

**L'ESPERIENZA ITALO-BRASILIANA NELL'USO
DELLA MEDIAZIONE IN RISPOSTA ALLA CRISI
DEL MONOPOLIO STATALE DI SOLUZIONE DI
CONFLITTI E LA GARANZIA DI ACCESSO
ALLA GIUSTIZIA**

**THE ITALIAN-BRAZILIAN EXPERIENCE IN THE
USE OF MEDIATION IN RESPONSE TO THE CRISIS
OF THE STATE MONOPOLY OF WARRANTY
AND SETTLEMENT OF CONFLICTS OF
ACCESS TO JUSTICE**

*Humberto Dalla Bernadina de Pinho**
*Michele Pedrosa Paumgarten***

SINTESI

L'obiettivo di quest'articolo è quello di esaminare il trattamento del conflitto in un momento in cui la crisi dello Stato-giurisdizione riguarda vari paesi i cui Tribunali operano al di là dei loro limiti. Di fronte a questo quadro, la ricerca di alternative per la soluzione di conflitti che soddisfino il binomio necessità-utilità dell'accesso alla giustizia, si dimostra evidente e necessaria per la sicurezza giuridica. Tuttavia la ricerca di questa effettività deve avvenire con cautela, affinché nell'ansia di risolvere la crisi dello Stato-giurisdizione non si vengano a

* Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2000); mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1997); graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1994); professor assistente da Universidade Estácio de Sá e professor adjunto da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Contato: humbertodalla@gmail.com

** Mestranda em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá (UNESA- RJ), especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Estácio de Sá (Unesa-RJ); especialista em Direito Empresarial pela Universidade Gama Filho (UGF - RJ); advogada. Contato: mi.pp@terra.com.br

creare ostacoli ancor più gravi all'accesso alla giustizia, come l'adozione di un sistema di mediazione obbligatoria o la processualizzazione della mediazione, che ne snaturerebbe l'essenza.

Parole chiave: Accesso alla giustizia. Effettività. Mediazione. Conflitti. Giudiziario.

SUMMARY

This paper aims to examine the conflicts treatment, mainly, when Courts are operating beyond their limits and the search for alternative dispute resolution mechanisms is urgent and a condition for the effectiveness of the access to justice. However we must take care not to exaggerate and create other problems, by using a mandatory mediation system or by creating hundreds of procedural rules for mediation, what will, certainly, change its nature and prevent it to achieve its primary goals.

Keywords: Access to justice. Effectiveness. Mediation. Conflicts. Courts.

LA COSIDDETTA "CRISI DEL GIUDIZIARIO"

La crisi delle istituzioni, specialmente del Giudiziario, è la piaga dello Stato contemporaneo.

L'ostruzione delle vie di accesso alla giustizia, problema crescente nei paesi dell'America Latina ed in Europa, allontana sempre più il Potere Giudiziario dalla popolazione.

In vari paesi la crisi dello Stato-giurisdizione si rafforza in una istituzione burocratica e lenta, screditata dal popolo e che rappresenta in verità un invito alla richiesta, inasprendo i conflitti.

Il considerevole aumento dell'accesso alla giustizia, conseguenza anche del passaggio dalla concezione liberale alla concezione sociale dello Stato moderno, ha permesso che differenti gruppi sociali cercassero mezzi efficaci di tutela per la soluzione dei loro conflitti. Nell'epoca in cui prevaleva come massima dominante il *laissez faire*, tutte le persone erano formalmente considerate uguali, ed i meccanismi di accesso alla giustizia venivano creati senza preoccupazione per la loro efficienza pratica o effettiva.

Quindi, partendo dall'idea di *égalité*, una delle bandiere della Rivoluzione Francese, lo Stato non doveva intervenire nelle dispute, e rimaneva passivo di fronte all'incapacità di molte persone di servirsi appieno della Giustizia. Questo procedimento adottato per la soluzione delle liti rifletteva la filosofia essenzialmente individualista dei diritti, e ne troviamo il riflesso nelle "dichiarazioni dei diritti", tipica dei secoli XVIII e XIX e che, a partire dal XX secolo, hanno assunto un carattere più collettivo.

Il modello democratico moderno che si è affermato come conseguenza del rinnovo del "patto sociale" richiesto dalla filosofia politica fin dal XVII secolo, partiva dallo stato della natura di Locke, per giustificare uno Stato dai poteri limitati.

E, nella nascente visione liberale, il conflitto ricorrerebbe sempre tra individui e sempre per rivendicare diritti, degli uni sugli altri; la legge astratta si sarebbe presentata come il parametro della soluzione di tale conflitto, applicata da un giudice imparziale, e se dopo la sentenza si verificasse resistenza in una minacciosa sfida alla società, l'atto avrebbe potuto essere represso, anche con l'uso della forza.

È vero che la giusta composizione dei conflitti diventa sempre più complessa, poiché oltre alla crescente richiesta rappresentata dalle liti individuali, la cui soluzione si riassume nel risolvere la pendenza con la dicotomia vincitore-vinto, la crisi della prestazione giurisdizionale si dimostra più evidente nella composizione dei megaconflitti che oggi dilagano nella società massificata e competitiva, dimostrando frequentemente la deficienza della soluzione in giudizio.

In entrambi i casi la pretesa soluzione si riduce appena alla crisi giuridica, lasciando in aperto le presupposte crisi di altra natura, le quali, non essendo state risolte nell'insieme, tendono a tornare in un secondo momento, magari ancor più inasprite.

Il crescente accesso alla giustizia per la soluzione di conflitti di interesse in aree socialmente sensibili mette in evidenza che il termine giurisdizione non può più restringersi al classico *dire il Diritto*, ovvero, non basta la garanzia dell'accesso alla giustizia, ma a questa libertà pubblica va aggregato il diritto ad un provvedimento giurisdizionale idoneo a produrre gli effetti pratici che esso si prefigge.

In questo contesto l'ossessiva produzione di norme, spesso di scarsa efficacia, che è il simbolo di vari ordinamenti, finisce con l'aprire una falla abissale tra il mondo del *dover essere* ed il mondo effettivo e reale dell'*essere*.

E quanto più si rinnova la legislazione processuale più sorgono controversie tra gli operatori giuridici, ritardando la tramitazione dei processi accumulati nei Tribunali, e che, insieme alla scarsezza delle risorse umane e materiali, alla cultura giudiziaria che resiste ai mezzi alternativi di soluzione dei conflitti, ed all'inefficienza delle istanze amministrative nell'equazionare i conflitti che sorgono nella nostra società, facendo sí che essi finiscano in giudizio, creano l'ambiente propizio alla crisi che si osserva, motivando un incremento della litigiosità senza che lo Stato abbia le condizioni di rispondere, o, nel tentar di farlo, risponde fuori tempo o in maniera inconsistente.

Come giustamente osservano Boaventura de Souza Santos, Maria Manuel Leitão Marques e João Pedroso¹, il problema dell'eccesso legislativo riflette la tendenza di ogni popolo nel porre le sue scelte per risolvere conflitti con mezzi autocompositivi o per mezzo dell'aggiudicazione.

In Brasile, sebbene l'accesso alla giustizia si collochi fra i diritti e le garanzie fondamentali, è doveroso un riesame dell'espressione affinché l'istituto non venga sminuito nella mera offerta generalizzata ed incondizionata del servizio giudiziario statale².

Da tutto quanto su esposto si rivela l'inettitudine del Giudiziaro per recepire e risolvere efficacemente le liti, che vanno oltre la crisi strettamente giuridica e l'interesse egoistico dei soggetti individuali; la litigiosità giudiziale, nel dirigersi ad eventi passati, si riverte su un orizzonte retrospettivo spesso instabile e contraddittorio, che culmina in una esplosione di litigiosità.

In questo preoccupante scenario non possiamo sottrarci al notevole contributo a questo studio relativamente all'ordinamento giuridico italiano, a partire dalla prestigiosa opera di Eligio Resta, principale teorico del tema, che già nel decennio del '90 ha presentato il suo straordinario testo *Il Diritto Fraterno*.

Straordinario perché Resta riprende il concetto di fraternità lanciato nella Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo tentando esattamente

di presentare risposte e mostrare il vero senso della fraternità che fino a quel momento riposava su di una apparente fragilità a fronte della mancanza di condimenti che le potessero conferire un trattamento adeguato *“provocando nelle culture giuridiche e politiche una necessaria e salutare auto-riflessione”*, deducendo ancora che *“la fraternità è soltanto consapevolezza di dover pretendere distanza dalle logiche dell'inimicizia e condividere spazi comuni a ogni altro individuo, con la sua vita, storia, dignità”*.

