

Sistemi di composizione dei conflitti in Germania

I metodi alternativi

04/05/2013

Avv. Carlo Alberto Calcagno

1. Cenni generali. 2. L'arbitrato in Germania. 3. La conciliazione di cui al § 15a EGZPO. 4. La conciliazione nel consumo. 5. La conciliazione e mediazione del lavoro. 6. Il componimento bonario per il Codice di procedura civile. 7. La mediazione familiare e gli altri strumenti di regolamentazione dei rapporti familiari. 8. La legge sulla promozione della mediazione e di altre procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie.

1. Cenni generali

La Germania è una Repubblica federale composta da 16 *Länder*. È importante sottolineare subito che la Costituzione individua una competenza legislativa esclusiva della Federazione ed una concorrente con i *Länder*.

La potestà legislativa è in particolare concorrente per il diritto civile, penale e della circolazione stradale, nonché per il diritto di associazione, il diritto di soggiorno e stabilimento dei cittadini stranieri, il diritto dell'economia, quello del lavoro e particolari aspetti della tutela dei consumatori.

Con riferimento ad alcuni ambiti elencati all'articolo 74¹ della Costituzione e rientranti nell'alveo appunto di questa potestà legislativa concorrente, la Federazione può adottare leggi solo se, e nella misura in cui, la creazione di condizioni di vita equivalenti in tutto il territorio federale oppure il mantenimento dell'unità economica o giuridica rende necessaria una regolamentazione federale nell'interesse nazionale.

La disciplina dei sistemi alternativi di risoluzione delle controversie ha negli anni risentito di quest'ultima previsione costituzionale².

Così per parlare di conciliazione extragiudiziale all'interno dei *Länder* si è dovuto attendere sino al 1999 quando vi è stata una legge quadro in proposito³. E nonostante una

¹ Per quanto ci pertiene il diritto civile, il diritto penale, l'ordinamento giudiziario e la procedura (ad esclusione della disciplina dell'esecuzione in materia di carcerazione preventiva), l'avvocatura, il notariato e la consulenza legale. Cfr. la costituzione (*Grundgesetz*) modificata da ultimo nel 2010: <http://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/index.html>

² Ed infatti, in un primo momento se ne sono occupate delle ONG.

³ Articolo 15a della legge relativa all'introduzione del codice di procedura civile (*Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung, EGZPO*). <http://dejure.org/gesetze/EGZPO/15a.html>

pratica della mediazione consolidata una legge vera e propria (*Mediationsgesetz*)⁴ è stata approntata solo nel 2012 e dunque fuori dal termine imposto dalla direttiva 52/08.

L'ambito di applicazione della legge sulla mediazione tedesca peraltro va oltre i requisiti della direttiva europea. La legge sulla mediazione tedesca comprende tutte le forme di mediazione attuate in Germania, indipendentemente dal tipo di controversia e dal luogo di domicilio delle parti⁵.

Questa scelta di politica legislativa è in linea con quanto è accaduto sino ad ora nel paese: l'economia tedesca trova grande giovamento ed alimento dalla varietà e capillarità degli strumenti alternativi presenti sul territorio.

L'intento è, in altre parole, quello di favorire il più possibile gli strumenti alternativi al giudizio. Non tanto perché si ritenga che il giudizio dia risposte insoddisfacenti, ma perché si è convinti che siano un'utile alternativa ai procedimenti giudiziari tradizionali.

Tale convinzione investe in primo luogo gli avvocati che già con l'introduzione nel 2002 della conciliazione preventiva obbligatoria operata dal giudice, hanno iniziato a pensare che il loro compito professionale fosse quello di aiutare il cliente a comporre le controversie. Più scettici verso la mediazione – dobbiamo dirlo – appaiono i giudici tedeschi⁶.

Ormai tutti gli Stati federali della Germania hanno introdotto i progetti pilota che si occupano di mediazione all'interno dei *Länder*: alcuno desiderava che anche lo Stato federale riprendesse il modello della Bassa Sassonia, la *Gerichtsinterne Mediation*, ma alla fine ha vinto un altro schema, quello della Baviera e della Turingia, legato alla figura del *Güterichter* di cui parleremo diffusamente.

In materia di consumo la Germania ha notificato alla Comunità Europea ben 230 organismi⁷ che adottano metodi ADR ai sensi della raccomandazione del 1998⁸; tanto per avere un termine di paragone, l'Italia ne ha notificato 4⁹.

⁴ *Mediationsgesetz* - articolo 1 della legge sulla promozione della mediazione e di altri metodi stragiudiziali di risoluzione delle controversie, *Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung*; la legge è stata pubblicata nella *Bundesgesetzblatt I*, p. 1577.

⁵ https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-de-it.do?member=1

⁶ F. DIGMEYER, *Mediation in Germany*, 1° luglio 2012, in http://www.in-mediation.eu/en/mediation-in-germany#_ftn10

⁷ Lo stesso Ministero della Giustizia si è notificato al proposito.

⁸ Raccomandazione della Commissione del 30 marzo 1998 riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo (98/257/CE).

⁹ Cfr. http://ec.europa.eu/consumers/redress/out_of_court/database/index_en.htm

La Germania considera con grande serietà anche la mediazione transfrontaliera: nel giugno del 2011 ha siglato un accordo di cooperazione con la Polonia per i settori della potestà genitoriale e dell'infanzia; un gruppo misto di lavoro cercherà di pianificare il futuro in materia¹⁰.

Per agevolare i privati componimenti il Codice civile tedesco prevede che se il debitore ed il creditore iniziano una trattativa la prescrizione rimanga sospesa sino che i negoziati perdurino¹¹.

Parimenti determina sospensione della prescrizione la notifica della domanda di conciliazione depositata presso un Organismo di conciliazione¹².

La medesima conseguenza è determinata dall'avvio del procedimento arbitrale¹³.

Il mancato rispetto dell'obbligo previsto per contratto di fare ricorso ad una procedura di ADR (*pactum de non petendo*) prima di intentare un'azione giudiziaria permette al convenuto di sollevare un'eccezione, col risultato che la domanda viene respinta in quanto inammissibile¹⁴.

Dal 2012 si è poi introdotta la possibilità che a seguito di studi effettuati presso le Corti locali, ci possano essere programmi finanziati da accordi tra la Federazione e i singoli *Länder* per i soggetti che, per condizioni personali e finanziarie, non possono sostenere parzialmente o totalmente i costi della mediazione¹⁵.

Il legislatore tedesco ha, nello stesso senso, consentito ad una localizzazione degli incentivi: concede ai *Länder* di utilizzare strumenti statutari per ridurre entro un certo importo o per annullare i costi processuali se il processo si è interrotto con il ritiro del ricorso o con l'accettazione della offerta di mediazione o di altro strumento di risoluzione

¹⁰

http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Verstaendigung_deutsch_polnische_grenzueberschreitende_Mediation_Polnisch.pdf?__blob=publicationFile

¹¹ § 203 BGB.

¹² § 204 n. 4-12 BGB.

¹³ § 204 n. 11 BGB. La sospensione cessa peraltro entro il semestre dalla conclusione dell'attività o dalla pronuncia definitiva (§ 204 c. 2).

¹⁴ Se tale clausola è tuttavia contenuta nelle condizioni generali di contratto, il suo contenuto è soggetto al controllo giudiziario ai sensi dell'articolo 307 del codice civile (BGB). In base ad esso, la clausola di un contratto non è valida qualora rechi ingiustificatamente svantaggio alla controparte del contraente che l'ha fissata. In questo contesto, dovrebbe essere verificato soprattutto se la procedura è corretta e equilibrata e se sia sensato per il contraente attenersi alla clausola o adire direttamente il giudice. Occorre inoltre considerare che ai sensi dell'allegato 1, lettera q), della direttiva 93/13/CE, una clausola è ingiustificatamente pregiudizievole, quando sopprime o limita l'esercizio di azioni legali o vie di ricorso del consumatore.

¹⁵ Art. 1 § 7 (2) *Mediationsgesetz*.

extraprocessuale o con la prospettazione di procedere con questi strumenti negli atti introduttivi del giudizio o ancora con l'accettazione dell'invito del giudice a perseguire la via degli strumenti alternativi; e ciò vale sia per il primo grado sia per l'appello nei tribunali dei *Länder*¹⁶. E la stessa provvidenza sussiste anche per il processo della famiglia¹⁷.

Praticamente in ogni tipo di processo (compreso quello a quella dei marchi¹⁸ e brevetti¹⁹) ad eccezione di quello penale²⁰, viene data la possibilità di rimettere le parti davanti ad un conciliatore di giustizia (*Güterichter*) che è un giudice non investito di poteri decisionali sul caso che può utilizzare od agevolare il mezzo di ADR meglio visto per comporre la lite, al di fuori dell'arbitrato.

La figura non è nuova all'ordinamento tedesco, ma comunque la tendenza appare quella di un avvicinamento al modello statunitense (in particolare a quello californiano ove abbiamo il *Referee* che opera in modo analogo).

Detto questo sulle politiche di favore si può aggiungere qui che le procedure più utilizzate in Germania per la composizione alternativa delle controversie sono sicuramente da individuare nell'arbitrato, nella conciliazione e nella mediazione.

Questi strumenti, che possono integrarsi reciprocamente, hanno caratteristiche diverse.

La mediazione in particolare è facilitativa pura e pertanto si distingue nettamente sia dalla conciliazione, sia dall'arbitrato che è un mezzo aggiudicativo.

Sino all'emanazione della *Mediationsgesetz* si era in presenza di una mediazione soltanto se durante la procedura sussistesse una posizione di indipendenza e neutralità del mediatore che non poteva imporre una soluzione alle parti le quali dovevano elaborarla di comune accordo.

