

Christoph Strecker

CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA
Nona Commissione - Tirocinio e Formazione Professionale

Incontro di studio sul tema:

“Tecniche di conciliazione e mediazione: scambio di esperienze nell’ambito dell’Unione Europea: prospettive di cooperazione giudiziaria”

Roma, 5 - 7 marzo 2007

La responsabilità del giudice per la proposta di mediazione, aspetti e argomenti dalla Germania

Mi occuperò del tema sotto 4 aspetti:

Prima parlerò delle mie esperienze in un progetto di mediazione sotto gli auspici del tribunale di prima istanza a Stoccarda. Seguirà una presentazione della situazione legale in Germania. Nella terza parte presenterò la prassi attuale di mediazione giudiziaria in Germania e le prime esperienze fatte con essa. Il quarto e ultimo punto sarà l’esposizione di alcune riflessioni attuali.

I Esperienze dal progetto a Stoccarda negli anni 2000 e 2001

Negli anni 2000 e 2001, a Stoccarda si è svolto un progetto pilota nel quale i giudici erano invitati a raccomandare nel corso dei loro processi una mediazione. Nella pretura è stata messa a disposizione una sala nella quale ogni mattina ed ogni pomeriggio era presente un mediatore di turno per ricevere le parti alle quali il giudice raccomandava la mediazione.

In casi idonei i giudici dovevano proporre alle parti una mediazione ed informarli sulla possibilità d’informarsi immediatamente accanto sui dettagli.

Questa offerta fu quasi completamente ignorata. Dopo qualche tempo la presenza dei mediatori si limitò alla mattina, ed infine il progetto terminò senza alcun seguito.

Come uno dei giudici partecipanti posso raccontare le mie esperienze: Il primo problema era che tra i magistrati c’era soltanto poca conoscenza della mediazione, le sue particolarità e le sue chance. Quindi non sapevano far pubblicità convincente per essa. Quanto più, invece, erano familiarizzati colla mediazione, tanto più di queste conoscenze e di questo atteggiamento si esprimeva anche nel loro modo di condurre l’udienza. Mi ricordo delle situazioni in cui volevo spiegare la mediazione e raccomandarla. Le parti risposero che questo era suppergiù quello che stavo già facendo e mi chiesero di continuare il discorso nell’udienza.

La reazione degli avvocati nei confronti della mediazione era sfavorevole, o almeno esprimeva delle riserve.

Inoltre è emerso che per una tale proposta in generale è troppo tardi se il processo si trova già in uno stato avanzato. Bisogna informare la gente proprio all'inizio che c'è un'alternativa pacifica al processo contenzioso.

II La situazione legale

Queste riserve nei confronti della mediazione hanno anche a che fare colla percezione tedesca del processo civile: È previsto il dibattimento nell'udienza orale. In qualsiasi fase del processo, il giudice è invitato a stimolare una soluzione consensuale. Tali sforzi – più o meno abili, con più o meno successo – a raggiungere un accordo sono da sempre parte della realtà osservabile del processo civile tedesco. Perciò all'inizio spesso si obiettava alla mediazione “Questo lo stiamo già facendo da sempre”.

Art. 278 comma 1 del Codice di Procedura Civile

In qualsiasi fase del processo il tribunale deve adoperarsi per un accordo amichevole della lite o di singoli punti controversi

Nel codice del processo del lavoro da sempre è previsto un tentativo di conciliazione prima d'entrare nel processo formale. Dall'anno 2001 questo vale anche per il processo civile:

Art. 278 comma 2 del Codice di Procedura Civile

Al fine di raggiungere un accordo amichevole, l'udienza orale è preceduta da un'udienza di conciliazione

L'indicazione di altre soluzioni da parte del tribunale è prevista dall'anno 1977 nel processo di divorzio. Se il giudice ha l'impressione che vi siano ancora delle prospettive per continuare il matrimonio, il tribunale può interrompere il processo di divorzio e raccomandare agli sposi una consulenza matrimoniale.

Art. 614 comma 5 del Codice di Procedura Civile

Con l'interruzione del processo il tribunale deve proporre agli sposi una consulenza matrimoniale

Finalmente, in alcune regioni (Länder) della Germania federale dall'anno 2001 i legislatori regionali possono imporre alle parti un procedimento di conciliazione anteriore alla proposizione dell'azione.