Ed una delle colonne più rilevanti del Diritto Fraternalista³ si consolida sulla base di una società *umana*, delineando un diritto non violento, nel quale si cerca l'inclusione e, ancor più importante, la rottura del binomio amico-nemico, convenzione radicata nel processo giudiziale convenzionale.

Questo parametro dell'applicazione del *rimedio* al conflitto di interesse, come Resta⁴ mette in evidenza, naviga in un livello di *policy* che emerge da un sistema nel quale non si cerca la causa del conflitto, ma si incrementa l'apparato giudiziario che *“vive nel conflitto e del conflitto che egli decide, pronunciando l'ultima parola”* nell'illusione che questo possa diminuire la conflittualità e quindi *“Il rimedio reagisce sul rimedio ma non ha nessuna diretta incidenza su cause, dimensioni, effetti della litigiosità che determinano i conflitti”*.

Abbiamo riportato qui il pensiero del Maestro nel senso in cui l'offerta monopolista di giustizia è stata incorporata all'interno del sistema della giurisdizione, delegata a ricevere ed a regolare una conflittualità crescente, mentre una delle ragioni che ha portato il sistema giurisdizionale ad alti gradi di inefficienza, è stata una crescita vertiginosa delle aspettative sociali sul sistema.⁵

Tecnicamente è quel che si definisce esplosione della litigiosità, le cui cause sono molte, ma che non è mai stata analizzata in maniera più profonda. Questo movimento che caratterizza le società contemporanee, e che preoccupa, ha cause complesse, ma senza dubbio è fomentata anche da una normatività che, sebbene abbondante, non riesce a prevenire la formazione del conflitto, a risolverlo ed ancor meno a dissuadere i destinatari dal violarla.

È noto come la nostra struttura giuridico-politica è stata sempre molto attenta ai rimedi (quindi perenni riforme delle norme), quasi

mai alle cause, tralasciando analisi attente sulla crescente litigiosità, che è costantemente tradotta nel linguaggio giuridico e che si rivolge alla giurisdizione sottoforma irrefrenabile di procedimenti giudiziari.

Di fronte a tale ipertrofia, la rotta della política del diritto deve andare verso una giurisdizione minima, contro una giurisdizione tanto onnivora quanto inefficace.⁶

È l'esperienza caratteristica di paesi con ordinamento giuridico poco effettivo e bassa credibilità sociale, che intralcia la conoscenza o confonde la popolazione, diventando un ostacolo allo stesso compimento delle norme.

Ed inoltre, la resistenza di alcune società all'autocomposizione dei conflitti, sia per una cultura querelante, o per orientamento dello stesso Potere Giudiziario, che non ammette la perdita di controllo e di potere sulla società, finisce con il sovraccaricare la già esaurita capacità produttiva giurisdizionale.⁷

Davanti a questa crisi, riaccendere il dibattito sulla fraternità significa operare la propulsione per asportare dallo Stato la funzione esclusiva di dire il diritto e metterlo in una funzione di articolatore della solidarietà, senza dimenticare, tuttavia, che esiste anche un certo comodismo ed un certo orientamento sociale che attribuisce tutto allo Stato, specialmente la soluzione dei suoi conflitti, senza riconoscere che lo Stato è la stessa società che diventa sempre più incapace di risolvere questi impasse.

La società si deve render conto che l'accesso alla giustizia dev'essere una specie di clausola di riserva,⁸ da non divulgare in modo generalizzato, con il rischio di incrementare l'ambiente di conflittualità generale che è diventato caratteristico di molti paesi, principalmente di *civil law*, trasformando il diritto di azione in un pericoloso invito al litigio, tendenza sempre più gravosa nella misura in cui lo Stato contemporaneo si pone esso stesso a rimediare al conflitto, invece di identificare ed affrontare le cause del problema.

La cultura che vuole che qualunque interesse contrariato debba esser sottoposto al giudiziario va urgentemente modificata, poiché l'azione è un diritto del giurisdizionato, non un suo dovere.⁹

Questa capacità limitata della soluzione aggiudicata si va dimostrando inefficace, protrae la conclusione della richiesta in un futuro

incerto, e molto spesso non risolve il problema, poiché aggiunge appena una certa stabilità – indiscutibilità – alla decisione. Pertanto la ricerca di un sistema parallelo per collaborare con il modello ufficiale non è soltanto opportuna, ma essenziale.

Sorge quindi con aspettativa l'adozione di metodi alternativi endo o paraprocedurali per la soluzione delle querele, come antidoto alla crisi giurisdizionale, che non devono impegnarsi appena a decongestionare i Tribunali o promuovere la cura per un litigio, ma devono cercare la soluzione piena, durevole ed in forma pacifica, non violenta, cercando la soluzione di un insieme di conflitti, alleggerendo la dipendenza sociale dalla giurisdizione, sul modello delineato dal Diritto Fraternalista.

Ma bisogna subito sottolineare che la ricerca per l'autocomposizione del conflitto dev'essere un'opzione, poiché quando il cittadino cerca *rifugio* nel mezzo alternativo non per sua libera scelta, ma per liberarsi dai rischi di un processo giudiziale lento, inefficace ed oneroso, è evidente che le basi dell'accesso alla giustizia sono in pericolo.¹⁰

Dev'essere però chiaro che l'intenzione non è la difesa della fine della giurisdizione come forma di aggiudicamento, e nemmeno immaginare che i metodi autorisolutivi siano la soluzione magica per la crisi dello Stato-giudice, ma quella di coscientizzare il Potere Giudiziario che il compimento del suo ruolo costituzionale non consiste necessariamente nell'intervenire in tutti ed in qualunque conflitto;¹¹ ed in questa prospettiva l'effettività della prestazione giurisdizionale significa intervenire quando necessario, come *ultima ratio*¹², ed incentivare lo studio del diritto attraverso un'ottica transdisciplinare e non soltanto con uno sguardo dogmatico e formalista, costruendo un nuovo riferimento per la scienza del diritto.

La concezione contemporanea di giurisdizione smette quindi di essere così centrata sul potere, per connettersi all'idea di sovranità aderendo alla funzione che lo Stato Sociale di Diritto deve svolgere per promuovere la soluzione giusta dei conflitti, in senso pieno, con una tutela adeguata,¹³ in un tempo ragionevole.

Nemmeno si può negare che il risultato del trattamento di una controversia emerge in funzione del grado di cooperazione e di competitività delle parti nell'ambito del processo di risoluzione.

Il processo competitivo avversario produce vittoriosi, mentre il processo cooperativo accolto nella dottrina del Diritto Fraterno determina vincitori. Si capisce, perfino ampiamente, che anche se una parte vince una disputa, il risultato non è costruttivo, poiché la soddisfazione unilaterale di obiettivi appena individuali, cristallizza l'egocentrismo, aiuta il totalitarismo e, nel tempo, provoca conseguenze sempre distruttive.

Il conflitto si rivela eminentemente pregiudizievole anche quando i meccanismi utilizzati per la sua soluzione sono inadeguati, quando privano il conflitto di quel che esso ha di meglio, ovvero la capacità di produrre soddisfazione di interessi e soluzioni costruttive.

Quando questi meccanismi vengono accantonati, la funzione del conflitto è la produzione di violenza o altri conflitti. La decisione giudiziale può interrompere o accelerare il processo di causa ed effetto, ma non favorisce il cambiamento necessario per l'evoluzione che il conflitto può provocare. La questione determinante della funzione del conflitto sarà allora la scelta del processo di risoluzione che possa produrre i risultati desiderati.¹⁴

È su questa scia di insoddisfazione, che parte da un'insufficienza statale nel rispondere alle richieste sociali ed ai conflitti di interesse come un tutto, che si delinea con entusiasmo il sistema di metodi *alternativi* alla giurisdizione o *Alternative Dispute Resolution* (ADR) per la soluzione dei conflitti, basato su una pratica discorsiva, che crea, attraverso il dialogo e non la forza coercitiva, una soluzione al conflitto, e la cui legittimità di risultato si basa sullo stesso processo comunicativo da cui ha avuto origine.¹⁵

Questo artificio comunicativo sul quale si costruisce una ragione d'intesa sui modelli proposti da Habermas,¹⁶ fornisce gli strumenti necessari per l'analisi del meccanismo dell'ADR e chiarisce come il linguaggio può influenzare questo processo interindividuale, nell'ambito di un ampio procedimento di argomentazione tra le parti, in cui si riconosce la figura dell'altro, in quanto differente,¹⁷ il tutto in armonia con le direttive del Diritto Fraterno.