¹⁶ Articolo 7 della legge sulla promozione della mediazione e di altri metodi stragiudiziali di risoluzione delle controversie

¹⁷ Articolo 7a della legge sulla promozione della mediazione e di altri metodi stragiudiziali di risoluzione delle controversie

¹⁸ § 82 punto 1 comma 1 Trademark.

¹⁹ § 99 punto 1 della legge sui brevetti.

²⁰ <http://www.gueterichter-forum.de/gueterichter-konzept/>

In Germania la mediazione penale svolge un ruolo marginale, almeno rispetto ad altri paesi europei come ad esempio la Svezia. Con riferimento agli adulti ha preso campo dal 1994 quando è stato introdotto nel codice penale il § 46b che regola quella che i tedeschi chiamano compensazione autore-vittima ("*Täter-Opfer-Ausgleich*", TOA).

Tale impostazione perdura anche per il testo di legge attuale²¹.

Il Ministero peraltro crede da ultimo anche nella co-mediazione e dunque in una pluralità di soggetti con le caratteristiche predette, ma con differenti compiti all'interno della procedura²².

A differenza del giudice o dell'arbitro il mediatore non ha, infatti, alcun potere decisionale, né propone direttamente soluzioni come potrebbe fare il conciliatore.

Il mediatore tedesco agevola la comunicazione e fornisce semplicemente sostegno durante le trattative e il raggiungimento dell'accordo.

La mediazione è inoltre in linea di massima facoltativa, mentre la conciliazione preventiva può essere condizione di procedibilità quando il *Land* abbia deciso di attuare la legge federale in tal senso e anche il Codice di rito prevede che si debba celebrare una conciliazione obbligatoria (per le parti) preventiva.

Vi possono essere sessioni informative obbligatorie, ma non vere e proprie mediazioni.

La mediazione è oggi permessa ogniqualvolta le parti siano autorizzate a ricorrere a metodi di risoluzione stragiudiziale delle controversie e dei conflitti²³.

Sino alla fine degli anni '90 solo l'arbitrato aveva spazio tra gli strumenti alternativi e la procedura di ordine negoziato era confinata alla materia ambientale²⁴ e al divorzio²⁵.

Ancora oggi peraltro nella Repubblica federale di Germania le procedure di mediazione sono utilizzate in casi che investono il diritto pubblico o in procedimenti amministrativi, in particolare nell'ambito del diritto ambientale²⁶.

²¹ Nel sito del Ministero della Giustizia v. la presentazione della mediazione all'indirizzo:

http://www.bmj.de/DE/Recht/Rechtspflege/MediationSchlichtungInternationaleKonflikteKindschaftssachen/_doc/mediation_was_ist_das.html?nn=1469876

²²

http://www.bmj.de/DE/Recht/Rechtspflege/MediationSchlichtungInternationaleKonflikteKindschaftssachen/_doc/mediation_was_ist_das.html?nn=1469876

²³ https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-de-it.do?member=1

²⁴ V. http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ger_it.htm

²⁵ La soppressione (nel 1977) del principio di colpa nel procedimento di divorzio e il riconoscimento (dal 1982) della responsabilità congiunta hanno permesso di creare i presupposti fondamentali per ricorrere alla mediazione come strumento per raggiungere, in caso di separazione o divorzio, un accordo comune sotto la responsabilità di entrambe le parti.

²⁶ Pianificazione del territorio, approvazione di progetti e procedure di autorizzazione.

L'obiettivo è ottimizzare la cooperazione e conferire maggiore flessibilità ai procedimenti amministrativi grazie a soluzioni concertate.

La complessità crescente dei temi di molte decisioni amministrative costituisce un campo di applicazione idoneo per la mediazione, dato che questa permette di considerare diversi fattori influenti e vari aspetti pluridimensionali.

Negli ultimi decenni però le cose sono progressivamente cambiate, svariati sono stati i settori di utilizzo: diritto successorio²⁷, commerciale, civile²⁸, diritto edilizio e delle costruzioni dei grandi impianti, pubblica amministrazione (mediazione ambientale), diritto penale in relazione al risarcimento autore-vittima, conflitti scolastici, conflitti politici²⁹, conflitti tra partner commerciali, specie nelle ipotesi di controversie transfrontaliere.

La mediazione non veniva invece frequentemente utilizzata nel settore del lavoro ove si praticava soprattutto la conciliazione.

La legge sulla promozione della mediazione e di altri metodi stragiudiziali di risoluzione delle controversie³⁰ - in cui la *Mediationsgesetz* occupa solo un articolo - conferma alcuni settori di influenza (famiglia, P.A.) ed estende l'applicazione dei metodi alternativi al processo³¹, alla materia del lavoro³², si osserva davanti ai tribunali sociali³³ e alle Commissioni tributarie³⁴.

La mediazione è un servizio a pagamento. L'onorario del mediatore è soggetto a un accordo stipulato tra quest'ultimo e le parti interessate.

Non esiste una norma che disciplina le tariffe del servizio di mediazione, né vi sono statistiche sulle spese ad esso correlate.

Si considera realistico un costo orario compreso tra 80 e 250 euro³⁵: perdura pertanto la situazione dell'istituto antecedente alla *Mediationsgesetz*.

Ciò vale, in particolare, laddove sono in gioco non solo gli interessi dei singoli ma anche quelli della collettività, come nel caso della pianificazione. http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ger_it.htm

²⁷ Cfr. § 363 FamFG

§ 363Antrag

(1) Bei mehreren Erben hat das Gericht auf Antrag die Auseinandersetzung des Nachlasses zwischen den Beteiligten zu vermitteln; das gilt nicht, wenn ein zur Auseinandersetzung berechtigter Testamentsvollstrecker vorhanden ist.

(2) Antragsberechtigt ist jeder Miterbe, der Erwerber eines Erbteils sowie derjenige, welchem ein Pfandrecht oder ein Nießbrauch an einem Erbteil zusteht.

(3) In dem Antrag sollen die Beteiligten und die Teilungsmasse bezeichnet werden.

²⁸ Rapporti di vicinato, leasing, diritto dei consumatori.

²⁹ Cfr. <http://www.bmj.de>.

³⁰ Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung.

³¹ Codice di procedura civile § 278 comma 5, § 159, comma 2, alinea 2.

³² § 54 comma 6 e 54a ArbGG.

³³ § 202 c.1 SGG.

³⁴ § 155 c. 1 FGO.

³⁵ https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-de-it.do?member=1

In linea di massima è possibile l'esecuzione di un accordo frutto di una mediazione attraverso l'intervento di un avvocato³⁶ o di un di un notaio³⁷³⁸: anche questa scelta faceva già parte dell'ordinamento antecedente alla modifica del 2012.

Non esiste in Germania un profilo professionale del mediatore e non ci sono limitazioni all'accesso. Non sono necessari un'età minima né una formazione con diploma di laurea.

Al momento in Germania lavorano come mediatori soprattutto i seguenti soggetti: psicologi, sociologi, laureati in scienze sociali/assistenti sociali, avvocati, notai, giudici³⁹, economisti, commercialisti, laureati in scienza della comunicazione, ingegneri, laureati in scienze politiche, educatori e persino i teologi⁴⁰.

Il mediatore deve assicurare sotto la propria responsabilità, tramite un'adeguata formazione e l'aggiornamento professionale, di disporre delle conoscenze ed esperienza necessarie per poter orientare con sicurezza le parti durante la mediazione⁴¹.

Secondo la legge una formazione iniziale adeguata dovrebbe fornire la conoscenza: 1) dei principi fondamentali della mediazione, del suo procedimento e della cornice in cui si

³⁶ § 796a c. 1 ZPO.

§ 796a

Voraussetzungen für die Vollstreckbarerklärung des Anwaltsvergleichs

(1) Ein von Rechtsanwälten im Namen und mit Vollmacht der von ihnen vertretenen Parteien abgeschlossener Vergleich wird auf Antrag einer Partei für vollstreckbar erklärt, wenn sich der Schuldner darin der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat und der Vergleich unter Angabe des Tages seines Zustandekommens bei einem Amtsgericht niedergelegt ist, bei dem eine der Parteien zur Zeit des Vergleichsabschlusses ihren allgemeinen Gerichtsstand hat.

³⁷ § 796c ZPO.

§ 796c

Vollstreckbarerklärung durch einen Notar

(1) Mit Zustimmung der Parteien kann ein Vergleich ferner von einem Notar, der seinen Amtssitz im Bezirk eines nach § 796a Abs. 1 zuständigen Gerichts hat, in Verwahrung genommen und für vollstreckbar erklärt werden. Die §§ 796a und 796b gelten entsprechend.

(2) Lehnt der Notar die Vollstreckbarerklärung ab, ist dies zu begründen. Die Ablehnung durch den Notar kann mit dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung bei dem nach § 796b Abs. 1 zuständigen Gericht angefochten werden.

³⁸ Articolo 794, comma 1, punto 5 ZPO.

5. aus Urkunden, die von einem deutschen Gericht oder von einem deutschen Notar innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind, sofern die Urkunde über einen Anspruch errichtet ist, der einer vergleichweisen Regelung zugänglich, nicht auf Abgabe einer Willenserklärung gerichtet ist und nicht den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum betrifft, und der Schuldner sich in der Urkunde wegen des zu bezeichnenden Anspruchs der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat;

³⁹ Se non giudicano quella data controversia o se sono stati autorizzati a lavorare fuori dalla loro sede giudiziaria.

⁴⁰

http://www.bmj.de/DE/Recht/Rechtspflege/MediationSchlichtungInternationaleKonflikteKindschaftssachen/_doc/mediation_was_ist_das.html?nn=1469876

⁴¹ https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-de-it.do?member=1

muovono 2) della negoziazione e delle tecniche di comunicazione, 3) della gestione dei conflitti, 4) della legge di mediazione e del ruolo del diritto nella mediazione. A tutto ciò si devono aggiungere esercitazioni pratiche, giochi di ruolo e di supervisione⁴².

