conflitto che le contrappone (art. 131-1 cod. proc. civ.)⁽²⁷⁾. A differenza del conciliatore, peraltro, il mediatore non opera

⁽²³⁾ Cfr. AMRANI MEKKI, *La clause de conciliation*, in *AA.VV.*, *La médiation*, cit., 29 ss.

⁽²⁴⁾ A seguito dell'emanazione del decreto 17.12.1973, n. 73 (*instituant une quatrième série de dispositions destinées à s'intégrer dans le nouveau code de procédure civile*).

⁽²⁵⁾ Cfr. BOGHI, *La médiation in Francia*, in *Contr.*, 2003, 750. Più estesamente, v. HOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, Aix-en-Provence, 2003.

⁽²⁶⁾ Cfr. BENSIMON-BOURRY D'ANTIN-PLUYETTE, *Art et techniques de la médiation*, Parigi, 2004. V. anche CLAY, *La face cachée de la médiation*, in *D.*, 2004, 3188.

⁽²⁷⁾ Cfr. GANANCIA, *Enjeux et perspectives de la médiation au TGI de Paris*, in *Gaz. Pal.*, 27-28.5.2011, 14.

gratuitamente; inoltre, se il primo viene designato per un periodo di durata non superiore ai due mesi («elle peut être renouvelée»: art. 129-1 cod. proc. civ.), il secondo, invece, ha tre mesi di tempo, rinnovabili una volta sola dietro richiesta del mediatore. D'altra parte, in entrambe le ipotesi, è il giudice a rimanere indiscusso *dominus* del litigio, laddove egli ha il potere, in qualsiasi momento, di porre fine alla conciliazione (/mediazione), dietro richiesta del conciliatore (/mediatore) o di una delle parti, ma anche, semplicemente, d'ufficio.

Peraltro, non solo il conciliatore e il mediatore differiscono quanto al ruolo e alle funzioni esplicitate – laddove il primo svolge un'attività *giudiziaria* perché propria, all'interno del processo, del giudice stesso, mentre i compiti del secondo sono ulteriori ed a lui peculiari –, ma diverso è anche il possibile raggio d'azione di tali due figure professionali ⁽²⁸⁾. Infatti, prima della circolare del 24.1.2011 (*relative à la présentation du décret n° 2010-1165 du 1er octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale*), solo i *tribunaux d'instance* e le *juridictions de proximité* potevano demandare ad un *conciliateur de justice* la *mission de conciliation* del giudice. Al contrario, la conciliazione delegata è oggi teoricamente aperta a qualsivoglia giurisdizione, in presenza, però, di una specifica disposizione autorizzativa in tal senso ⁽²⁹⁾: similmente, la mediazione endo-processuale è sempre possibile, senza che, d'altra parte, sia neppure necessaria una norma che ciò preveda e consenta.

⁽²⁸⁾ V. anche CADIET-JEULAND-CLAY, *Médiation & Arbitrage. Alternative dispute resolution. Alternative à la justice ou justice alternative? Perspectives comparatives*, Parigi, 2005; CADIET, *I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia, fra tradizione e modernità*, in *L'altra giustizia*, a cura di VARANO, Giuffrè, 2007, 69, e PINCHI, *Alternative dispute resolution: esperienze a confronto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, 579.

⁽²⁹⁾ Una norma di tal fatta è presente, all'interno del *code de procédure civile*, per il *tribunal paritaire des baux ruraux* e per il *tribunal de commerce*, oltre che, naturalmente, per i *tribunaux d'instance* e le *juridictions de proximité*. Infine, v. MULON, *État des lieux des modes amiables de règlement des conflits en matière familiale*, in *Gaz. Pal.*, 4-5.2.2011, 8.