LA MEDIAZIONE OGGI IN ITALIA: GIUDIZIALE ED OBBLIGATORIA?

Nel sistema europeo la politica di valorizzazione della soluzione consensuale dei conflitti è entrata all'ordine del giorno in *European Judicial Area*, scaturita dall'edizione della Direttiva 52 del 21 maggio 2008¹⁸ dal Parlamento Europeo, oriunda da raccomandazione fondamentale lanciata nel 1998 (98/257/CE) e nel 2001 (2001/310/CE), che impegnava ogni Stato-membro a riflettere, inserire o creare testi legali che contemplassero i meccanismi di soluzione amichevole dei conflitti, cosa che ha provocato una serie di alterazioni significative negli ordinamenti nazionali di molti paesi membri.

Bisogna riconoscere l'innegabile merito della Comunità Europea nel dare la giusta importanza ai mezzi alternativi di soluzione di conflitti, portandoli formalmente nell'ambito del Diritto Comunitario Europeo allo scopo di garantire l'effettività dell'accesso alla giustizia da parte dei cittadini europei, principalmente perché si tratta di un ordinamento comunitario che, come ha sottolineato Flavia Hill,¹⁹ ha origine nella congregazione di paesi diversi, ma che tuttavia si dimostra più attento e sensibile nell'identificare le aspettative del cittadino moderno per un Diritto Processuale più agile, capace di presentare una maggior varietà di risposte a questa legittima aspettativa, che non in alcuni dei suoi Stati membri considerati isolatamente.

La direttiva è il primo intervento generale che ha lo scopo di promuovere la risoluzione alternativa di conflitti, e di conseguenza un miglior accesso alla giustizia, più semplice e più rapido, consacrando la mediazione nei casi civili e commerciali come il passo necessario per permettere lo sviluppo ed il funzionamento adeguato dei procedimenti extragiudiziali di risoluzione delle liti.

Eligio Resta osserva che la direttiva comunitaria che *all'introduzione dei vari "filtri" della giurisdizione* fa emergere un salutare tentativo di ridefinire il sistema istituzionale di soluzione del conflitto, non con una negazione della giurisdizione, ma per mezzo di una ridefinizione delle sue frontiere, adottando come premessa il riconoscimento che i procedimenti extragiudiziali alternativi sono veri strumenti di facilitazione per l'accesso alla giustizia, e tocca agli Stati membri promuovere con cura

particolare l'implementazione dell'istituto della mediazione: *Lascia aperta la strada alla mediazione prima di arrivare al giudice che dica l'ultima parola.*

Sebbene la norma, essendo comunitaria, ha come obiettivo immediato la regolamentazione di conflitti transnazionali, il Parlamento Europeo ed il Consiglio dell'Unione Europea intendono che l'adozione della mediazione sullo scenario interno di ciascun paese comporterebbe: maggior rapidità nella soluzione di controversie; basso costo; previsione di una maggior accettazione da parte dei coinvolti nel compimento spontaneo del conflitto e la preservazione di una relazione amichevole tra gli interessati.

E seguendo questi parametri la direttiva ha stabilito nell'articolo 3^o, come concetto di mediazione, che si tratta di un processo strutturato, indipendentemente dalla sua designazione o dal modo in cui gli si fa riferimento, per mezzo del quale due o più parti in lite cercano volontariamente di raggiungere un accordo sulla risoluzione del loro conflitto, con l'assistenza di un mediatore. Questo processo può essere iniziato dalle parti, suggerito o ordinato da un tribunale, o ancora imposto dal diritto di uno Stato membro, fatta eccezione per la sua adozione in materia tributaria, amministrativa e di responsabilità civile dello Stato.

Secondo la lettera dell'articolo 12 della Direttiva 2008/52/CE, che prevede il dovere degli Stati membri di creare norme per il suo compimento, il Parlamento italiano ha edito la Legge n° 69²⁰ del 18 giugno 2009, che oltre a disporre su materie relative allo sviluppo economico e ad alterazioni del Codice di Procedura Civile, con l'articolo 60 ha introdotto l'istituto della mediazione, delegando al Governo e nel termine massimo di sei mesi a partire dall'entrata in vigore di detta legge, l'edizione di un decreto legislativo destinato a regolamentarla nell'ordinamento italiano, in ambito civile e commerciale.

Nell'esercizio quindi della delega della legge 69/2009, il Governo Italiano ha edito il Decreto Legislativo n° 28²¹ del 4 marzo 2010, allo scopo di regolamentare la mediazione in Italia,²² secondo le regole generali prestabilite da quella legge.

Ed il Decreto Legislativo che nella sua essenza auspica il miglioramento del sistema italiano di mediazione, lo fa, ma con particolarità proprie, movendosi nel contesto europeo che si va dimostrando sensi-

bile alla garanzia di un miglior accesso alla giustizia e, di conseguenza, accesso ai metodi giudiziali ed extragiudiziali di risoluzione di dispute.

L'immagine della giustizia europea è ben delineata da Vincenzo Vigoriti,²³ che giustifica il ricorso all'ADR che si osserva nell'ultimo decennio da parte di quegli ordinamenti che tradizionalmente pendevano per la soluzione dei conflitti per via giudiziale.

È tuttavia innegabile che il principale obiettivo della riforma è usare la mediazione come un ulteriore strumento per risolvere una grave crisi della giustizia civile, divenendo uno strumento di diminuzione del carico di lavoro per i giudici. Ma è proprio qui, a nostro avviso, che sorge il grande equivoco, come dimostreremo di seguito.

Senza considerare la terminologia usata dal legislatore e le differenze tra mediazione e conciliazione, il fatto è che il decreto cerca di distinguere fra tre tipi di mediazione: mediazione obbligatoria, mediazione facoltativa, e mediazione concordata.²⁴

Tuttavia il nucleo più significativo che certamente va provocando maggior impatto, e non a caso, è criticato con veemenza e ne viene discussa la costituzionalità, riguarda l'introduzione della mediazione obbligatoria elevando tale esperimento alla condizione di ammissibilità del processo giudiziale, e non allineandosi, come molti giuristi italiani vanno sostenendo, con la garanzia di accesso alla giustizia.

Quindi, nei termini dell'articolo 5° del D.L. 28/2010, qualunque persona che pretenda portare in Tribunale un'azione che verta su materia elencata nel ruolo dei litigi enumerati, dovrà previamente sperimentare il processo di mediazione nei termini di questo Decreto, o il procedimento di conciliazione previsto nel D.L. n° 28 della legge consolidata in materia bancaria e di credito riferita dal decreto 385 del 1° settembre del 1993, con le sue alterazioni successive.

L'esigenza di sperimentare la mediazione previa ha cominciato ad essere imposta a partire dal 20 marzo 2011, dodici mesi dopo la pubblicazione del decreto.

L'uso della mediazione non come libera scelta delle parti che considerano possibile una pacificazione del loro conflitto, ma come una condizione indispensabile per l'ottenimento dell'accesso alla via giudiziale, ha provocato perplessità nella comunità giuridica italiana.²⁵

Quel che si critica in particolare è il fatto che l'articolo 60 della Legge n° 69/2009 prevede semplicemente l'istituzione della mediazione con l'obiettivo della riconciliazione, dovendo tale regolamento generale essere raggiunto senza danno o limitazione per l'accesso alla giustizia, mentre il D.L. 28/2010, in senso inverso, ha stabilito in molti casi la mediazione come condizione di ammissibilità per la richiesta (art. 5°), situazione non prevista dalla legge 69, ed anche in contrasto con la stessa nella misura in cui la mediazione non debba avere il potere di impedire l'accesso alla giustizia.

Ovviamente tali limiti creati dal legislatore hanno dato adito a questionamenti da parte della dottrina riguardo alla loro legalità e validità a fronte della Costituzione dello Stato Italiano per le inevitabili ripercussioni processuali che possono innescare, come ad esempio, se queste regole debbano inglobare anche la richiesta di riconvenzione o ancora se debbano essere applicate all'intervento di terzi.