Chiunque soddisfi queste condizioni - che allo stato sono appunto enunciate dalla legge, ma non regolamentate nel dettaglio dall'ordinanza che dovrebbe essere emanata dal Ministro della Giustizia Federale - può esercitare la professione di mediatore.

Una persona può essere poi autorizzata a definirsi mediatore certificato se ha completato la formazione e soddisfa i requisiti dell'ordinanza⁴³ che appunto non è stata ancora emanata e che riguarda anche la formazione successiva.

La formazione alla professione di mediatore è fornita da associazioni, organizzazioni, università, imprese e da singole persone fisiche.

⁴² Art. 1 § 5 (1) *Mediationgesetz*

Eine geeignete Ausbildung soll insbesondere vermitteln:

1. Kenntnisse über Grundlagen der Mediation sowie deren Ablauf und Rahmenbedingungen,
2. Verhandlungs- und Kommunikationstechniken,
3. Konfliktkompetenz,
4. Kenntnisse über das Recht der Mediation sowie über die Rolle des Rechts in der Mediation sowie
5. praktische Übungen, Rollenspiele und Supervision.

La norma costituisce aggiunta dell'ultimo progetto in tema.

⁴³ Art. 1 § 5 (2)

(2) Als zertifizierter Mediator darf sich bezeichnen, wer eine Ausbildung zum Mediator abgeschlossen hat, die den Anforderungen der Rechtsverordnung nach § 6 entspricht.

2. L'arbitrato in Germania

In materia di arbitrato⁴⁴ possiamo rilevare che la Germania è membro della Convenzione di New York del 1958 e che nel 1998 ha adottato il modello UNCITRAL sull'arbitrato commerciale internazionale del 1985, così come del resto hanno fatto oltre cinquanta paesi. Le disposizioni normative sull'arbitrato trovano sede nel decimo libro del Codice di procedura civile⁴⁵, ma ve ne sono un paio anche nel Codice civile⁴⁶.

L'utilizzo dello strumento dipende da un accordo tra le parti per sottoporre ad arbitrato tutte o talune controversie che sono sorte o che possono sorgere tra di loro con riferimento ad un rapporto definito legale, contrattuale o meno che sia⁴⁷.

La prescrizione resta sospesa dall'inizio del procedimento di arbitrato⁴⁸.

La convenzione di arbitrato può consistere in un accordo separato ("convenzione d'arbitrato separata") oppure in una clausola inserita in un contratto ("clausola compromissoria")⁴⁹.

Ogni pretesa che involge un interesse economico può essere oggetto di arbitrato. Se la questione non involge un interesse economico l'arbitrato è possibile nella misura in cui lo sarebbe una transazione⁵⁰.

Un arbitrato che però riguardasse l'esistenza di un contratto di locazione di un immobile residenziale in Germania sarebbe considerato nullo⁵¹.

In tema di rapporti familiari vi è un controllo del Giudice della famiglia laddove il valore dell'accordo o dell'accordo arbitrale sia superiore a 3000 € a meno che non sia stato lo stesso Giudice a sollecitarlo per iscritto⁵².

⁴⁴ L'istituzione arbitrale più importante è la *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit* (DIS) che peraltro ha anche regole arbitrali sue proprie. Il sito è fornitissimo di pubblicazioni in materia seppure a pagamento e consente di calcolare online quelli che sono i costi di un eventuale arbitrato. Cfr. <http://www.dis-arb.de/de/> Per un primo approccio all'arbitrato si consiglia la lettura di P. K. WAGNER, *Arbitration in Germany*, in NYSBA International Law Practicum, Autunno 2010, vol 28, n. 2, p. 105 e ss.

⁴⁵ Artt. 1025-1066

⁴⁶ Articoli 249 e 1822 BGB.

⁴⁷ Art. 1029 c. 1 ZPO.

⁴⁸ Art. 249 n. 11 BGB.

⁴⁹ Art. 1029 c. 2 ZPO.

⁵⁰ Art. 1030 c. 1 ZPO.

⁵¹ Art. 1030 c. 2 ZPO.

⁵² Art. 1822 n. 12 BGB.

Se l'accordo arbitrale riguarda come parte un consumatore deve essere sottoscritto dalle parti personalmente. La forma scritta può essere sostituita da quella elettronica a sensi di legge⁵³.

Il giudice che si trovasse davanti un accordo di arbitrato dovrebbe dichiarare il ricorso giudiziario inammissibile a meno che l'accordo di arbitrato non fosse nullo, inoperante o ineseguibile⁵⁴.

Prima che sia costituito il collegio arbitrale si può tuttavia ricorrere al tribunale per verificare se l'arbitrato sia ammissibile⁵⁵.

Sono inoltre salvi i provvedimenti cautelari che la Corte dovesse prendere su richiesta delle parti durante la procedura arbitrale⁵⁶.

Le parti sono libere di determinare il numero degli arbitri.

In mancanza di tale determinazione, il numero di arbitri saranno tre.

Nel caso in cui la procedura di nomina comportasse dei diritti per una parte sulla composizione arbitrale che si traducevano in svantaggi per l'altra, la parte svantaggiata potrebbe chiedere alla Corte, entro due settimane dalla costituzione del collegio arbitrale, di effettuare la nomina stessa⁵⁷.

Le parti sono libere di concordare la procedura di nomina degli arbitri o dell'arbitro⁵⁸.

La nomina per una parte diviene vincolante nel momento in cui viene notificata all'altra⁵⁹.

Se le parti non si accordano sulla procedura è possibile che su richiesta di una parte sia la Corte a nominare un arbitro unico.

In un arbitrato con tre arbitri, ciascuna parte nomina un arbitro e i due arbitri così designati nominano il terzo che fungerà da presidente del tribunale arbitrale.

Se una parte non riesce a nominare l'arbitro entro un mese dalla ricezione di una richiesta in tal senso dall'altra parte, o se i due arbitri non riescono ad accordarsi sul terzo entro un mese dalla loro nomina, la nomina è effettuata, su richiesta di una parte, da parte della Corte⁶⁰.

⁵³ Art. 1031 c. 5 ZPO.

⁵⁴ Art. 1032 c. 1 ZPO

⁵⁵ Art. 1032 c. 2 ZPO.

⁵⁶ Art. 1033 ZPO.

⁵⁷ Art. 1034 c. 1 e 2 ZPO.

⁵⁸ Art. 1035 c. 1 ZPO.

⁵⁹ Art. 1035 c. 2 ZPO.

⁶⁰ Art. 1035 c. 3 ZPO.

La Corte quando nomina un arbitro deve tenere nella dovuta considerazione le qualifiche richieste dalla convenzione arbitrale, e prendere quelle determinazioni che sono intese a garantire che l'arbitro nominato sia indipendente e imparziale.

Nel caso di un solo arbitro o del terzo arbitro, il giudice tiene conto anche dell'opportunità di nominare un arbitro di nazionalità diversa da quella delle parti⁶¹.

Salvo diverso accordo tra le parti, il tribunale arbitrale può, su richiesta di parte, ordinare le misure cautelari che ritenga necessarie in relazione all'oggetto della controversia.

Il tribunale arbitrale peraltro può chiedere alle parti una congrua garanzia in relazione a tale provvedimento⁶².

Il Tribunale, su richiesta di una parte, può autorizzare l'esecuzione di una misura cautelare disposta dal tribunale arbitrale, salvo che non sia stata già emessa dal Tribunale stesso una misura corrispondente.

Il Tribunale può anche riformulare, se necessario, il provvedimento del tribunale arbitrale, al fine di renderlo eseguibile⁶³.

Il Tribunale può infine anche annullare o modificare il provvedimento del tribunale arbitrale⁶⁴.

Si tenga poi conto che se una misura cautelare ordinata dal tribunale arbitrale risulti essere stata ingiustificata fin dall'inizio, la parte che ne ha ottenuto l'esecuzione è obbligata a risarcire l'altra per i danni derivanti dalla applicazione di tale misura o a garantire che l'esecuzione non venga posta in essere.

Il reclamo in merito alla misura cautelare ingiustificata può essere presentato nello stesso procedimento arbitrale pendente⁶⁵.

Il processo arbitrale inizia nel momento in cui la richiesta di sottoposizione di una controversia ad arbitrato è ricevuta dal convenuto.

La richiesta di arbitrato deve contenere i nomi delle parti, l'oggetto della controversia e il riferimento alla convenzione arbitrale⁶⁶.

⁶¹ Art. 1035 c. 5 ZPO.

⁶² Art. 1041 c. 1 ZPO.

⁶³ Art. 1041 c. 2 ZPO.

⁶⁴ Art. 1041 c. 3 ZPO.

⁶⁵ Art. 1041 c. 4 ZPO.

⁶⁶ Art. 1044 ZPO

Le parti sono libere di concordare la sede dell'arbitrato. In mancanza di accordo, il luogo dell'arbitrato sarà stabilito dal tribunale arbitrale tenendo conto delle circostanze del caso, compresa la convenienza delle parti⁶⁷.

Nel processo arbitrale le parti vanno trattate in modo paritario e a ciascuna parte deve essere data una piena opportunità di presentare il suo caso⁶⁸.

Non può essere loro precluso di avere come rappresentanti autorizzati dei consulenti⁶⁹.

Salvo diverso accordo, ciascuna parte può modificare o completare le sue affermazioni o le difese nel corso del procedimento arbitrale, sino a che il tribunale arbitrale lo ritenga opportuno, avuto riguardo alla sufficienza della giustificazione per il ritardo⁷⁰.

Le parti possono ancora decidere se si tengano udienze o se la procedura sia soltanto documentale⁷¹.

In ogni caso tutte le dichiarazioni, i documenti o altre informazioni fornite al tribunale arbitrale da una parte vengono comunicate all'altra parte.