4. **LA PROCÉDURE PARTICIPATIVE.** Dopo conciliazione e mediazione convenzionali, la terza «via» di risoluzione *amicable* di una controversia è rappresentata dalla *procédure participative*, regolata dal decreto n. 66/2012, in esecuzione (con ritardo di qualche mese) della legge 22.12.2010, n. 1609 (cosiddetta *loi Béteille, relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires*) ⁽³⁰⁾. In particolare, il legislatore del 2010 introduce, all'interno del *Code civil*, un titolo XVII, *De la convention de procédure participative* (artt. 2062-2068), secondo il quale trattasi di accordo con cui le parti s'impegnano, «conjointement et de bonne foi», alla risoluzione amichevole della controversia che le contrappone. Certo, nessun giudice o arbitro deve già essere interessato del litigio; inoltre, tale contratto si conclude con la necessaria assistenza dei rispettivi avvocati e riguardo a diritti liberamente disponibili ⁽³¹⁾; infine, in vigenza di simile accordo, è *irrecevable* qualsivoglia ricorso all'organo giudiziario, fatte salve l'azione a seguito di inadempimento della controparte (mancata esecuzione della *convention* stessa: art. 2065 cod. civ.) e le misure cautelari d'urgenza eventualmente richieste dagli interessati. Peraltro, non solo questo patto è concluso per una durata determinata, ma dev'essere altresì contenuto, a pena di nullità, in un documento scritto, che specifichi (art. 2063 cod. civ.), appunto, *son terme*, nonché l'oggetto del litigio e «les pièces et informations nécessaires à la résolution du différend et les modalités de leur échange» ⁽³²⁾. Infine, in caso di esito positivo, l'accordo può essere sottoposto all'omologa-

⁽³⁰⁾ CHAZAL, *Présentation du décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends*, in *JCP E*, 2012, 10, 9.

⁽³¹⁾ Fatta eccezione, ai sensi dell'art. 2064 cod. civ., per i litigi occasionati da un contratto di lavoro. D'altra parte, l'art. 2067 cod. civ. prevede e autorizza la possibile conclusione, fra due coniugi, di una *convention de procédure participative*, ai fini di una soluzione consensuale in materia di divorzio o di separazione.

⁽³²⁾ SAUPHANOR, *La convention de procédure participative: aspects pratiques*, in *Gaz. Pal.*, 16-18.1.2011, 10 ss.

zione del giudice, il quale previamente valuta la sua conformità alle inerenti regole d'ordine pubblico.

Peraltro, con la novella del 2012, il *Code de procédure civile* scompone la *procédure participative* in due «tempi» (art. 1543 cod. proc. civ.), una *procédure conventionnelle* e una *aux fins de jugement* ⁽³³⁾. In particolare, è nella prima fase che le parti, alla ricerca di un accordo, si scambiano vicendevolmente informazioni e «memorie», al fine di valutare la forza delle rispettive tesi ed argomentazioni. Tali comunicazioni avvengono per iscritto e per il tramite degli avvocati incaricati; inoltre, è pure prevista la possibilità di ricorrere ad un consulente tecnico, che le parti scelgono di comune accordo, determinandone il mandato e provvedendo altresì alla sua remunerazione. In conclusione, poi, la *procédure conventionnelle* si esaurisce (ex art. 1555 cod. proc. civ.): 1. allo scadere del termine convenuto; 2. per scioglimento anticipato del contratto, sancito per iscritto concordemente dalle parti assistite dai rispettivi legali; 3. grazie alla conclusione di un accordo che interamente risolve la controversia oppure a séguito della redazione di un atto che rilevi la persistenza del dissidio originario o di una parte soltanto di questo. Infine, la composizione, anche parziale, cui si sia eventualmente pervenuti dev'essere enunciata per iscritto ed esporre in maniera dettagliata gli elementi che hanno consentito tale soluzione. Peraltro, al termine della *procédure conventionnelle*, l'intervento del giudice può essere richiesto non solo per l'omologazione dell'accordo (totale o parziale), ma anche perché egli statuisca, contestualmente, sulla parte del litigio persistente, nonché ai fini della decisione (fallita *in toto* la via «amichevole») dell'intera controversia.

5. RIFLESSIONI CONCLUSIVE ATTORNO AI MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES CONFLITS. Nelle stanze e per i corridoi dell'albergo spagnolo ⁽³⁴⁾ dei MARC (l'acronimo francese

⁽³³⁾ Cfr. DUPRÉ, *Un processus en vue de la conclusion d'un Mar: la convention de procédure participative*, in *Petites Affiches*, 2012, 94,3, e PEULVÉ, *La dimension processuelle de la procédure participative*, *ibidem*, 76, 6.