Gli argomenti spesi contro l'obbligatorietà della mediazione riguardano principalmente il fatto che si tratta di un ostacolo illegittimo all'accesso alla giustizia, e che può ritardare eccessivamente il processo di quattro mesi (tempo massimo stabilito dal D.L.) per l'esercizio del tentativo di mediazione.

Inoltre c'è la preoccupazione per la protezione dei diritti individuali e processuali, così come per una possibile riduzione di lavoro per gli avvocati, principalmente per cause minori, poiché il D.L. 28/10 (articolo 4°, §3°) impone a questi professionisti l'obbligo di informare il cliente sulla possibilità o necessità di sottoporsi a mediazione previa nei casi in cui tale requisito è condizione di ammissibilità per l'azione.

Vi sono dubbi anche in relazione a possibili problemi di struttura e per la logistica che richiederà l'organizzazione di una rete di organi permanenti, situati in territorio nazionale, con la possibilità di spreco di risorse principalmente nella fase iniziale.

D'altro canto, a favore dell'obbligatorietà militano coloro che intendono che l'esperienza dimostra che il tentativo previo di accordo non impedisce l'accesso alla giustizia, che viene rimandato solo nell'interesse delle parti a sottoporsi ad un procedimento più rapido e meno dispendioso. Inoltre deve esser preso in consi-

derazione l'interesse generale a promuovere il perfezionamento dell'amministrazione della giustizia.

Sebbene la mediazione forzata implichi in una condizione di ammissibilità della richiesta, i difensori dell'obbligatorietà intendono che si tratta di un requisito che può essere *tollerato* purché l'accesso non si riveli estremamente difficile, ed inoltre che non risulti in un ritardo sensibile alla soluzione del conflitto. In opposizione all'altro gruppo, si difende a sua volta che l'obbligatorietà della mediazione renderà possibile un incremento nell'offerta di opportunità di lavoro per quegli avvocati le cui attività si inquadrano nel nuovo sistema.

In questo quadro alcune associazioni professionali hanno aperto un'azione contro il Ministero della Giustizia ed il Ministero dello Sviluppo Economico presso il TAR del Lazio che nel 2011²⁶ ha deciso che non sono infondati i dubbi sorti circa alcuni dispositivi del D.L. n° 28/2010, come l'eccessiva delega di cui all'articolo 5°, e che la mediazione come fase pre-giudizio, nell'apportare condizione di ammissibilità all'azione, impedisce di fatto l'accesso alla giustizia.

Si è riconosciuto il rischio di compromettere l'efficacia della protezione giudiziale, poiché il terzo paragrafo dell'articolo 60 della legge 69/2009 esige, in verità, che l'esercizio della delega debba contemplare il principio che la mediazione ha come obiettivo principale la composizione di litigi relativi a diritti disponibili, senza tuttavia includere l'accesso alla giustizia.

Nell'attesa di sentire la pronuncia della Corte Costituzionale sulla validità di alcuni dispositivi del decreto, alcune associazioni di avvocati italiani vanno sollecitando la non applicazione dell'istituto da parte dei tribunali, argomentando che il giudice, su richiesta di qualunque delle parti, può ammettere la richiesta, rifiutandosi di applicare l'articolo 5° del decreto come incompatibile con la Carta Europea dei Diritti dell'uomo.

Su questa linea di ragionamento, di fronte all'incompatibilità dell'istituto nei riguardi del diritto comunitario, si ritiene che i giudici nazionali possano neutralizzare il l'attributo obbligatorio della mediazione poiché si tratta di violazione di un principio generale fondamentale dell'Unione Europea.

In verità, sebbene il sistema obbligatorio di mediazione non sia una novità in Europa, la critica che sorge è che in nessun altro paese la legge sembra essere così invasiva e significativa quanto quella prevista in Italia.

Si veda l'esempio tratto dalla regola contenuta nell'articolo 13 del decreto, che prevede l'inversione del principio della sconfitta se la decisione giudiziale coincide integralmente con il contenuto della proposta fatta dal mediatore e rifiutata dalla parte, che viene così ad esser sconfitta in giudizio.

La regola porta un contenuto intimidatorio contro l'avvocato e le stesse parti e sembra conferire alla mediazione un valore strettamente paraprocedurale, e non di favorire un accordo tra le parti, il che sarebbe più vicino ad una mediazione puramente volontaria, che assumerebbe la sua legittimità, anche se fosse prevista come una condizione obbligatoria di ammissibilità.²⁷

Pertanto, di fronte all'amara controversia che la mediazione obbligatoria ha provocato nella comunità giuridica, ed in particolare tra le associazioni di avvocati, è necessario che si aspetti la pronuncia sul tema da parte del Tribunale Costituzionale.

Recentemente, nell'ambito dell'Unione Europea, il Parlamento Europeo ha deciso di realizzare un bilancio previo, in vista del comunicato sull'implementazione della direttiva riguardante la mediazione, previsto per il 2013, tenendo conto della maniera in cui gli Stati membri hanno adottato le misure per operare le disposizioni della Direttiva 2008/52/CE, dei problemi che sono sorti ed alcuni aspetti più specifici registrati in alcuni paesi, che hanno portato all'adozione di una Risoluzione,²⁸ il 13 settembre 2011.

Com'era da prevedere, il Parlamento cita l'Italia ed il suo decreto legislativo n. 28/2010 indicando, come punto più polemico, la regola che riguarda la realizzazione della mediazione obbligatoria per una serie di dispute per le quali, pertanto, l'accesso alla giustizia risulta condizionato dal tentativo previo di conciliazione tra le parti.

Nell'intendimento del Parlamento, il § 2° dell'articolo 5° della direttiva comunitaria permette agli Stati membri l'utilizzazione della mediazione in maniera obbligatoria, o di assoggettarla ad incentivi o

sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del processo giudiziale, purché questo non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di ricorrere al sistema giudiziale.

Osserva inoltre che il legislatore italiano ha deciso di riformare il suo sistema legale in questo senso allo scopo di alleggerire il carico di lavoro per i tribunali, risaputamente congestionati, agilizandolo così il tempo di durata dei processi che molte volte distorcono il concetto di giustizia, trasformandosi in una vera negazione di diritti.

Tuttavia il Parlamento nota che il meccanismo di mediazione preteso nella legge italiana che ad esso condiziona l'ammissibilità della richiesta giudiziale in alcuni casi specificamente identificati, non è stato ben accolto dagli operatori giuridici, che hanno impugnato il decreto, ma sottolinea che in altri paesi in cui la mediazione è diventata obbligatoria, come in Bulgaria ed in Romania, ha contribuito per una disputa rapida, riducendo la durata eccessiva di un procedimento giudiziale.

Ancora una volta sembra che si sia perduto il foco del problema. Si cerca di giustificare l'obbligatorietà della mediazione con la sua capacità di ridurre il numero dei processi. L'argomento è erroneo e malefico, poiché tale provvedimento non contribuirà in nulla alla pacificazione sociale.

PECULIARITÀ DEL CASO BRASILIANO

Nel 2009 è stata convocata una Commissione di Giuristi, presieduta dal Ministro Luiz Fux, con l'obiettivo di presentare un nuovo Codice di Procedura Civile.

In tempo record è stato presentato un Antiprogetto, trasformato in Progetto di Legge (n° 166/10), sottoposto a discussione ed esame da parte di una Commissione costituita principalmente da Senatori, nell'ambito della Commissione di Costituzione e Giustizia del Senato Federale. Nel dicembre del 2010 è stato presentato un Sostitutivo dal Senator Valter Pereira, che è stato approvato dal Plenario del Senato, con due piccole alterazioni. Il testo è stato quindi inoltrato alla Camera dei Deputati, dove gli è stata attribuita la denominazione di Progetto di Legge n° 8046/10.²⁹

Nello stesso dicembre del 2010, il Consiglio Nazionale di Giustizia ha edito la Risoluzione n° 125³⁰, che riguarda la politica giudiziaria nazionale di trattamento adeguato dei conflitti nell'ambito del Potere Giudiziario.

All'inizio di quest'anno del 2011 hanno avuto inizio le prime attività di riflessione sul testo del nuovo CPC, ampliando ancor più il dibattito con la società civile ed la comunità giuridica, con la realizzazione congiunta di attività da parte della Commissione, della Camera dei Deputati e del Ministero della Giustizia.

In agosto è stata creata una commissione speciale per l'esame del testo, presieduta dal Deputato Fabio Trad. Al momento della redazione di questo articolo ancora non si erano concluse le attività di revisione del testo.