Inoltre, qualsiasi perizia o documento probatorio su cui il tribunale arbitrale possa contare nel prendere la sua decisione deve essere comunicata ad entrambe le parti⁷².

Se l'attore non riesce a comunicare il suo atto introduttivo l'arbitrato si chiude⁷³.

Se è invece il convenuto a non poter comunicare le sue prime difese il tribunale arbitrale deve continuare il procedimento, senza considerare il difetto come se fosse un'ammissione delle pretese dell'attore⁷⁴.

Se una delle parti non compare nel corso di un'audizione orale o non produce i documenti entro il termine assegnato, il tribunale arbitrale può continuare il procedimento e rendere il lodo sulla base delle prove a sua disposizione⁷⁵.

Il tribunale arbitrale decide la disputa secondo la legge che è stata scelta dalle parti come applicabile alla sostanza della disputa⁷⁶.

⁶⁷ Art. 1043 c. 1 ZPO.

⁶⁸ Art. 1042 c. 1 ZPO.

⁶⁹ Art. 1042 c. 2 ZPO.

⁷⁰ Art. 1046 v. 2 ZPO.

⁷¹ Art. 1047 c. 1 ZPO.

⁷² Art. 1047 c. 3 ZPO.

⁷³ Art. 1048 c. 1 ZPO.

⁷⁴ Art. 1048 c. 2 ZPO.

⁷⁵ Art. 1048 c. 3 ZPO.

⁷⁶ Art. 1051 c. 1 ZPO.

In mancanza di indicazione delle parti, il tribunale arbitrale applica la legge dello Stato con la quale l'oggetto del procedimento ha il collegamento più stretto⁷⁷.

Il tribunale arbitrale decide secondo equità o come amichevole compositore solo se le parti lo hanno espressamente autorizzato a farlo. Le parti peraltro hanno la facoltà di autorizzare il tribunale arbitrale a decidere secondo equità fino al momento della sua decisione⁷⁸.

In tutti i casi, il tribunale arbitrale decide in conformità dei termini contrattuali e deve tener conto anche degli usi del commercio applicabili⁷⁹.

Se, durante il procedimento arbitrale, le parti si accordano il tribunale arbitrale deve chiudere il procedimento.

Se richiesto dalle parti, il tribunale arbitrale è tenuto ad incorporare l'accordo nel lodo arbitrale, a meno che i contenuti dell'accordo non siano in violazione dei principi di ordine pubblico⁸⁰.

Il lodo deve indicare le ragioni su cui si basa, a meno che le parti convengano che non debba essere motivato o si tratti di un lodo che ha recepito l'accordo delle parti⁸¹.

Il lodo arbitrale ha tra le parti gli stessi effetti di una decisione giudiziaria definitiva e vincolante⁸².

Il tribunale arbitrale può emettere però anche un'ordinanza di chiusura se le parti non riescono a portare avanti l'arbitrato o ne richiedono la chiusura⁸³.

Le parti possono ancora chiedere entro un mese dalla ricezione del lodo una sua correzione⁸⁴ o una sua interpretazione ovvero un lodo supplementare nel caso in cui il primo non abbia pronunciato su domande che erano state formulate dalle parti⁸⁵.

Il ricorso al Tribunale contro il lodo arbitrale, da esperirsi entro tre mesi dalla ricezione del lodo, può essere esperito solo per l'annullamento che può essere chiesto ad esempio per violazione della legge sostanziale adottata per la decisione, perché il lodo ha pronunciato al di là delle domande o ancora perché non è stato ritualmente costituito il

⁷⁷ Art. 1051 c. 2 ZPO.

⁷⁸ Art. 1051 c. 3 ZPO.

⁷⁹ Art. 1051 c. 4 ZPO.

⁸⁰ Art. 1053 c. 1 ZPO.

⁸¹ Art. 1054 c. 2 ZPO.

⁸² Art. 1055 ZPO.

⁸³ Art. 1056 ZPO.

⁸⁴ Può essere fatta anche ex officio dal tribunale arbitrale (Art. 1058 c. 4 ZPO).

⁸⁵ Art. 1058 ZPO.

collegio arbitrale, vi è una pronuncia della Corte che ha ritenuto la questione insuscettibile di arbitrato a sensi della legge tedesca, il lodo contrasta con l'ordine pubblico⁸⁶.

⁸⁶ Art. 1059 ZPO.

3. La conciliazione di cui al § 15a EGZPO

Per parlare di conciliazione extragiudiziale per comporre amichevolmente la controversia⁸⁷ sul territorio federato si è dovuto attendere sino al 1999 quando una norma federale⁸⁸ ha influito su quella dei singoli *länder* (le nostre regioni) nel senso che li ha autorizzati ad imporre un tentativo di composizione amichevole che fosse accettato di fronte all'amministrazione giudiziaria locale⁸⁹.

A partire dal 1999 pertanto i singoli *Länder* hanno potuto a loro volta utilizzare il tentativo per comporre amichevolmente le controversie.

L'attuale testo del § 15a EGZPO stabilisce che il diritto di un *Land* può prevedere che il ricorso giudiziario sia ricevibile solo dopo che sia stato esperito un tentativo di conciliazione davanti ad un organismo istituito o riconosciuto per tenere i componimenti amichevoli dal competente Ufficio dell'Amministrazione giudiziaria del *Land*:

- 1) per le controversie di competenza del giudice distrettuale quando la domanda non supera i 750 euro in denaro o in beni valutabili in denaro⁹⁰,
- 2) in alcuni casi che rientrano nell'ambito del diritto di vicinato (immissioni, sporgenza di alberi, raccolta di frutti, distanze tra le costruzioni)⁹¹, a meno che non si tratti di operazioni commerciali,
- 3) in materia di diffamazione non attraverso *media*⁹²,
- 4) sui crediti di cui al § 3 della legge generale sulla parità di trattamento⁹³ (si tratta dei casi di discriminazione diretta, indiretta, molestia e molestia sessuale).

⁸⁷ *Die Streitigkeit einvernehmlich beizulegen.*

⁸⁸ Articolo 15a della legge relativa all'introduzione del codice di procedura civile (*Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung, EGZPO*). <http://dejure.org/gesetze/EGZPO/15a.html>

⁸⁹ Cfr. F. CUOMO ULLOA, *LA CONCILIAZIONE*, *op. cit.*, p. 146-147.

⁹⁰ 1. in vermögensrechtlichen Streitigkeiten vor dem Amtsgericht über Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswert die Summe von 750 Euro nicht übersteigt,

⁹¹ 2. in Streitigkeiten über Ansprüche aus dem Nachbarrecht nach den §§ 910, 911, 923 des Bürgerlichen Gesetzbuchs und nach § 906 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sowie nach den landesgesetzlichen Vorschriften im Sinne des Artikels 124 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche, sofern es sich nicht um Einwirkungen von einem gewerblichen Betrieb handelt,"

⁹² 3. in Streitigkeiten über Ansprüche wegen Verletzung der persönlichen Ehre, die nicht in Presse oder Rundfunk gegangen worden sind,

⁹³ 4. in Streitigkeiten über Ansprüche nach Abschnitt 3 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes.

Il ricorrente deve allegare alla domanda giudiziale un certificato che attesti l'insuccesso del tentativo. Questo certificato gli è rilasciato, a richiesta, anche se la procedura non è stata effettuata entro il termine di tre mesi⁹⁴.

Ai sensi dell'articolo 15a, comma 2 EGZPO, non è obbligatorio ricorrere alla procedura di conciliazione in caso di:

- azioni di modificazione (di una decisione o di un accordo su prestazioni ricorrenti o future), azioni di domanda complementare a titolo di garanzia, azioni di riconoscimento di sentenze straniere, domande riconvenzionali e azioni da proporre entro un termine fissato dalla legge o da un giudice,
- nuovo processo,
- diritti rivendicati in un procedimento documentale o cambiario,
- esecuzione del procedimento in contraddittorio, quando viene rivendicato un diritto nell'ambito di un procedimento di ingiunzione di pagamento, e
- azioni per provvedimenti giurisdizionali aventi efficacia esecutiva.

Non è poi obbligatorio ricorrere a una procedura di conciliazione, quando le parti non risiedono o non hanno la propria sede o stabilimento nello stesso *Land*⁹⁵.

Non è parimenti obbligatorio ricorrere al tentativo quando le parti hanno già provato a trovare un accordo davanti ad altra autorità. In particolare se trattasi di contatto con Camera di Commercio o di altra organizzazione industriale deputata al tentativo, che si occupino del componimento in ambito commerciale⁹⁶.

⁹⁴ Der Kläger hat eine von der Gütestelle ausgestellte Bescheinigung über einen erfolglosen Einigungsversuch mit der Klage einzureichen. Diese Bescheinigung ist ihm auf Antrag auch auszustellen, wenn binnen einer Frist von drei Monaten das von ihm beantragte Einigungsverfahren nicht durchgeführt worden ist.

⁹⁵ (2) Absatz 1 findet keine Anwendung auf

1. Klagen nach den §§ 323, 323a, 324, 328 der Zivilprozessordnung, Widerklagen und Klagen, die binnen einer gesetzlichen oder gerichtlich angeordneten Frist zu erheben sind,
2. (weggefallen)
3. Wiederaufnahmeverfahren,
4. Ansprüche, die im Urkunden- oder Wechselprozess geltend gemacht werden,
5. die Durchführung des streitigen Verfahrens, wenn ein Anspruch im Mahnverfahren geltend gemacht worden ist,
6. Klagen wegen vollstreckungsrechtlicher Maßnahmen, insbesondere nach dem Achten Buch der Zivilprozessordnung.

Das gleiche gilt, wenn die Parteien nicht in demselben Land wohnen oder ihren Sitz oder eine Niederlassung haben.