⁽³⁴⁾ MOUTHIER, *op. cit.*, 95. Per un *excursus* stori-

equivalente alle ADR d'oltreoceano), la *convention de procédure participative* è certo un ospite singolare. In primo luogo, grande assente è il terzo neutro ed imparziale, nelle cui mani sia riposta la risoluzione «alternativa»; per contro, grandi presenti (ed obbligatoriamente presenti) sono gli avvocati delle parti, della cui formazione e specifica preparazione al fine di gestire simile negoziazione si può, peraltro, anche dubitare. In definitiva, l'aria che si respira rimane giuridico-giudiziaria ⁽³⁵⁾: foss'anche solo perché, come già auspica nel 2008 il *Rapport Guinchard* ⁽³⁶⁾, lo svolgimento di tale *procédure* può equivalere, in termini processuali, alla fase istruttoria e il suo fallimento, con la conseguente impossibilità di comporre amichevolmente il contrasto, consente – non obbligatoriamente, certo, bensì a scelta dell'interessato – un trattamento «accelerato» e semplificato della causa da parte del giudice. Si risparmiano, quindi, tempo e denaro, laddove l'*incipit* del processo ha così luogo sotto l'esclusiva responsabilità delle parti e dei loro legali: piuttosto, da procedura alternativa questa rischia di diventare – preferibilmente – un momento preparatorio, utile ad alleggerire la trafila giudiziaria.

Si è osservato ⁽³⁷⁾ come tale istituto si ispiri al *droit collaboratif* nordamericano, dal quale differisce, però, in modo determinante: qualora non si pervenga ad un accordo, infatti, gli avvocati d'oltralpe non sono obbligati a ritirarsi, lasciando ad altri colleghi, nell'ambito di una procedura giudiziaria tradizionale, la gestione «litigiosa» della questione. Ancora, lo spirito e il significato del *droit collaboratif* risie-

co, v. JALLAMION, *Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire*, in *Gaz. Pal.*, 16-17.1.2009, 3, e DEGRANDI, *Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire*, in *Gaz. Pal.*, 4-5.7.2008, 7.

⁽³⁵⁾ V. <http://www.village-justice.com/articles/procedure-participative.5192.html>.

⁽³⁶⁾ *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, cit., 23.

⁽³⁷⁾ G'SELL-MACREZ, *Vers la justice participative? Pour une négociation «à l'ombre du droit»*, in *D.*, 2010, 2450. V. anche SAURET, *La convention de procédure participative: une nouvelle règle de traitement à l'amiable de certains différends survenant en droit social*, in *Gaz. Pal.*, 4-5.3.2011, 33.

de nella natura strettamente confidenziale delle informazioni e delle dichiarazioni intercorse, nonché del contenuto dei documenti scambiatisi dalle parti: l'unico obiettivo perseguito, infatti, è l'accordo e sotto questa lente viene letta ed applicata l'intera procedura, con le garanzie di cui è corredata. In questo modo, il ricorso al giudice non rischia di costituire il retropensiero all'origine di tutte le scelte operate dagli attori coinvolti, tutt'altro: esso rappresenta la soluzione ultima, sempre possibile sì, ma quale ammissione dell'insuccesso⁽³⁸⁾.

In definitiva, la *participation* di questa *procédure* sembra riguardare proprio il coinvolgimento diretto delle parti nella fase istruttoria del processo, più che la ricerca di un accordo con l'ausilio di professionisti *ad hoc* formati. I punti di forza del *droit collaboratif*⁽³⁹⁾ – ovvero la confidenzialità delle informazioni e l'obbligo, per gli avvocati, di ritirarsi – si tramutano, infatti, in fattori di estrema debolezza, in caso di fallimento dell'accordo (con esiti pesanti da un punto di vista finanziario e probatorio): onde evitare ciò, al contempo conseguendo una diminuzione della durata del processo, si è finito per snaturare la finalità originariamente principe dell'istituto, nonché il «clima» che avrebbe dovuto contraddistinguergli (con l'utilizzo, da parte degli avvocati incaricati, delle tecniche dell'ascolto attivo e della *négociation raisonnée*)⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁸⁾ Cfr. LOPEZ-EYCHENIÉ, *La nouvelle convention de procédure participative*, in <http://www.village-justice.com/articles/nouvelle-convention-procedure.97-52.html>.