Ancora nell'agosto del 2011 abbiamo avuto opportunità di presentare suggerimenti al Senator Ricardo Ferraço, integrando il gruppo di lavoro accanto alle Professoresse Tricia Navarro e Gabriela Asmar. Dopo l'esame della Consulenza del Senato, il 25 agosto è stato presentato il Progetto di Legge del Senato che ha ricevuto il numero 517,³¹ e che si destina a regolamentare l'uso della mediazione civile giudiziale ed extragiudiziale.

Nella redazione attualmente disponibile del Progetto del nuovo CPC, è evidente la preoccupazione della Commissione verso gli istituti della conciliazione e della mediazione, specificamente negli articoli dal 144 al 153.

Il Progetto si preoccupa, specificamente, dell'attività di mediazione all'interno della struttura del Potere Giudiziario. Il che non esclude, tuttavia, la mediazione previa o anche la possibilità di utilizzazione di altri mezzi di soluzione di conflitti (articolo 153).

Vi sono preservati i principi che informano la conciliazione e la mediazione, ossia: (i) indipendenza; (ii) neutralità; (iii) autonomia della volontà; (iv) riservatezza; (v) oralità; e (vi) informalità.

Particolarmente protetta è la riservatezza. I §§ 2° e 3° dell'articolo 144 determinano che essa si estende a tutte le informazioni prodotte nel corso del procedimento, e che il tenore di tali informazioni *“non potrà esser utilizzato con uno scopo diverso da quello previsto per espressa delibera*

delle parti". Inoltre conciliatore e mediatore (così come gli integranti l'equipe) "non potranno divulgare o deporre su fatti o elementi oriundi dalla conciliazione o mediazione".

Nell'articolo 145, la Commissione di Giuristi, dopo aver sottolineato che la conciliazione e la mediazione devono essere stimulate da tutti i personaggi del processo, mette in evidenza una distinzione obiettiva tra queste due figure. La differenza è determinata dalla posizione del terzo.

Ovvero, il conciliatore può suggerire soluzioni per la lite, mentre il mediatore aiuta le persone in conflitto ad identificare, esse stesse, alternative di beneficio reciproco.

È importante sottolineare che la versione originale del PLS 166/10 esigeva che il mediatore fosse iscritto nei quadri dell'Ordine degli Avvocati del Brasile. Con la Relazione ed il Sostitutivo presentati il 24 novembre 2010, è prevalsa l'intesa della non indispensabilità di questo requisito.

Questo registro conterrà inoltre informazioni sulla performance del professionista, indicando ad esempio il numero di cause a cui ha partecipato, il successo o l'insuccesso dell'attività e la materia sulla quale verteva ogni conflitto. Questi dati verranno pubblicati periodicamente e disponibilizzati a fini statistici (art. 147 del Progetto).

La Commissione ha previsto l'ipotesi di esclusione dei nomi dal catasto del Tribunale, contemplando l'instaurazione di procedimenti amministrativi per investigare la condotta di questi professionisti (art. 148), e prevedendo anche l'impedimento e la "quarantena".

Come si è visto, la preoccupazione della Commissione riguarda la mediazione giudiziale. Il Progetto non vieta la mediazione previa e quella extragiudiziale, opta solo per non regolarla, lasciando chiaro che gli interessati possono far uso di questa modalità ricorrendo ai liberi professionisti disponibili sul mercato. Si immagina che avverrà con la mediazione e la conciliazione quel che è già accaduto con l'avvento della Legge sull'Arbitraggio (Legge n° 9.307/96), che ha stimolato nel paese il sorgere di enti arbitrali.

È opportuno tener conto del fatto che questo non avverrà all'improvviso. È ancora molto radicata fra di noi la cultura della lite,³² ossia

quella di ricorrere alla giurisdizione ancor prima di tentar un dialogo con la parte contraria, o magari di considerare l'ipotesi di ricorrere ad un mezzo alternativo per la soluzione di quel conflitto.

Su questo punto la visione che è prevalsa è quella che sarà più facile per il cittadino aver il primo contatto con la mediazione nella sua modalità giudiziale e, spesso, incidentale.

Sembra che sia un fatto pedagogico, e questo processo ha già avuto inizio fra di noi, con la Risoluzione n° 125/10 del Consiglio Nazionale di Giustizia.

Abbiamo la speranza che con il passare del tempo si abbia una maturazione della società nel senso che tutti i cittadini passino ad avere un ruolo più attivo nella ricerca di soluzioni e nella gestione di conflitti, abbandonando l'attuale postura di ricorrere frequentemente ed in modo automatico al Giudiziario.

RIFLESSIONI E PONDERAZIONI

La realtà brasiliana indiscutibilmente si è dimostrata incompatibile con questo modello di Giudiziario che cerca soltanto di *rimediare* il conflitto: è una società caratterizzata ancora da forti disuguaglianze sociali e regionali, allo stesso tempo in cui rivela un'esplosione di litigiosità, e, contraddittoriamente, impedisce anche l'accesso ai Tribunali di grande parte della popolazione, ancora in situazione di povertà assoluta, compromettendo seriamente l'effettività dei diritti fondamentali.

La cultura querelante che si è instaurata nella società brasiliana, per conto di una lettura irrealistica della garanzia costituzionale dell'accesso alla giustizia che tanto si è perseguita negli ultimi trent'anni, ha permesso, con quest'offerta, l'affluire generale ed indiscriminato nel serbatoio del giudiziario di ogni e qualunque pretesa insoddisfatta, obbligandolo ad accogliere discordie che rivelano i capricci dei litiganti, come le controversie di minimo valore pecuniario o nessuna complessità giuridica, che non giustificano la giuridicizzazione, potendo essere risolte con altri mezzi, in altre istanze, fuori ed oltre l'apparato statale.

Riteniamo che il miglior modello sia quello che ammonisce le parti a cercare, con tutte le loro forze, la soluzione consensuale, an-

cor prima di presentare la richiesta giudiziale. Non sembra ideale la soluzione che prevede appena un sistema di mediazione incidentale molto ben montato, dato che si sarà già messa in moto la macchina giudiziaria, quando in molti casi si sarebbe potuto evitare.

D'altro lato, non concordiamo con l'idea di una mediazione o conciliazione obbligatoria. La volontarietà è l'essenza di questi procedimenti. Tale caratteristica non deve mai essere compromessa, nemmeno con l'argomento che si tratta di una maniera per educare il popolo ed implementare una nuova forma di politica pubblica.

Negli USA la mediazione è obbligatoria in alcuni Stati (come ad esempio in California ed in Florida). In Argentina, dall'ottobre del 1995 è stata stabilita l'obbligatorietà di un'istanza previa di mediazione ai processi giudiziali. Tale disposizione è preservata nella Legge n° 26.589/10. Situazione simile si riscontra in Italia con l'avvento del Decreto Legislativo n° 28, del marzo del 2010.

Il Progetto di Legge brasiliano n° 94 prevedeva anch'esso la mediazione obbligatoria nelle ipotesi rette dall'articolo 34 di questo diploma, sì che, soltanto nel caso in cui i litiganti non raggiungano un accordo, si darebbe seguito al processo.

Queste modalità creano una specie di condizione di procedibilità, ossia, nei casi determinati dal testo legale l'uso della mediazione deve necessariamente antecedere l'esame giudiziale, sotto pena di mancanza di condizione per il regolare esercizio del diritto all'azione.

Tutte queste soluzioni, con il dovuto rispetto, ci sembrano erronee, ma è necessario che si cerchi una soluzione di equilibrio tra queste due vertenti.

Siamo dell'opinione che le parti dovrebbero dimostrare, in giudizio, che hanno tentato in qualche modo una soluzione consensuale per il loro conflitto.

Non v'è necessità di un'istanza previa formale extragiudiziale, obiettivo delle Commissioni di Conciliazione Previa della Giustizia del Lavoro, di breve durata poiché ne è stata riconosciuta l'incostituzionalità; basta un qualche tipo di comunicazione, come l'invio di una lettera o una e-mail, una riunione tra avvocati, un contatto con il *call center* di un'impresa da parte del consumatore, insomma, qualunque

provvedimento preso dal futuro querelante per dimostrare al giudice che la richiesta di azione giudiziaria non è stata la sua prima opzione.

Stiamo difendendo qui un ampliamento del concetto processuale di interesse ad agire, accogliendo l'idea dell'adeguamento, all'interno del binomio necessità-utilità, come forma di razionalizzare la prestazione giurisdizionale ed evitare il ricorso non necessario al Potere Giudiziario.