⁹⁶ (3) Das Erfordernis eines Einigungsversuchs vor einer von der Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle entfällt, wenn die Parteien einvernehmlich einen Einigungsversuch vor einer sonstigen Gütestelle, die Streitbeilegungen betreibt, unternommen haben. Das Einvernehmen nach Satz 1

Per quanto riguarda i costi delle procedure di conciliazione extragiudiziali obbligatorie, la disposizione quadro dell'articolo 15a, comma 4 EGZPO prevede che le spese relative agli organismi di conciliazione siano da considerarsi parti delle spese della successiva azione giudiziaria ai sensi dell'articolo 91 ZPO.

Pertanto, qualora la procedura di conciliazione non abbia esito positivo e ad essa faccia seguito un procedimento giudiziario, tali spese saranno a carico della parte soccombente.

Le parti in lite possono ottenere il gratuito patrocinio per la consulenza legale nell'ambito di una procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie, se sussistono le seguenti condizioni: il soggetto richiedente non dispone delle risorse sufficienti in base alla propria situazione personale ed economica; non esiste altra possibilità di assistenza accettabile; la tutela del diritto che si vuole riconosciuto non è ingiustificata⁹⁷.

Abbiamo visto che tale tipo di amichevole componimento può essere condizione di procedibilità a discrezione dei *Länder*.

Risulta allo scrivente che ben 10 su 16 Länder hanno previsto l'obbligo di effettuare sul loro territorio un tentativo di conciliazione extragiudiziale come condizione di procedibilità di un'azione giudiziaria: Baden-Württemberg⁹⁸, Baviera⁹⁹, Brandeburgo, Assia¹⁰⁰, Renania settentrionale-Vestfalia¹⁰¹, Saarland¹⁰², Sassonia-Anhalt¹⁰³, Schleswig-Holstein¹⁰⁴, Berlino¹⁰⁵, Bassa Sassonia¹⁰⁶.

wird unwiderleglich vermutet, wenn der Verbraucher eine branchengebundene Gütestelle, eine Gütestelle der Industrie- und Handelskammer, der Handwerkskammer oder der Innung angerufen hat. Absatz 1 Satz 2 gilt entsprechend.

⁹⁷ Articolo 1 della legge relativa al patrocinio gratuito per consulenze e rappresentanza dei cittadini con basso reddito - *Beratungshilfegesetz*.

⁹⁸ La legge si può rinvenire in <http://dejure.org/gesetze/SchlG>

⁹⁹ Bayerisches Gesetz zur obligatorischen außergerichtlichen Streitschlichtung in Zivilsachen und zur Änderung gerichtsverfassungsrechtlicher Vorschriften (Bayerisches Schlichtungsgesetz - BaySchlG) Vom 25. April 2000. In <http://www.gesetze-bayern.de/jportal/portal/page/bsbayprod.psml?showdoccase=1&doc.id=jlr-SchlichtGBY2000rahmen&doc.part=X>

http://www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj_internet/ministerium/ministerium/gesetzgebung/schlichtung.pdf

¹⁰⁰ <http://www.frankfurt-main.ihk.de/recht/themen/streitbeilegung/schlichtungsgesetz/>

¹⁰¹ <http://www.rechtsanwaltskammer-duesseldorf.de/assets/Uploads/Rechtssetzung/Gesetze/Archiv/Gesetz+zur+Änderung+des+Gesetzes+zur+Ausföhrung+von.pdf>

¹⁰² http://www.lexsoft.de/cgi-bin/lexsoft/justizportal_nrw.cgi?t=136681267948498032&sessionID=1004593175305843850&templateID=document&source=lawnavi&chosenIndex=Dummy_nv_68&xid=186059,

¹⁰³ http://www.lexsoft.de/cgi-bin/lexsoft/justizportal_nrw.cgi?xid=175191,45,20081210

¹⁰⁴ http://www.ag-otw.saarland.de/10713_10789.htm
http://www.schiedsam.de/fileadmin/schiedsamtszeitungsarchiv/2002/Heft08/2002_08_S%20165-179.pdf

Con legge del *Land* si possono, infatti, istituire organismi di composizione delle controversie ai sensi dell'art. 15a EGZPO¹⁰⁷.

In ogni *Land* tuttavia il tentativo può assumere caratteristiche differenti.

I *Länder* con propria legge, possono, infatti, limitare il campo di applicazione del § 15a, comma 1 EGZPO, aumentando i casi particolari di esclusione di cui all'articolo 15a, comma 2 EGZPO.

Una volta che la legge è adottata dal *Land* non si applica più il § 15a EGZPO, nel senso che vale la normativa del singolo *Land*.

Riferiamo qui sommariamente la situazione della Baviera che ha seguito alla lettera la legge federale¹⁰⁸.

Coloro che partecipano al tentativo devono essere residenti o almeno domiciliati nel *Land*¹⁰⁹.

Il tentativo in questo *land* può essere condotto solo da notai od avvocati o da altri soggetti (Camere di Commercio, Imprese industriali, Consiglio dell'Ordine degli avvocati)¹¹⁰ che devono però rispettare certe condizioni¹¹¹.

La domanda viene presentata direttamente agli avvocati, notai o agli altri soggetti abilitati a riceverla e al momento del deposito viene versato un acconto¹¹².

Se la procedura termina senza che una parte si presenti al conciliatore spettano 50 €, se conduce il tentativo 100 €¹¹³

È possibile fruire del gratuito patrocinio¹¹⁴.

¹⁰⁵ http://baer.rewi.hu-berlin.de/w/files/ls_vl_verfr/fohlen_verfahrens_060123.pdf

¹⁰⁶ <http://www.mediationslupe.de/aktuell/obligatorische-streitschlichtung-in-niedersachsen-161>

¹⁰⁷ (6) Gütestellen im Sinne dieser Bestimmung können auch durch Landesrecht anerkannt werden. Die vor diesen Gütestellen geschlossenen Vergleiche gelten als Vergleiche im Sinne des § 794 Abs. 1 Nr. 1 der Zivilprozessordnung.

¹⁰⁸ Bayerisches Gesetz zur obligatorischen außergerichtlichen Streitschlichtung in Zivilsachen und zur Änderung gerichtsverfassungsrechtlicher Vorschriften (Bayerisches Schlichtungsgesetz - BaySchlG) Vom 25. April 2000. In <http://www.gesetze-bayern.de/jportal/portal/page/bsbayprod.psml?showdoccase=1&doc.id=jlr-SchlichtGBY2000rahmen&doc.part=X>

La legge ha subito modifiche nel 2005, 2007, 2008, 2011 e 2013 ed è attualmente in vigore. Cfr. http://www.rechtliches.de/bayern/info_BaySchlG.html

¹⁰⁹ Art. 2.

¹¹⁰ Art. 3.

¹¹¹ Neutralità, imparzialità stabilità e l'utilizzo di una particolare procedura le cui linee erano strutturate in una guida.

¹¹² Art. 10.

¹¹³ Art. 13.

¹¹⁴ Art. 15.

La conciliazione è qui una procedura riservata a cui le parti devono partecipare personalmente anche se possono essere rappresentate da persona che sia a conoscenza dei fatti¹¹⁵.

Se non compare la parte richiedente la domanda si considera ritirata; se non compare il chiamato senza un valido motivo, il richiedente ha diritto ad ottenere una certificazione di fallita conciliazione entro 14 giorni¹¹⁶. Il certificato di fallita conciliazione è necessario per iniziare il giudizio.

Testimoni e periti possono introdursi in conciliazione se il richiedente sostiene le spese¹¹⁷.

È ammessa la presenza dei legali delle parti, ma anche di altri accompagnatori¹¹⁸.

In Germania esiste anche la conciliazione preventiva volontaria, ma data la grande varietà di regolamenti procedurali, si possono fornire soltanto alcune indicazioni generali.

Di regola, l'organo di conciliazione è adito da una parte e, in genere, è necessario il consenso dell'altra parte.

Ha luogo quindi un'audizione delle parti, che talvolta sono tenute a essere presenti personalmente senza poter farsi rappresentare.

È sempre prevista la possibilità di farsi assistere da un legale.

I costi della procedura in linea di principio sono a carico del richiedente, tuttavia l'accordo a cui si giunge con la conclusione della procedura può stabilire diversamente.

Alcuni regolamenti procedurali prevedono l'obbligo per il convenuto di farsi carico delle spese qualora questo sia ingiustificatamente rimasto assente all'udienza.

¹¹⁵ Art. 11.

¹¹⁶ Art. 11 c. 4.

¹¹⁷ Art. 10 c. 3.

¹¹⁸ Art. 11 c. 2.

4. La conciliazione nel consumo

Vi sono poi gli ADR destinati ai rapporti tra imprese e consumatori che possono avere i più vari connotati.

In alcuni *Länder* le principali funzioni esercitate dagli organismi di conciliazione vengono svolte anche dagli organismi arbitrali già esistenti; in altri *Länder* invece la funzione di conciliazione viene svolta dagli organismi di conciliazione degli avvocati o dei notai.

In generale si può dire che quasi tutte le grandi città hanno organismi arbitrali e di conciliazione presso le camere d'industria e di commercio e le camere di artigianato¹¹⁹.

A questi si sommano gli organismi di conciliazione delle officine meccaniche per le riparazioni automobilistiche¹²⁰ e gli organismi di conciliazione delle rivendite di auto usate che si occupano delle controversie circa i vizi degli autoveicoli di seconda mano.

Nella maggior parte dei *Länder* sono presenti poi organismi arbitrali e di conciliazione per il settore della pulizia dei tessuti e del pellame.

In alcuni *Länder* sono presenti organismi arbitrali e di conciliazione per controversie con tecnici radiofonici e televisivi, carrozzieri o alcuni artigiani (falegnami, copritetti, piastrellisti, ecc.) o per reclami relativi al settore calzaturificio.

Per quanto riguarda le libere professioni, in quasi ogni *land* sono presenti organismi di conciliazione presso gli ordini dei medici¹²¹ e architetti.