⁽³⁹⁾ V. POIVEY-LECLERQ, *La procédure participative*, in *Gaz. Pal.*, 23-24.3.2012, 17; LIENHARD, *Le développement et la diversification des modes alternatifs de règlement des litiges*, *ibidem*, 24; POIVEY-LECLERQ (intervista a), *La Convention de procédure participative. «Un pacte de non agression à durée déterminée»*, in *JCP G*, 2011, 154, e PEULVÉ, *Ces MARL venus d'ailleurs...: droit collaboratif et mécanismes voisins*, in *Gaz. Pal.*, 30.5.-1° 6.2010, 10. Infine, v. BOYER, *Un nouveau mode alternatif de règlement des litiges entre médiation et droit collaboratif: la RTOA*, in *Gaz. Pal.*, 26-27.11.2008, 15, e SERINET, *Droit judiciaire privé*, in *JCP G*, 2011, 22-23, 1115.

⁽⁴⁰⁾ RONGEAT-ODIN, *Les avocats à la conquête du règlement amiable des différends*, in *JCP G*, 2011, 1821.

Infine, dinanzi all'insuccesso della procedura, l'art. 2066 cod. civ. prevede un'ulteriore, capitale conseguenza: la possibilità di eludere l'obbligo, eventualmente previsto, di una mediazione o conciliazione preliminare. Anche quest'ultimo effetto, peraltro, sconfessa l'idilliaco scenario di una *charte collaborative* sottoscritta da soggetti così obbligati (le parti come gli avvocati) a far di tutto per rinvenire una soluzione consensuale, poiché dal suo mancato perseguimento avrebbero solo da perdere, ove il ricorso al giudice non potrebbe in nessun caso apparire come un'alternativa o una scappatoia/scorciatoia preferibile. La negoziazione nordamericana, inoltre, deriva dalla volontaria iniziativa degli interessati; in Francia, per contro, si è voluto rivestire ed irreggimentare questa *chance* con una divisa codicistica, grazie alla creazione di un nuovo contratto tipico e secondo uno schema squisitamente «all'europea».

Sconosciuto all'Italia, quest'istituto di *soft law* e di giustizia «da contratto» sembra corrispondere, per moltissimi versi, al *pre-trial* anglosassone, con le medesime, possibili ed alternative funzioni (entrambe assolute in assenza del giudice e unicamente sotto la responsabilità delle parti e dei loro avvocati): la decisione della causa senza dibattimento; la preparazione della causa per il dibattimento, con la definizione della *cause of action* e lo svolgimento della *disclosure*. Peraltro, s'è visto come tale, singolare alternativa al giudizio, intrisa di procedura, goda di una posizione gerarchica «superiore» rispetto a mediazione e conciliazione; inoltre, questa sospende senz'altro la prescrizione⁽⁴¹⁾ dal momento della stipulazione della *convention* stessa e la sua felice conclusione non si qualifica necessariamente come una transazione – a seconda della presenza, o meno, di concessioni reciproche.

Peraltro, se è lecito interrogarsi circa l'idoneità di qualsivoglia avvocato riguardo alla conduzione di una *procédure participative*, per il mediatore il problema è esattamente contrario: che egli detenga, comunque, quel *minimum* di conoscenze giuridiche che gli consenta una valutazione di conformità alle leggi e al-

⁽⁴¹⁾ V. anche CLAY, *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges*, in *D.*, 2008, 3119.

l'ordine pubblico dell'accordo raggiunto, onde in qualche modo indirizzare la libertà contrattuale delle parti ed evitare il rifiuto dell'omologazione. Inoltre, pur trattandosi sempre di conclusione di contratti *inter privatos*, si ricordi come la confidenzialità sia il cardine di mediazione e conciliazione, non certo – per i motivi già esposti – della *convention de procédure participative* ⁽⁴²⁾.