Potremmo perfino dire che si tratta di un'interpretazione neo-costituzionale dell'interesse all'azione, che adegua questa condizione al regolare esercizio del diritto all'azione alle nuove concezioni dello Stato Democratico di Diritto.

Tuttavia questo è appena uno dei lati di questo punto di vista. L'altro, e forse il più importante, è la consapevolezza da parte del Potere Giudiziario che il compimento del suo ruolo costituzionale non è obbligatoriamente l'intervento in ogni ed in qualunque conflitto.

Tale visione può portare ad una difficoltà di sintonia con il Principio della Indelegabilità della Giurisdizione, sulla scia dell'assioma che il giudice non può esimersi dalla sua funzione di giudicare, ovvero, se un cittadino bussa alla porta del Potere Giudiziario, non gli si può negarne o ostacolarne l'accesso, secondo la lettera dell'articolo 5º, inciso XXXV della Carta del 1988.

Quel che va chiarito è che il fatto che un cittadino sollecita la prestazione dello Stato non significa che il Potere Giudiziario debba sempre e necessariamente offrire una risposta di indole impositiva, limitandosi ad applicare la legge al caso concreto. Può darsi che il giudice intenda che quelle parti abbiano bisogno di esser sottoposte ad un'istanza conciliatoria, pacificatrice, prima ancora di una decisione tecnica.³³

E questo risulta molto chiaro nel Progetto del Nuovo Codice di Processo Civile brasiliano, nella misura in cui l'articolo 118 attribuisce una serie di poteri al giudice, soprattutto per quanto riguarda la direzione del processo, menzionando espressamente l'adeguazione e la flessibilizzazione mitigata, come strumento per raggiungere l'effettività.

A questo punto è evidente che la maggior preoccupazione del giudice riguarderà l'effettiva pacificazione di quella lite, e non soltanto

la pronuncia di una sentenza, come forma di risposta tecnico-giuridica alla provocazione del cittadino.

Bisogna ricordare, come ci indica Eligio Resta,³⁴ che la conciliazione ha il potere di "sciogliere" la lite, risultato questo che nella maggior parte dei casi non viene raggiunto con l'intervento forzato del Potere Giudiziario.

È importante lasciar chiara questa nuova dimensione del Potere Giudiziario, apparentemente minimalista ad un'interpretazione superficiale, ma che in realtà rivela tutta la grandezza di questa nobile funzione dello Stato. In questa prospettiva, effettività non significa occupare degli spazi ed agire sempre, ma intervenire se e quando necessario, come *ultima ratio* ed allo scopo di riequilibrare le relazioni sociali, coinvolgendo i cittadini nel processo di presa di decisione e risoluzione del conflitto.

La mediazione incidentale giudiziale può già esser eseguita oggi nel sistema giudiziale brasiliano. Soprattutto dopo l'avvento della Risoluzione n° 125/10 del Consiglio Nazionale di Giustizia. Tuttavia, in questa ipotesi, come abbiamo già sottolineato, si sarà messa in moto la macchina della giustizia (presentazione della richiesta iniziale, riscossione dei costi, avviamento del parere positivo, citazione dell'imputato, termine per la risposta, pratiche di cancelleria, risposta dell'imputato e designazione dell'udienza previa, senza contare gli innumerevoli incidenti processuali che possono rendere più complessa la relazione processuale).

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

D'altro canto, la mediazione è attività privata, libera da ogni vincolo, non fa parte della struttura di qualunque dei Poteri Pubblici. Anche la mediazione paraprocedurale conserva caratteristica privata, stabilendo appena che il mediatore debba essere registrato presso il Tribunale per poter essere indicato per dirimere conflitti portati in Tribunale.

È importante registrare l'opera di Luis Alberto Warat,³⁵ per il quale l'obiettivo della mediazione non sarebbe l'accordo, ma il cambia-

mento della persona e dei suoi sentimenti. Soltanto in questa maniera sarebbe possibile trasformare e ridimensionare il conflitto.

Quest'idea parte dalla premessa secondo la quale i conflitti non scompaiono mai completamente; si trasformano appena, ed hanno bisogno di essere diretti e monitorati per mantenerli sempre sotto controllo.³⁶

Molte volte questo controllo significa, in pratica, garantire che il canale di comunicazione rimanga sempre aperto e coscientizzare le parti dell'importanza della preservazione del vincolo che le unisce.³⁷

Per Boaventura Santos³⁸ soltanto la mediazione potrebbe sovvertire la separazione tra il conflitto del processo ed il conflitto reale, separazione che domina la struttura processuale del diritto dello Stato capitalista e che è la principale responsabile della superficializzazione della conflittualità sociale nella sua espressione giuridica.

Ogni ordinamento giuridico fa la sua scelta politica.³⁹

In ogni modo si allontana da subito qualunque idea che i mezzi alternativi conducano alla privatizzazione del processo. In questo senso vale la pena ricordare le parole di Barbosa Moreira⁴⁰: *"parlare di privatizzazione del processo è una espressione, in alcuni casi, inadeguata; in altri, falsa; in tutti, pericolosa"*.

Inoltre, come riferito, la mediazione non dev'essere utilizzata nella generalità dei casi. Tale condotta erronea porterebbe ad una falsa speranza in una ulteriore forma di soluzione di conflitti che non ha il potere magico di risolvere con soddisfazione determinati tipi di liti.

Ne deriva l'importanza, sottolineiamo, di istituire un meccanismo previo per il tentativo di soluzione negoziata dei conflitti, anche se non necessariamente la mediazione.

È necessaria quindi l'adozione di una politica di razionalizzazione della prestazione giurisdizionale. Se fin dall'inizio è chiaro che il nocciolo della controversia non è giuridico, ossia non si risolve con l'applicazione di una regola giuridica, a nulla serve dar inizio un processo, per poi sorpassarlo alla ricerca di una soluzione consensuale. Quest'operato mette in moto inutilmente la macchina giudiziaria, costa denaro all'erario pubblico, sovraccarica giudici, promotori e difensori e non porta a nessun conseguenza benefica.

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

In conclusione di questo breve testo, e consapevole che la materia qui esposta apre la strada a tante altre questioni, ci piacerebbe sottolineare che la mediazione è uno strumento straordinario che rende possibile la comprensione del conflitto a partire dalla partecipazione effettiva dei coinvolti, sottolineando che il movimento europeo, principalmente quello italiano, deve servire da modello per i cambiamenti processuali che stanno per accadere in Brasile.

Ci sembra che nel corso della (recente) tradizione democratica brasiliana, magari perfino come un'espressione del *mea culpa* dello Stato, consapevole del suo fallimento nel rispondere alle necessità più primordiali della popolazione, si sia formata l'idea che il Potere Giudiziario debba avere una posizione paternalista verso il cittadino.

Esso cerca il giudice, *gli riversa addosso* il suo problema, e rimane in impaziente attesa, reclamando ed imprecando se la soluzione ritarda o se non arriva come lui la desidera. Difendiamo che le parti devono essere coinvolte in maniera più diretta nella soluzione dei conflitti, e la mediazione contribuirà, e molto, a tale scopo.

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

Mi riferisco alla necessità di pensare ad un sistema che, allo stesso tempo in cui permette ed incentiva l'uso della mediazione, preservi e faciliti tutte le garanzie costituzionali di questo procedimento, diventando veramente l'equivalente del processo giudiziale, essendo forma legittima di soluzione di conflitti nello Stato Democratico di Diritto.

Infine, la sfida a partire da oggi non è più quella di inserire la mediazione nell'ordinamento brasiliano o in quello italiano, ma giustificare costituzionalmente questo mezzo alternativo e, ancor più importante, preservarne e riscattarne la natura con le premesse specificamente lanciate dal Diritto Fraternalista nell'importante contributo

che il giurista italiano Eligio Resta ha dato al diritto contemporaneo, permettendo che le aspirazioni degli ultimi trent'anni per un effettivo accesso alla giustizia non si trasformino definitivamente in una grave crisi dello Stato-giurisdizione. Crisi che affligge paesi di vari continenti, e che corre il rischio di non esser superata se la questione del monopolio giudiziale per la soluzione dei conflitti non verrà affrontata con la serietà e l'imparzialità che il tema esige.