Gli ordini degli avvocati, degli esperti in brevetti, dei fiscalisti e dei revisori dei conti hanno l'obbligo, su richiesta di agire da conciliatori in caso di controversie fra i membri degli ordini e i loro clienti.

Vi sono organismi di conciliazione per il settore della locazione immobiliare¹²², i cui servizi sono prestati congiuntamente da organizzazioni di proprietari e di inquilini.

In sei *Länder*, inoltre, sono istituiti organismi di conciliazione per il settore dell'edilizia.

Va citata anche la figura dell'*ombudsman* nelle banche private, il quale si occupa dei reclami relativi ad ogni tipo di operazioni bancarie e finanziarie¹²³.

¹¹⁹ Si veda per uno sguardo d'insieme sulle organizzazioni artigianali il sito dell'Organo di conciliazione dell'Associazione centrale degli artigiani in <http://www.zdh.de/>

¹²⁰ I servizi spesso appartengono a multinazionali: v. ad es. <http://www.motorcodes.co.uk/>

¹²¹ <http://www.bundesaerztekammer.de/>

¹²² <http://www.ombudsmann-immobilien.net/>

¹²³ <http://bankenverband.de/service/beschwerdestelle>

Importante è nel settore del credito anche l'ufficio di conciliazione della banca federale¹²⁴, quelli delle Casse di risparmio¹²⁵ e delle banche cooperative¹²⁶.

Esiste dal 2009 un organismo (SOP) che si occupa gratuitamente¹²⁷ di conciliare le vertenze tra viaggiatori e i trasporti pubblici¹²⁸: si può adire solo dopo aver contattato infruttuosamente l'azienda di trasporto. Di fatto l'organismo dopo aver valutato la documentazione pervenuta dalle parti si limita a fare una proposta che possa andare bene ad entrambi¹²⁹, ma è necessario che l'azienda di trasporto partecipi alla procedura.

Sempre nello stesso ambito opera l'Organo di conciliazione per la mobilità¹³⁰ e l'Organo di conciliazione per il trasporto locale nel Nord-Reno Westfalia¹³¹.

Dia ampia utilizzazione è l'Organo di conciliazione dell'Agenzia federale per le reti di elettricità e gas¹³².

Vi è addirittura la conciliazione per quanto riguarda i servizi funebri¹³³.

Da ricordarsi è infine un conciliatore ed arbitro in materia di appalti¹³⁴.

In generale con riferimento alla conciliazione si può dire che qualora gli organismi forniscano raccomandazioni, queste di regola non sono vincolanti per le parti.

Talvolta, tuttavia, la decisione dell'organismo di conciliazione vincola unilateralmente l'impresa.

La procedura comunque si conclude definitivamente soltanto quando le parti raggiungono un'intesa e stipulano un accordo¹³⁵.

¹²⁴ http://www.bundesbank.de/Navigation/DE/Home/home_node.html

¹²⁵ <http://www.bausparkassen.de/>; <http://www.ibs.de/>

¹²⁶ <http://www.bvr.de/>

¹²⁷ Il costo è a carico delle aziende di trasporto.

¹²⁸ <https://soep-online.de/welcome.html>

¹²⁹ È organo notificato ai sensi della Raccomandazione 98/257/CE. Per avere una descrizione di tutti gli organismi notificati in Germania che sono 230 cfr. http://ec.europa.eu/consumers/redress/out_of_court/commu/acce_just04_en_ccb_en.pdf

¹³⁰ <http://www.vcd.org/fahrgastrechte.html>

¹³¹ <http://www.schlichtungsstelle-nahverkehr.de/UNIQ136707818807319/doc12270A>

¹³² http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1911/DE/Home/home_node.html

¹³³ <http://www.bestatter.de/>

¹³⁴ <http://www.ghv-guetestelle.de/ghv/site>

¹³⁵ http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ger_en.htm

5. La conciliazione e mediazione del lavoro

Si premette che i giudici del lavoro in Germania si occupano essenzialmente di controversie derivanti da rapporti contrattuali tra datori di lavoro e lavoratori (diritto privato del lavoro) e altresì delle controversie tra le parti di un accordo collettivo¹³⁶.

La competenza in primo grado spetta agli *Arbeitsgerichte* (tribunali del lavoro), autorità giudiziarie dei *Länder*.

Le cause vengono discusse da un collegio composto da un giudice togato che svolge le funzioni di presidente e da due giudici onorari, uno nominato da associazioni dei lavoratori e l'altro da associazioni dei datori di lavoro.

Alcune decisioni che non rientrano nella fase orale del procedimento sono adottate dal presidente del collegio senza l'intervento dei giudici onorari.

I *Landesarbeitsgerichte* (tribunali regionali del lavoro, anch'essi autorità giudiziarie dei *Länder*) giudicano i ricorsi in appello avverso le sentenze emesse dai tribunali del lavoro. Anche qui il collegio è composto da un giudice togato e da due giudici onorari (uno in rappresentanza dei lavoratori e l'altro del datore o dei datori di lavoro).

Le sentenze di ultimo grado sono pronunciate dal *Bundesarbeitsgericht* (tribunale federale del lavoro), le cui sezioni sono composte da tre giudici togati, di cui uno svolge le funzioni di presidente, e da due giudici onorari (uno in rappresentanza dei lavoratori e l'altro del datore o dei datori di lavoro)¹³⁷.

La conciliazione (*Güteverfahren*) del lavoro è regolata attualmente dalla legge sui tribunali del lavoro (*Arbeitsgerichtsgesetz*) che in Germania indicano sinteticamente con *ArbGG*.

Il § 54 *ArbGG* disciplina il tentativo di conciliazione.

L'udienza del lavoro è tenuta dinanzi al Presidente, ai fini di un accordo amichevole tra le parti (conciliazione). Il presidente deve discutere con le parti a tal fine l'intero rapporto in tutte le sue circostanze. Per chiarire la questione, può adottare tutte le misure che sono di immediata attuazione. Sono esclusi gli interrogatori solenni. Per continuare l'udienza di

¹³⁶ Cfr. per un maggior dettaglio il sito del tribunale federale del lavoro, giudice di ultima istanza in <http://www.bundesarbeitsgericht.de/allgemeines/allgemeines.html>

¹³⁷ https://e-justice.europa.eu/content_specialised_courts-19-de-it.do?clang=it

conciliazione il Presidente della corte, assunto il consenso delle parti, può fissare un'altra udienza che deve aver luogo al più presto¹³⁸.

Il risultato della conciliazione viene verbalizzato.

La confessioni hanno valore se vengono verbalizzate. Non si accettano rilievi sulla competenza del Tribunale o sulla ricevibilità del ricorso¹³⁹.

Se una delle parti non partecipa alla conciliazione od il negoziato è infruttuoso o ci sono ostacoli alla negoziazione, il giudice chiude la trattativa e stabilisce la data di una nuova udienza.

Se entrambi le parti mostrano di voler negoziare durante l'udienza di conciliazione il processo può essere sospeso e su richiesta delle parti viene fissata una data per la successiva udienza. Per l'attività di negoziazione le parti hanno a disposizione sei mesi dall'udienza di conciliazione¹⁴⁰.

Il presidente può rimettere le parti davanti al *Güterichter*, che è un magistrato che non ha poteri decisionali. Il *Güterichter* può usare qualsiasi metodo di risoluzione alternativa compresa la mediazione¹⁴¹.

¹³⁸ (1) Die mündliche Verhandlung beginnt mit einer Verhandlung vor dem Vorsitzenden zum Zwecke der gütlichen Einigung der Parteien (Güteverhandlung). Der Vorsitzende hat zu diesem Zweck das gesamte Streitverhältnis mit den Parteien unter freier Würdigung aller Umstände zu erörtern. Zur Aufklärung des Sachverhalts kann er

alle Handlungen vornehmen, die sofort erfolgen können. Eidliche Vernehmungen sind jedoch ausgeschlossen. Der Vorsitzende kann die Güteverhandlung mit Zustimmung der Parteien in einem weiteren Termin, der alsbald stattzufinden hat, fortsetzen.

¹³⁹ "...wenn sie zu Protokoll erklärt worden sind. § 39 Satz 1 und § 282 Abs. 3 Satz 1 der Zivilprozeßordnung sind nicht anzuwenden".

¹⁴⁰ Allo spirare del termine si applica il § 269 commi 3-5 ZPO, che regola le spese di giudizio.

¹⁴¹ (2) Die Klage kann bis zum Stellen der Anträge ohne Einwilligung des Beklagten zurückgenommen werden.

In der Güteverhandlung erklärte gerichtliche Geständnisse nach § 288 der Zivilprozeßordnung haben nur dann bindende Wirkung, wenn sie zu Protokoll erklärt worden sind. § 39 Satz 1 und § 282 Abs. 3 Satz 1 der Zivilprozeßordnung sind nicht anzuwenden.

(3) Das Ergebnis der Güteverhandlung, insbesondere der Abschluß eines Vergleichs, ist in die Niederschrift aufzunehmen.

(4) Erscheint eine Partei in der Güteverhandlung nicht oder ist die Güteverhandlung erfolglos, schließt sich die weitere Verhandlung unmittelbar an oder es ist, falls der weiteren Verhandlung Hinderungsgründe entgegenstehen, Termin zur streitigen Verhandlung zu bestimmen; diese hat alsbald stattzufinden.

(5) Erscheinen oder verhandeln beide Parteien in der Güteverhandlung nicht, ist das Ruhen des Verfahrens anzuordnen. Auf Antrag einer Partei ist Termin zur streitigen Verhandlung zu bestimmen. Dieser Antrag kann nur innerhalb von sechs Monaten nach der Güteverhandlung gestellt werden. Nach Ablauf der Frist ist § 269 Abs. 3 bis 5 der Zivilprozeßordnung entsprechend anzuwenden.