Art. 15 a della Legge per l'introduzione del Codice di Procedura Civile, supplemento dal 13.12.2001

Per legge regionale può essere disposto che la proposizione dell'azione non è ammissibile prima che in un procedimento di conciliazione sia stato tentato di comporre la lite consensualmente

Dall'anno 2001 l'Art. 278 comma 5 frase 2 del Codice di Procedura Civile decreta:

In casi idonei il tribunale può proporre alle parti una conciliazione extragiudiziale

Queste alternative al processo contenzioso ed alla decisione mediante sentenza non hanno niente a che fare colla mediazione; però sono una delle ragioni per le quali in Germania l'invito alla mediazione non è così percepibile come in quei paesi nei quali la mediazione è l'unica alternativa al procedimento contenzioso ed alla decisione giudiziaria.

III Mediazione giudiziaria

Succede in misura crescente che i tribunali propongano alle parti di tentare una mediazione. Ma su questo non esistono ancora delle informazioni attendibili né ricerche o elaborazioni.

Intanto in Germania si sta imponendo un altro modello con che prima in progetti pilota e adesso su una base più ampia si sono fatte delle buone esperienze: La mediazione giudiziaria, mediazione svolta da magistrati.

Magistrati si sono formati nella mediazione e adesso lavorano nei loro tribunali oltre che in funzione di giudici anche come mediatori. Se in una sezione del tribunale un caso contenzioso sembra idoneo per la mediazione, il giudice può rinviarlo col consenso delle parti ad un giudice mediatore. Se di lui la mediazione finisce con un accordo, questo può immediatamente essere inserito nel verbale. Altrimenti la pratica va rinviata alla sezione processuale, e il processo continua. Nessuno dei giudici mediatori è unicamente mediatore. Tutti rimangono principalmente giudici che fanno i loro processi normali. Dedicano soltanto una parte della loro capacità e del loro tempo al lavoro di mediatore.

Una base legale affidabile per la funzione del giudice mediatore e per la descritta procedura della mediazione giudiziaria finora non esiste. La necessità di giustificazione è mitigata dal fatto che la procedura è ancora in una fase di prova e che tutto è volontario. Inoltre la prassi se la cava applicando una regola che in fondo serve per altri scopi:

Art. 278 comma 5 frase 1 del Codice di procedura civile

Per un procedimento di conciliazione il tribunale può rinviare le parti ad un giudice incaricato

Adesso passiamo ai dettagli:

Tutti questi progetti hanno avuto inizio con incontri d'informazione nel corso dei quali la proposta è stata presentata agli avvocati. Anche all'inizio dei processi le parti ricevono dai tribunali fogli con informazioni sulla mediazione offerta e sui suoi vantaggi.

Dopo l'inizio del processo, vi sono due alternative: In alcuni tribunali, dopo l'arrivo dell'atto di citazione si chiede alle parti se vogliono prendere in considerazione una mediazione. In altri

tribunali, la sezione processuale rinvia la pratica subito al giudice mediatore che da parte sua si mette in contatto colle parti e tenta di convincerle ad accettare la mediazione.

Anche in casi che cominciano nella sezione processuale, si può mostrare più tardi durante il processo che una mediazione sarebbe l'alternativa migliore. Il rinvio al giudice mediatore è sempre possibile, perché la mediazione è volontaria.

Per il procedimento nella sezione della mediazione si apre una pratica separata del cui contenuto la sezione processuale non può prendere conoscenza.

Se le parti sono d'accordo per una mediazione, il processo viene interrotto sino alla fine della mediazione.

Il mediatore fissa - in iscritto o preferibilmente mediante telefono - colle parti la data e l'ora del incontro.

L'assegnazione delle mediazioni ai giudici mediatori viene stabilita da vari tribunali mediante il loro regolamento interno. Questo, tuttavia, non è vincolante, perché visto che la mediazione è volontaria, alle parti non può essere impedito di scegliere il loro mediatore.

Alcuni tribunali riferiscono che la durata delle loro sedute di mediazione è tra 2 ore e 2 ½. Altri vanno fino a 4 ore. Talvolta una mediazione può anche durare parecchie sedute.

Un accordo ottenuto può essere inserito a verbale dal mediatore nella sua funzione di giudice.

Lí dove questa procedura è già diventata routine, sempre più spesso gli avvocati propongono nell'atto di citazione o nella risposta di rinviare la pratica alla sezione per le mediazioni.