APPUNTO

- 1 SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, p. 48, n. 30, fev.1996.
- 2 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 58.
- 3 *"Destituendo il gioco d'amico-nemico, il diritto fraterno è non violento. Non incorpora l'idea del nemico sotto altra forma, e per questo è differenza rispetto alla guerra. È, si diceva, giurato insieme, ma non prodotto di quella congiura che porta simbolicamente alla "decapitazione del re" e che, è noto, si porta dietro sensi di colpa che sopravvivono al gioco "sacrificale" di qualsiasi democrazia. Per questo non può difendere i diritti umani mentre li sta violando; la possibilità della sua esistenza sta tutta nell'evitare il cortocircuito dell'ambivalenza mimetica, che lo trasforma da rimedio in malattia, da antidoto in veleno"*. In un brano precedente, già aveva registrato che: *"Il conflitti aumentano progressivamente e si attribuisce tutto questo all'inefficienza dovuta alla mancanza di risorse; si chiedono così aumenti consistenti di risorse pensando che così i conflitti possano diminuire. Non soltanto l'inferenza causale risulta del tutto gratuita, ma ci si innesta in una logica rimediata che contribuisce di per sé non soltanto a non risolvere, ma addirittura a inflazionare il saldo di domanda e offerta"*. RESTA, Elígio. **Il diritto fraterno**. Roma: Laterza. 2009. p. 133 e 72.
- 4 RESTA, Elígio, idem, p. 72.
- 5 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Uma leitura processual dos direitos humanos. O direito fundamental à tutela adequada e à opção pela mediação como via legítima para a resolução de conflitos. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (Org.). **Temas sobre direitos humanos em homenagem ao professor Vicente Barreto**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 63-80.
- 6 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 5, ano 4, jan./jun. 2010. Disponibile in: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_5a_edicao.pdf>.
- 7 *"Sembra infatti che la tendenza dominante nelle società asiatiche sia una sorta di litigation aversion che ha come naturale consanguenza di ADR, principalmente facendo ricorso alla mediazione e alla conciliazione. Questa preferenza viene solitamente spiegata con il riferimento alla persistenza – nello stato profondo della cultura asiatica – dell'ideale confuciano dell'armonia sociale che non dovrebbe essere turbata e messa in crisi dal ricorso ai tribunali"*. TARUFFO, Michele. Dimensioni transculturali della giustizia civile. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, dez, 2007, p. 1067.
- 8 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. op. cit. p. 112 e 113.
- 9 *"Uniti dal conflitto, i litiganti si aspettano che un terzo lo risolva. Si aspettano dal Giudiziario che dica chi ha più diritti, più ragione o chi è il vincitore della contenda. Si tratta di un trasferimento di prerogative che, nel creare barriere normative, ingessa la soluzione della lite a favore della sicurezza, ignorando che la reinvenzione quotidiana e l'apertura di nuove strade sono inerenti ad un trattamento democratico"*. SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Mediação enquanto**

- política pública:** a teoria, a prática e o projeto de lei. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010. p. 23. Disponibile in: <<http://www.unisc.br/portal/pt/editora/e-books/95/mediacao-enquanto-politica-publica-a-teoria-a-pratica-e-o-projeto-de-lei-.html>>.
- 10 *"Quando si preferisce l'arbitrato non per la sua superiorità, ma perché la procedura civile è antiquata e particolarmente poco invitante, quando cioè la scelta tra l'Alternative Dispute Resolution ed il processo civile ordinario diventa una scelta tra la peste ed il colera, l'accesso alla giustizia si trova realmente in pericolo."* LINDBLOM, Per Henrik. *La Privatizzazione della giustizia: osservazioni circa alcuni recenti sviluppi nel diritto processuale americano e svedese*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, n. 4, dez. 1995, p. 1399.
- 11 OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. **DOXA**, Alicante, n. 14, p. 169-194, 1993. Disponibile in: <<http://www.cervantesvirtual.com>>. Acesso em: 14 nov. 2009.
- 12 Pinho, Humberto Dalla Bernardina de. **A mediação na atualidade e no futuro do processo civil brasileiro**. Disponibile in: <<http://www.humbertodalla.pro.br>>
- 13 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op.cit. p. 58.
- 14 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **La mediazione nel diritto brasiliano:** evoluzione, attualità e possibilità nel progetto del nuovo codice di processo civile, articolo tratto da conferenza presso l'Università di Roma Tre, il 18 gennaio 2011. Disponibile in: <<http://www.diritto.it/docs/30904-la-mediazione-nel-diritto-brasiliano-evoluzione-attualit-e-possibilit-nel-progetto-del-nuovo-codice-di-processo-civile>>. Acesso em: 13 jan. 2011.
- 15 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. DURCO, Karol. **A mediação e a solução dos conflitos no Estado democrático de direito:** o "Juiz Hermes" e a nova dimensão da função jurisdicional. Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br>>.
- 16 HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa:** racionalidad de la acción y racionalización social. Madri: Taurus. 1987.
- 17 CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 111.
- 18 DIRETTIVA 2008/52/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. Disponibile in: <<http://www.mondoadr.it/cms/?p=1466>>.
- 19 HILL, FLAVIA A nova lei de mediação italiana. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 6, p. 294-321. Disponibile in: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf>.
- 20 LEGGE 18 giugno 2009, n. 69. (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività in materia di processo civile). Disponibile in: <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/090691.htm>>.
- 21 DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2010, n. 28. Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. Disponibile in <<http://www.mondoadr.it/cms/?p=2244>>.
- 22 Sul tema, raccomandiamo: BESSO, Chiara. *La Mediazione Italiana: definizioni e tipologie*. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Disponibile in: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf>.
- 23 *"Come è noto, da sempre e fino pochi anni fa, la giustizia in Europa è stata problema d'élite, e non, di massa. In tutti i Paesi, il numero delle controversie era ragionevolmente limitato, con costi modesti e durata dei processi tutto sommato accettabile, erano spesso previsti più gradi di giudizio, erano ammessi nuovi accertamenti di fatto anche in grado di appello, e veniva garantito l'accesso alle giurisdizioni superiori. Quel modello è stato travolto in modo irreversibile e da anni si registra una vera e propria law explosion, nel senso dell'emergere e del riconoscimento di una moltitudine di nuovi diritti (consumatori, minoranze, diritti di genere, ecc.) fonte di un numero illimitato di controversie, di tipo radicalmente diverso da quello conosciuto. Il costo è rimasto praticamente invariato, ma la durata è diventata incontrollabile, ed è per di più utilizzata come deterrente all'accesso alla giustizia. Il numero e l'impegno dei giudicanti non può essere incrementato più di tanto, né si possono aumentare le risorse, che concorrono con quelle destinate a soddisfare altre non meno importanti esigenze".* VIGORITI, Vincenzo. *Europa e mediazione. Problemi e soluzioni*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 197. p. 339- 355, jul. 2011.