(6) Der Vorsitzende kann die Parteien für die Güteverhandlung sowie deren Fortsetzung vor einen hierfür bestimmten und nicht entscheidungsbefugten Richter (Güterichter) verweisen. Der Güterichter kann alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen.

Il § 52 ArbGG statuisce che il giudice nella procedura di conciliazione può anche escludere il pubblico per ragioni di opportunità¹⁴².

Il § 80 ArbGG, dedicato ai principi in materia di decisione, nella sua versione novellata nel 2012¹⁴³ ci spiega che ai fini della decisione il Presidente della corte deve tener conto della mediazione e degli strumenti extragiudiziali e che può tenere una udienza di conciliazione con le stesse regole del primo grado¹⁴⁴.

La legge sulla promozione della mediazione e di altri metodi stragiudiziali di risoluzione delle controversie¹⁴⁵ ha introdotto una nuova norma nel Codice del Lavoro attinente appunto alla mediazione (§ 54a ArbGG “La mediazione, risoluzione extragiudiziale dei conflitti”)

Il giudice può invitare le parti a cercare la mediazione o altro processo extragiudiziale di risoluzione dei conflitti.

Se le parti decidono di portare avanti la mediazione o altro processo extragiudiziale la risoluzione dei conflitti, il tribunale ordina la sospensione del procedimento. Su richiesta di una delle parti, deve essere fissato un termine per l’udienza. In caso contrario, il giudice è tenuto a riprendere il processo dopo tre mesi a meno che le parti indichino all’unanimità che la ricerca di una mediazione od il corso del processo extra-giudiziale di risoluzione dei conflitti siano ancora in corso¹⁴⁶.

¹⁴² Im Güteverfahren kann es die Öffentlichkeit auch aus Zweckmäßigkeitgründen ausschließen.

¹⁴³ Artikel 4 Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung.

¹⁴⁴ § 80 Grundsatz

(1) Das Beschlußverfahren findet in den in § 2a bezeichneten Fällen Anwendung.

(2) Für das Beschlußverfahren des ersten Rechtszugs gelten die für das Urteilsverfahren des ersten Rechtszugs maßgebenden Vorschriften über Prozeßfähigkeit, Prozeßvertretung, Ladungen, Termine und Fristen, Ablehnung und Ausschließung von Gerichtspersonen, Zustellungen, persönliches Erscheinen der Parteien, Öffentlichkeit, Befugnisse des Vorsitzenden und der ehrenamtlichen Richter, Mediation und außergerichtliche Konfliktbeilegung, Vorbereitung der streitigen Verhandlung, Verhandlung vor der Kammer, Beweisaufnahme, gütliche Erledigung des Verfahrens, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und Wiederaufnahme des Verfahrens entsprechend; soweit sich aus den §§ 81 bis 84 nichts anderes ergibt. Der Vorsitzende kann ein Güteverfahren ansetzen; die für das Urteilsverfahren des ersten Rechtszugs maßgebenden Vorschriften über das Güteverfahren gelten entsprechend.

(3) § 48 Abs. 1 findet entsprechende Anwendung.

¹⁴⁵ Artikel 4 Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung.

¹⁴⁶ 2. Nach § 54 wird folgender § 54a eingefügt:

„§ 54a

Mediation, außergerichtliche Konfliktbeilegung

(1) Das Gericht kann den Parteien eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen.

In ordine alla sospensione del procedimento, il § 55 ArbGG novellato ci dice che la decisione è prerogativa del Presidente del collegio¹⁴⁷; il § 64 ArbGG modificato prevede che la mediazione od altro strumento di risoluzione alternativa può celebrarsi anche in appello¹⁴⁸; il § 83a ArbGG prevede che le parti possano sempre chiedere di comporre in tutto o in parte bonariamente la vertenza davanti al giudice o davanti ai *Güterichters*¹⁴⁹ e il § 87 ArbGG precisa che il ricorso in appello deve tenere conto anche della mediazione e dei mezzi alternativi come proposti dai *Güterichters*¹⁵⁰.

Vi sono poi particolari conciliazioni preventive che investono sempre il mondo del lavoro. Gli organismi competenti ai sensi della legge sulla formazione professionale (*Berufsbildungsgesetz*) e, nel settore dell'artigianato, le corporazioni di arti e mestieri, possono costituire commissioni per la risoluzione delle controversie che possono sorgere nel quadro di una formazione professionale in corso¹⁵¹.

Una volta costituita, il ricorso a tale commissione è obbligatorio.

Ne può scaturire una decisione di conciliazione che è vincolante per le parti se viene riconosciuta da entrambe entro una settimana ed ha efficacia esecutiva.

(2) Entscheiden sich die Parteien zur Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, ordnet das Gericht das Ruhen des Verfahrens an. Auf Antrag einer Partei ist Termin zur mündlichen Verhandlung zu bestimmen. Im Übrigen nimmt das Gericht das Verfahren nach drei Monaten wieder auf, es sei denn, die Parteien legen übereinstimmend dar, dass eine Mediation oder eine außergerichtliche Konfliktbeilegung noch betrieben wird.“

¹⁴⁷ 3. § 55 Absatz 1 Nummer 8 wird wie folgt gefasst:

„8. über die Aussetzung und Anordnung des Ruhens des Verfahrens;“

¹⁴⁸ 4. In § 64 Absatz 7 werden nach den Wörtern „der §§ 52, 53, 55 Abs. 1 Nr. 1 bis 9, Abs. 2 und 4,“ die Wörter „des § 52 Absatz 6, des § 54a,“ und nach den Wörtern „ehrenamtlichen Richter,“ die Wörter „Güterichter, Mediation und außergerichtliche Konfliktbeilegung,“ eingefügt.

¹⁴⁹ 6. In § 83a Absatz 1 werden nach den Wörtern „oder des Vorsitzenden“ die Wörter „oder des Güterichters“ eingefügt.

¹⁵⁰ 7. In § 87 Absatz 2 Satz 1 werden nach den Wörtern „ehrenamtlichen Richter,“ die Wörter „Güterichter, Mediation und außergerichtliche Konfliktbeilegung,“ eingefügt.

¹⁵¹ Cfr. articolo 111, comma 2, della legge sui tribunali del lavoro - *Arbeitsgerichtsgesetz*, ArbGG.

§ 111 Änderung von Vorschriften

(2) Zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen Auszubildenden und Auszubildenden aus einem bestehenden Berufsausbildungsverhältnis können im Bereich des Handwerks die Handwerksinnungen, im übrigen die zuständigen Stellen im Sinne des Berufsbildungsgesetzes Ausschüsse bilden, denen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in gleicher Zahl angehören müssen. Der Ausschuß hat die Parteien mündlich zu hören. Wird der von ihm gefällte Spruch nicht innerhalb einer Woche von beiden Parteien anerkannt, so kann binnen zwei Wochen nach ergangenem Spruch Klage beim zuständigen Arbeitsgericht erhoben werden. § 9 Abs. 5 gilt entsprechend. Der Klage muß in allen Fällen die Verhandlung vor dem Ausschuß vorangegangen sein. Aus Vergleichen, die vor dem Ausschuß geschlossen sind, und aus Sprüchen des Ausschusses, die von beiden Seiten anerkannt sind, findet die Zwangsvollstreckung statt. Die §§ 107 und 109 gelten entsprechend.

Nel caso in cui non si giunga ad un accordo o non venga riconosciuta la decisione, le parti possono adire il tribunale del lavoro competente entro due settimane.

In materia sindacale ed in particolare per la risoluzione di controversie fra datore di lavoro e consiglio di fabbrica è possibile fare ricorso al comitato di conciliazione¹⁵², cui compete, a livello aziendale, la funzione di conciliazione interna.

Il comitato è composto da un numero uguale di rappresentanti del datore di lavoro e della commissione interna nonché da un presidente *super partes*, designato concordemente dalle parti.

In caso di disaccordo sulla persona del presidente e sul numero di membri del comitato, la decisione viene presa dal tribunale del lavoro.

Tramite accordo aziendale è inoltre possibile istituire un comitato di conciliazione permanente.

Il comitato di conciliazione può intervenire su richiesta unilaterale solo quando la sua decisione sostituisce l'accordo fra il datore di lavoro ed il consiglio di fabbrica¹⁵³.

Il comitato di conciliazione decide secondo equità, tenendo debito conto degli interessi dell'azienda e del lavoratore interessato.

Su richiesta di parte, entro due settimane tale decisione discrezionale può essere sottoposta al tribunale del lavoro affinché venga verificato il rispetto dei limiti discrezionali.

Negli altri casi il comitato di conciliazione interviene solo su richiesta di entrambe le parti¹⁵⁴.

La sua decisione si sostituisce all'accordo fra il datore di lavoro e il consiglio di fabbrica soltanto se le due parti hanno previamente convenuto di sottostare al potere decisionale del comitato o se accettano successivamente la sua decisione.

Le spese del comitato di conciliazione sono a carico del datore di lavoro¹⁵⁵.

¹⁵² Articolo 76 della legge sull'ordinamento aziendale - Betriebsverfassungsgesetz, BetrVG.

¹⁵³ Articolo 76, comma 5 BetrVG. È il caso, in particolare, di controversie relative, ad esempio, alla cogestione negli affari sociali ai sensi dell'articolo 87 BetrVG.

¹⁵⁴ Articolo 76, comma 6 BetrVG.

¹⁵⁵ Articolo 76a BetrVG.

6. Il componimento bonario per il Codice di procedura civile

Per valorizzare la conciliazione stragiudiziale obbligatoria nei *Länder* aderenti e coordinarla con quella giudiziale, nel 2002 si è previsto un tentativo obbligatorio giudiziale supplementare e preliminare a quello giudiziale per quelle controversie che non fossero passate attraverso le procedure extragiudiziali o vi fossero passate inutilmente¹⁵⁶.