È noto come il sistema italiano ignori la differenza fra mediatore e conciliatore che, invece, contraddistingue (anche macchinosamente) quello francese ⁽⁴³⁾. A casa nostra, infatti, si discorre di *media-conciliazione*, laddove, per dovere di precisione, la *mediazione* è il procedimento che si svolge per conseguire, in caso di successo e quale esito positivo, una *conciliazione*, appunto, delle parti ⁽⁴⁴⁾. Peraltro, a fronte della maggiore dimestichezza esibita dal sistema francese in ambito di risoluzione alternativa delle controversie (foss'anche solo per una tradizione più risalente nel tempo), non esente, comunque, da un caotico affastellamento normativo, il legislatore italiano ha senz'altro curato con maggiori dettagli il processo e la pratica mediativa, rischiando persino d'incorrere in una parossistica iper-regolamentazione. Così, da noi sono accuratamente previsti i presupposti per la formazione di un mediatore ⁽⁴⁵⁾, i contenuti dei corsi di formazione, i requisiti che gli stessi formatori devono all'uopo possedere; simile volontà di un forte accentramento ministeriale si manifesta fino alla specifica previsione della retribuzione ⁽⁴⁶⁾ del conciliatore, che varia a seconda del valore della lite, *in primis*, ma anche in base ad elementi quali – fra

l'altro – il successo della mediazione, l'avvenuta formulazione di una proposta o il ricorrere di un'ipotesi di conciliazione obbligatoria ⁽⁴⁷⁾. Ed è proprio quest'ultima l'elemento che maggiormente differenzia le scelte dei due legislatori di riferimento: la previsione di un elenco di materie per le quali l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale ⁽⁴⁸⁾. Inoltre,

⁽⁴⁷⁾ Cfr., *ex pluribus*, *Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, a cura di PERA e RICCIO, Cedam, 2011, e RUBINO-SAMMARTANO, *Trois médiations, dont une obligatoire (Ombres et lumières de l'exemple italien)*, in *JDI*, 2011, 365.

⁽⁴⁸⁾ Peraltro, si attende per l'ormai prossimo 23 ottobre il giudizio della Consulta sulla legittimità costituzionale del d. legis. n. 28/2010, a seguito dell'ordinanza di rimessione del T.A.R. LAZIO, 12.4.2011, n. 3202, in *Giust. civ.*, 2011, 1379, con osservazioni di FINOCCHIARO, *I primi dubbi di legittimità costituzionale del decreto legislativo in tema di mediazione*; in *Corr. giur.*, 2011, 1001, con nota di PAGNI, *La mediazione dinanzi alla Corte Costituzionale dopo l'ordinanza del Tar Lazio n. 3202/2011*; in *Giur. mer.*, 2011, 1944, con commento di VIOTTI, *Le questioni di legittimità costituzionale sulla mediazione civile e commerciale*; in *Foro it.*, 2011, III, 274, e in *Dir. soc.*, 2011, 569, con nota di SERGES, *La «mediazione civile» e la Costituzione*. In particolare, sono due i punti oggetto di censura: l'art. 5, comma 1°, laddove indica, per le materie espressamente elencate, il previo esperimento del procedimento di mediazione quale – appunto – condizione di procedibilità (mediazione obbligatoria), e l'art. 16, comma 1°, il quale abilita alla costituzione di organismi di conciliazione gli enti pubblici e privati che diano garanzie di «serietà ed efficienza». Al riguardo, pertanto, si contesta non solo un'arbitraria (esorbitante le previsioni dell'art. 60, legge delega 18.6.2009, n. 69) preclusione dell'accesso diretto alla giustizia, ma anche la mancata delineaazione di «requisiti attinenti alla specifica professionalità giuridico-processuale del mediatore». Cfr. altresì, senza pretesa di esaustività, GRECO, *La mediazione obbligatoria*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1674; COMANDÉ, *La mediazione in responsabilità sanitaria: dal «pacco avvelenato» alla «giustizia alta»*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 309; DI IORIO, *Prime applicazioni della «mediazione obbligatoria»: spunti di riflessione su una nuova forma di giurisdizione condizionata*, in *Giur. merito*, 2011, 2151; BESSO, *Mediazione obbligatoria: lo stato delle cose*, in *Giur. it.*, 2012, 227; RUVOLO, *Le prime appli-*

⁽⁴²⁾ TRICOIT, *Chronique de droit des modes amiables de règlement des conflits*, in *Rev. arb.*, 2011, 207 ss.