- 24 Come considerato da DITTRICH: “il provvedimento in esame introduce non uno, ma tre diversi tipi di mediazione, tutti soggetti al medesimo procedimento, ma radicalmente differenti quanto ai presupposti. ... possiamo dire che ci troviamo qui di fronte: a) a un procedimento di mediazione su base volontaria stragiudiziale ed extraprocessuale: le parti possono cioè esperire un tentativo di mediazione prima ed indipendentemente dalla proposizione di una controversia avanti al giudice civile; b) a un procedimento stragiudiziale ma endoprocessuale, con ciò intendendo che l’attività di mediazione viene svolta da un organismo non giudiziale (appunto, l’organismo di mediazione come definito dall’art. 1), ma su sollecitazione (non vincolante) del giudice statale, già attualmente adito della controversia; è il modello, ben noto nei paesi anglosassoni, della court annexed mediation; c) a una mediazione straprocessuale ed extragiudiziale obbligatoria, prevista dall’art. 5 per una moltitudine di controversie, e qualificata come condizione di procedibilità della causa”. DITTRICH, Lotario. Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28, del 4 marzo 2010, in <http://www.judicium.it>, consultato il 20 ottobre 2011.
- 25 MONTELEONE, Girolamo. **La mediazione “forzata”**. In *Judicium*. Dispobile in: <www.judicium.it. pp. 1-2>.
- 26 Sia la notizia che la decisione possono essere consultati in <http://humbertodalla.blogspot.com>. La Decisione integrale è disponibile in: <<http://www.ilcaso.it>>.
- 27 VIGORITI, Vincenzo. Europa e mediazione. Problemi e soluzioni. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 197. p. 339- 355, jul. 2011.
- 28 Il testo è disponibile in: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0361+0+DOC+XML+V0//PT&language=PT#def_1_1>.
- 29 Si possono accompagnare tutte le fasi dell’iter del Progetto del Nuovo CPC nel nostro blog: <<http://humbertodalla.blogspot.com>>.
- 30 Testo disponibile in: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>.
- 31 Testo disponibile in: <http://www.senado.gov.br>.
- 32 WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARCHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.
- 33 Sono già alcuni anni che veniamo insistendo sulla necessità di ampliamento di orizzonti per la soluzione di conflitti. Sull’argomento: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Mecanismos de solução alternativa de conflitos: algumas considerações introdutórias**. **Revista Dialética de Direito Processual**, vol 17, pp. 09/14, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. “Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos”, in “Acesso à Justiça: efetividade do processo, (org. Geraldo Prado), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 105/124.
- 34 RESTA. Eligio. *Il Diritto Fraterno*. Roma: Laterza, 2009, p. 119.
- 35 WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*, v. 1. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 31.
- 36 “Tuttavia, perché non è compito del Potere Giudiziario ‘eliminare’ ma ‘decidere’ su conflitti sociali? Il fatto che il Giudiziario ha come ‘funzione fondamentale’ la decisione dei conflitti non vuol dire che la sua funzione sia l’eliminazione di conflitti. Giacché il conflitto sociale rappresenta un antagonismo strutturale tra elementi di una relazione sociale che, sebbene antagonistica, sono strutturalmente vincolati – cioè, il ‘vincolo’ è conditio sine qua non del conflitto. Pertanto, se gli elementi non sono strutturalmente legati, nemmeno possono essere conflittuali o divergenti. In questo contesto, le funzioni (competenze) del Potere Giudiziario si fissano nei limiti della sua capacità di assorbire e decidere conflitti, oltrepassando gli stessi limiti strutturali delle relazioni sociali. Non compete al Potere Giudiziario eliminare vincoli esistenti tra gli elementi – o unità – della relazione sociale. Ad esso tocca, mediante le sue decisioni, interpretare diversificatamente questi vincoli, potendo anche dare ad essi una nuova dimensione giuridica (nel senso giurisprudenziale). Non è suo compito dissolverli (nel senso di eliminarli), perché starebbe sopprimendo la sua stessa fonte o impedendo al suo ambiente di fornirgli determinati input - richieste). SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei*. Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2010. p. 24. Disponibile in: <http://www.unisc.br/portal/pt/editora/e-books/95/mediacao-enquanto-politica-publica-a-teoria-a-pratica-e-o-projeto-de-lei.html>.

- 37 "Nelle indicazioni di Egidio Resta altre tre parole provenienti dal prefisso 'med' hanno la loro importanza. L'autore spiega che tra due valori estremi, ma opposti e conflittuali, la relazione in scala offre risultati diversi: la media, la moda e la mediana. In questo contesto, la media presuppone la separazione e la divisibilità, ma esclude la congiunzione, come ricorda la nota decisione del verdetto salomonico. La media risolve il conflitto, ma lo fa tagliando, interrompendo ogni comunicazione ed escludendo passato e futuro: è quel che fa la sentenza quando decide in base ad/ è frutto di una scelta fredda e contabile" SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Mediação enquanto política pública**: a teoria, a prática e o projeto de lei. Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2010. p. 40. Disponibile in: <<http://www.unisc.br/portal/pt/editora/e-books/95/mediacao-enquanto-politica-publica-a-teoria-a-pratica-e-o-projeto-de-lei-.html>>.
- 38 SANTOS, Boaventura de Souza. **O discurso e o poder**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 23.
- 39 *In ogni caso è bene chiarire che l'uso dei meccanismi alternativi per la soluzione dei conflitti può realizzarsi in tre modi: (1) per volontà delle parti; (2) in forza di legge; (3) per determinazione giudiziale.* REUBEN, Richard. *Constitutional Gravity: a Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Civil Justice*, UCLA L. Rev., vol. 47, p. 971.
- 40 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Privatização do processo? In: _____. **Temas de direito processual**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001. (7ª Série). p. 11.

BIBLIOGRAFIA

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Privatização do Processo? In: _____. **Temas de direito processual**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001. 7ª série p. 7-18.
- BESSO, Chiara. La Mediazione Italiana: definizioni e tipologie. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. VI. Disponibile in: <http://www.redp.com.br>. Accesso in: 10 gennaio 2011.
- CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2010, n. 28. Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. Disponibile in: <<http://www.mondoadr.it/cms/?p=2244>>.
- DEUTSCH, Morton. A resolução do conflito: processos construtivos e destrutivos. Tradução de Arthur Coimbra de Oliveira. In: AZEVEDO, Andre Gomma de. **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.

DITTRICH, Lotario. **Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28, del 4 marzo 2010**. Disponibile in: <<http://www.judicium.it>>. Consultato il: 20 ottobre de 2011.

E. FABIANI, M. Leo. Prime riflessioni sulla “mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali” di cui al d.lgs. n. 28/2010. **Revista Judicium**. Disponibile in <<http://www.judicium.it>>. Accesso em: 13 settembre 2011.

HESPANHA, Antonio Manuel. **O caleidoscópio do direito**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

HILL, FLAVIA PEREIRA. A nova lei de mediação italiana. **Revista Eletrônica de direito Processual**, v. VI, p. 294-321. Disponibile in: <<http://www.redp.com.br>>. Accesso em 13 settembre 2011.

LINDBLOM, Per Henrik. La Privatizzazione della giustizia: osservazioni circa alcuni recenti sviluppi nel diritto processuale americano e svedese. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, n. 4, dez. 1995, p. 1399.

MONTELEONE, Girolamo. La mediazione “forzata”. **In Judicium**. p. 1-2. Disponibile all’indirizzo elettronico: <www.judicium.it>.

MORAIS, José Luis; MARION SPENLGER, Fabiana. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. In: **DOXA**, n. 14, 1993. p. 169-194. Disponibile in: <<http://www.cervantesvirtual.com>>. Consultato il: 14 novembre 2009.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. Uma leitura processual dos direitos humanos. O direito fundamental à tutela adequada e à opção pela mediação como via legítima para a resolução de conflitos. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (org.). **Temas sobre direitos humanos em homenagem ao professor Vicente Barreto**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 63-80.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria geral do processo civil contemporâneo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Capítulo 25.

_____. **La mediazione nel diritto brasiliano**: evoluzione, attualità e possibilità nel progetto del nuovo codice di processo civile, articolo prodotto a partire da conferenza presso l'Università Roma Tre, il 18 gennaio 2011. Disponibile in: <<http://www.diritto.it/docs/30904-la-mediazione-nel-diritto-brasiliano-evoluzione-attualit-e-possibilit-nel-progetto-del-nuovo-codice-di-processo-civile>>. Accesso in: 13 gennaio 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. DURCO, Karol. **A mediação e a solução dos conflitos no Estado democrático de direito**. O "Juiz Hermes" e a nova dimensão da função jurisdicional. Disponibile in: <<http://www.humbertodalla.pro.br>>.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Org.). **Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PROJETO DE LEI Nº 8046/10 - PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, Disponibile in: <<http://www.camara.gov.br>>.

RESTA, Elígio. **Il diritto fraterno**. Roma: Laterza, 2009.

REUBEN, Richard. Constitutional Gravity: a Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Civil Justice. **UCLA L. Rev.**, v. 47, p. 971.

SANTOS, Boaventura de Souza. MARQUES, Maria Manuel Leitão. PEDROSO, João Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, n. 30, fev. 1996.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação enquanto política pública**: a teoria, a prática e o projeto de lei. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. Disponibile in: <<http://www.unisc.br/edinisc>>. Accesso em: 13 settembre 2011.

UNIONE EUROPEA. **Direttiva 2008/52/CE, del 21 maggio 2008**. Regolamenta alcuni aspetti della mediazione in materia civile e com-

HUMBERTO DALLA BERNADINA DE PINHO
MICHELE PEDROSA PAUMGARTEN

merciale. *Giornale Ufficiale dell'Unione Europea*, Parlamento Europeo e del Cosniglio, Bruxelles, 24 maggio 2008 p. 3-8.

VIGORITI, Vincenzo. Europa e mediazione. Problemi e soluzioni. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 197, p. 339-355, jul. 2011.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001. v. 1.

WATANABE, Kazuo. cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARCHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. **Estudos em homenagem à Professora Ada Pelegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

Artigo recebido em: 30-01-2012

Aprovado em: 01-06-2012