IV Esperienze e riflessioni

Senza dubbio, l'apertura mentale per la mediazione è motivata essenzialmente dall'interesse di decongestionare la giustizia sovraccaricata. Non esistono ancora delle analisi affidabili. Ma è certo che c'è un risparmio di tempo e di capacità lavorativa.

Nei modelli presentati, l'udienza per la mediazione è fissata a breve termine, in generale tra due settimane o poco più. Perciò questi casi finiscono molto più rapidamente che i processi contenziosi che in generale durano dei mesi.

Non ho delle cifre sulla quota dei casi rinviati in mediazione. Secondo le informazioni date dai tribunali, la quota dei successi delle mediazioni è tra un terzo e 90 %.

Si è peraltro già acquisito un elemento di conoscenza che vale non soltanto per questi progetti, ma per la mediazione in generale e nell'ipotesi della mediazione raccomandata dal tribunale:

Un fattore essenziale per l'accettazione è la diffusione culturale dell'idea. A parte i fogli informativi ci vogliono soprattutto incontri e manifestazioni d'informazione. Alcuni tribunali hanno fatto delle buone esperienze integrando dall'inizio l'ordine degli avvocati nella preparazione dei progetti. Quanto più naturale è nella coscienza pubblica l'idea che la lite non è l'unica e spesso neanche la forma migliore per risolvere un conflitto, tanto più disposte saranno le parti anche per l'alternativa nella forma della mediazione. La migliore dimostrazione di ciò è

che dai tribunali che offrono la mediazione giudiziaria, talvolta gli avvocati con la notifica di un atto di citazione propongono simultaneamente di rinviare la pratica alla mediazione.

Qui finisco la mia descrizione, aggiungendo alcune questioni che si pongono inevitabilmente:

Non sono ancora studiati a fondo e neppure risolti i problemi connessi alla responsabilità. Per danni causati da violazioni di doveri d'ufficio, il diritto prevede una responsabilità del funzionario in caso di dolo e - sotto certe condizioni - anche in caso di negligenza grave. Per le attività processuali del giudice questa responsabilità esiste soltanto se la violazione dei suoi doveri è un reato. Anche nella mediazione possono succedere casi di violazione dei doveri. Il privilegio ricordato che vale per i giudici può valere per la mediazione soltanto se questa è un'attività processuale. Se si possa estendere l'applicazione a questa ipotesi è questione controversa.

Si discute anche la questione importante dell'assegnazione delle cause: come si deve ponderare quantitativamente la mediazione in comparazione con le attività processuali?

Esiste infine una controversia sulla questione se la mediazione possa rientrare tra i compiti istituzionali di un tribunale. Gli avvocati ritengono che questa sia un'ipotesi di concorrenza sleale.

Per il futuro occorre studiare a fondo alcune altre questioni:

Se la mediazione appare vantaggiosa, il tribunale può essere tentato di proporla alle parti con energia.

Esercitare una pressione sulle parti, è contrario alle regole processuali e anche all'idea di un cittadino autonomo che prende le sue decisioni autonomamente. Se ciononostante questo accade spesso e se i tribunali costringono le parti ad accettare accordi, questo non è affatto accettabile. Se un tribunale costringe le parti ad accettare un'altra soluzione che quella processuale, questo è diniego di giustizia. Oltre a ciò, la libera volontà è un elemento essenziale della mediazione. Questo principio deve essere rispettato anche dai tribunali. Dall'altra parte, giudici dotati di esperienza sanno che in situazioni specifiche una disposizione del tribunale può sgravare le parti da una responsabilità che sentono molto grave.

La legge francese (Art. 373 comma 2 numero 10 del Codice Civile) prevede che il giudice possa imporre ai genitori in lite d'informarsi presso un mediatore sulla mediazione. Un tale regolamento è in preparazione anche per la Germania.

Se un tribunale propone una mediazione, può darsi che le parti chiedono una proposta concreta di un mediatore idoneo. In un tale caso, per il tribunale si pone il problema della scelta, come lo conosciamo già per gli interpreti, esperti, curatori fallimentari e altri. Se queste professioni libere concorrono sul mercato, tutti devono avere la possibilità di essere accettati. Dall'altra parte, il tribunale che li incarica o che li propone, assume anche una responsabilità per la loro qualifica. Questo conflitto tra i valori della qualifica e della non-discriminazione è già stato oggetto di processi in Germania nei quali le persone interessate hanno chiesto di essere incaricati.

Questo ultimo tema mi pare molto importante per il futuro prossimo.