⁽⁴³⁾ FODDAI, *Conciliazione e mediazione: modelli differenti di risoluzione dei conflitti?*, in *Fam. pers. e succ.*, 2011, 43.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. l'art. 1, *Definizioni*, del d. legis. 4.3.2010, n. 28.

⁽⁴⁵⁾ V. anche CREUX-THOMAS, *La mediation: opportunité ou «gadget»?*, in *JCP G*, 2009, 558.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. CLAY, *Droit judiciaire privé*, in *JCP G*, 2007, 43, 24, e BLOHORN-BRENNEUR-BLARD, *Les incitations et le financement de la médiation*, in *Gaz. Pal.*, 14-15.6.2006, 38.

un atteggiamento delle parti scarsamente collaborativo viene colpito da sanzioni importanti, sconosciute ai francesi e peculiari di una mediazione di natura più propriamente valutativa, in termini – è noto – di spese processuali o di argomenti di prova *ex art.* 116, comma 2°, cod. proc. civ. (artt. 8, comma 5°, e 13 del d. legis. 4.3.2010, n. 28). Lo stesso avvocato non è esente da conseguenze, laddove abbia omesso un'accurata informazione circa la possibilità/necessità di avvalersi di una mediazione: in questo caso, infatti, è addirittura annullabile il contratto concluso con il suo assistito. Infine, la stessa formulazione, da parte del conciliatore, della proposta non è momento disciplinato dalla normativa francese, la quale, d'altra parte, non ingabbia la mediazione convenzionale in un arco temporale predeterminato (i quattro mesi italiani, naturalmente suscettibili di essere prorogati con il consenso delle parti) né confina, a pena di decadenza, l'eccezione di improcedibilità alla prima udienza (art. 5, *Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*). Insomma, sembra che, in Italia, l'ipertrofia e la

verbosità normative siano giustificate da una scarsa cultura della mediazione e dalla volontà di fortemente accreditare una, per noi nuova, giustizia *extra moenia*. Trattasi, infine, di un vero e proprio ordine giuridico negoziato⁽⁴⁹⁾, volto ad evitare il processo (in via preventiva) o, comunque, a sanare un conflitto già in corso (in via curativa), in una logica che cerca finalmente e faticosamente di fuoriuscire dall'annosa dicotomia giusto/sbagliato e vincitore/perdente. Certo, il pianeta della risoluzione alternativa delle controversie è variegato e variopinto, laddove neppure è sempre presente un terzo imparziale ed indipendente (nonché privo, naturalmente, di potere giurisdizionale): d'altra parte, punto fermo dovrebbe rimanere la partecipazione personale delle parti, le quali concordano circa l'opportunità di sottrarsi all'aula di tribunale, elaborando una soluzione efficiente che ben identifichi e consideri la totalità degli interessi e dei bisogni in gioco, secondo il notissimo adagio *mauvais accommodement vaut mieux qu' un bon procès*.

cazioni giurisprudenziali in tema di mediazione, in *Corr. giur.*, 2012, 330; MARANO, *La mediazione civile e commerciale: principali novità e prime osservazioni*, in *Giust. civ.*, 2012, 127; DALFINO, *Il «futuro passato» della mediazione civile in Italia*, in *Giur. it.*, 2012, 221; D'ANTILIO-DI FILIPPO, *Mediazione obbligatoria e diritto alla tutela giurisdizionale: contrasti (reali e apparenti) tra la normativa italiana e il diritto UE*, in *Giur. it.*, 2012, 661; GORLA, *La mediazione dei conflitti dopo il marzo 2011. Prospettive e problemi*, in *Dir. econ. assic.*, 2012, 71, e PETTA, *La mediazione obbligatoria nel giudizio oggettivamente complesso*, in *Giur. mer.*, 2012, 343.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. DEHARO, *Rationalité juridique et opportunité économique: la médiation est-elle le paradigme d'une conception utilitariste de la justice?*, in *Petites Affiches*, 2012, 31, 3. V. anche BAUDEL, *L'accès à la justice: la situation en France*, in *R.I.D.C.*, 2006, 477.