Il tentativo di conciliazione è dunque da tempo utilizzato all'interno del giudizio ed ha generalmente successo perché implica un risparmio di costi processuali ed un riconoscimento di compensi più alti¹⁵⁷ agli avvocati che riescano a far conciliare i loro clienti.

Nei procedimenti civili di primo grado, di norma l'avvocato percepisce un compenso per l'attività processuale pari all'1,3% del valore della causa e un compenso per l'attività in udienza pari all'1,2%. In caso di conciliazione tra le parti in primo grado, l'avvocato riceve inoltre un compenso per il servizio di conciliazione reso, pari all'1,0%¹⁵⁸.

La legge che si occupa degli onorari dell'avvocato non indica il compenso invece per la mediazione, ma è generalmente di 200 € orari¹⁵⁹.

L'articolo 2 della legge sulla promozione della mediazione e di altre procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie, ha deciso di rendere più appetibile questo istituto previsto dal Codice di rito e di aggiungere la possibilità di ulteriori sbocchi di componimento bonario¹⁶⁰.

Il legislatore tedesco si pone in primo luogo sulla falsa riga di quello anglo-sassone prevedendo che gli avvocati palesino al giudice 1) se ci sono già tentativi bonari tra le

¹⁵⁶ § 278 c. 2 ZPO: *“Der mündlichen Verhandlung geht zum Zwecke der gütlichen Beilegung des Rechtsstreits eine Güteverhandlung voraus, es sei denn, es hat bereits ein Einigungsversuch vor einer außergerichtlichen Gütestelle stattgefunden oder die Güteverhandlung erscheint erkennbar aussichtslos. Das Gericht hat in der Güteverhandlung den Sach- und Streitstand mit den Parteien unter freier Würdigung aller Umstände zu erörtern und, soweit erforderlich, Fragen zu stellen. Die erschienenen Parteien sollen hierzu persönlich gehört werden”*.

¹⁵⁷ Con riferimento a quello che percepirebbero per la corrispondente fase processuale.

¹⁵⁸

Cfr.

[https://e-](https://e-justice.europa.eu/contentMaximisation.do?plang=it&idTaxonomy=37&idCountry=de&member=1&action=maximizeMS)

[justice.europa.eu/contentMaximisation.do?plang=it&idTaxonomy=37&idCountry=de&member=1&action=maximizeMS](https://e-justice.europa.eu/contentMaximisation.do?plang=it&idTaxonomy=37&idCountry=de&member=1&action=maximizeMS)

¹⁵⁹ Cfr. <http://www.rvgo.de/10-0-Aussergerichtliche-Taetigkeit-Rechtsanwaltsgebuehren-nach-RVG.htm>

¹⁶⁰ Artikel 2

Änderung der Zivilprozessordnung

Die Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), die zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. Oktober 2011 (BGBl. I S. 2082) geändert worden ist, wird wie folgt geändert.

parti, 2) se ci sono motivi che impediscano tali forme di composizione¹⁶¹; così accade nel regno Unito e ad esempio in California; il giudice può comprendere dunque agevolmente se ci sono fatti o motivi per cui un ulteriore tentativo bonario avrebbe scarsa possibilità di trovare coronamento.

Il § 41 dispone poi opportunamente oggi che il giudice non possa giudicare un caso se ha prestato in esso ufficio di mediatore o abbia gestito altro metodo alternativo di risoluzione delle controversie sulla questione¹⁶².

Il tribunale in ogni fase del procedimento può considerare una composizione amichevole della controversia o di singole questioni in discussione¹⁶³.

Tale tentativo è tenuto dal giudice nella prima udienza di comparizione: le parti devono presentarsi di persona¹⁶⁴ e se non si presentano¹⁶⁵ o non si fanno rappresentare adeguatamente vengono sanzionate con il pagamento di una somma pecuniaria¹⁶⁶.

¹⁶¹ Il § 253 comma (3), è riformulato come segue:

"(3) La domanda deve contenere:

1 una dichiarazione che indichi se, prima del deposito del ricorso, abbia avuto luogo una mediazione od altro processo di risoluzione dei conflitti extra-giudiziale, nonché una dichiarazione relativa al fatto che sussistano motivi che ostacolano una definizione bonaria;

2 una dichiarazione del valore della materia in discussione se la giurisdizione della corte dipende da questa e l'oggetto della controversia non costituisce un specifica somma di denaro;

3 una dichiarazione che indichi se ci sono delle ragioni che potrebbero precludere l'aggiudicazione della questione ad un giudice monocratico ".

4. § 253 Absatz 3 wird wie folgt gefasst:

„(3) Die Klageschrift soll ferner enthalten:

1. die Angabe, ob der Klageerhebung der Versuch einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorausgegangen ist, sowie eine Äußerung dazu, ob einem solchen Verfahren Gründe entgegenstehen;

2. die Angabe des Wertes des Streitgegenstandes, wenn hiervon die Zuständigkeit des Gerichts abhängt und der Streitgegenstand nicht in einer bestimmten Geldsumme besteht;

3. eine Äußerung dazu, ob einer Entscheidung der Sache durch den Einzelrichter Gründe entgegenstehen.“

¹⁶² Il § 41 è modificato come segue:

a) Al paragrafo 6, il punto è sostituito alla fine da un punto e virgola.

b) è aggiunto il seguente paragrafo 7:

"7 nei casi in cui è stato coinvolto nella mediazione, o in qualsiasi altro metodo di risoluzione alternativa delle controversie".

2. § 41 wird wie folgt geändert:

a) In Nummer 6 wird der Punkt am Ende durch ein Semikolon ersetzt.

b) Folgende Nummer 7 wird angefügt:

„7. in Sachen, in denen er an einem Mediationsverfahren oder einem anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung mitgewirkt hat.“

¹⁶³ § 278 c. 1 ZPO (Codice di procedura civile tedesco): "(1) Das Gericht soll in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein."

¹⁶⁴ § 278 ZPO c. 3 "Für die Güteverhandlung sowie für weitere Güteversuche soll das persönliche Erscheinen der Parteien angeordnet werden. § 141 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und 3 gilt entsprechend".

¹⁶⁵ In tal caso il processo può anche essere sospeso. Il giudice però non valuta il comportamento delle parti, ma solo il fatto della mancata presentazione. Art. 278 ZPO c. 4: "Erscheinen beide Parteien in der

Se appaiono entrambe le parti è possibile concordare una sospensione del processo¹⁶⁷.

Però questa conciliazione comportava un tempo che il giudice nel formulare una proposta fosse sottoposto al limite del chiesto e pronunciato: non poteva, in altre parole, suggerire, a differenza del mediatore che operi fuori dal processo, soluzioni su aspetti del conflitto che le parti non avessero espressamente dedotto.

Vi era inoltre un forte rischio di anticipare la sentenza con perdita totale di imparzialità.

Per superare queste problematiche la nuova legge sulla promozione della mediazione e di altre procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie ha pensato di fornire al giudice il potere di delegare il bonario componimento ad altro magistrato (*Güterichter*) che non ha potere decisionale.

Il giudice può appunto sottoporre alle parti l'ipotesi di una conciliazione e di altri strumenti alternativi e delegare un giudice che non prende decisioni (*Güterichter*). I *Güterichter* possono usare tutti i metodi di risoluzione delle controversie, tra cui la mediazione¹⁶⁸.

Perché questa ampiezza di manovra conferita al *Güterichter*? Perché il suo intervento va modulato sulla storia delle persone coinvolte, sul contesto e sul grado di *escalation* del conflitto, sulla capacità di negoziazione, sui bisogni, sulla situazione emotiva ed economica delle parti e sulla natura ed importanza della controversia¹⁶⁹.

Di conseguenza gli approcci non possono che essere differenti.

La cosa importante è che il *Güterichter* informi preventivamente le parti del metodo che vorrà adottare: canone deontologico questo che ritroviamo anche con riferimento al "neutro" nella *mediation* statunitense.

Güteverhandlung nicht, ist das Ruhen des Verfahrens anzuordnen".

¹⁶⁶ Ciò tuttavia non si applica se la parte invia all'udienza un proprio rappresentante delegato a chiarire i fatti e a fornire le informazioni richieste, in particolar modo in vista della stipulazione di un accordo transattivo.

§ 141 c. 3 ZPO: "*Bleibt die Partei im Termin aus, so kann gegen sie Ordnungsgeld wie gegen einen im Vernehmungstermin nicht erschienenen Zeugen festgesetzt werden. Dies gilt nicht, wenn die Partei zur Verhandlung einen Vertreter entsendet, der zur Aufklärung des Tatbestandes in der Lage und zur Abgabe der gebotenen Erklärungen, insbesondere zu einem Vergleichsabschluss, ermächtigt ist. Die Partei ist auf die Folgen ihres Ausbleibens in der Ladung hinzuweisen*".

¹⁶⁷ § 141 c. 4 ZPO: "*Erscheinen beide Parteien in der Güteverhandlung nicht, ist das Ruhen des Verfahrens anzuordnen*".

¹⁶⁸ § 278 c. 5 ZPO: "*Das Gericht kann die Parteien für die Güteverhandlung sowie für weitere Güteversuche vor einen hierfür bestimmten und nicht entscheidungsbefugten Richter (Güterichter) verweisen. Der Güterichter kann alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen*".

¹⁶⁹ Cfr. <http://www.gueterichter-forum.de/gueterichter-konzept/differenzierte-konfliktbehandlung/>

Quando il *Güterichter* opera da intermediatore (*Vermittlung*) si limita a facilitare la comunicazione sostanziale tra le parti e a sviluppare una comprensione delle reciproche posizioni: spesso questo approccio viene usato nelle controversie riguardanti il diritto pubblico quando è stato impugnato un provvedimento.

Il *Güterichter* può poi limitarsi ad agevolare le transazioni tra le parti (*Moderation von Vergleichsverhandlungen*), specie nei settori del risarcimento del danno e dell'indennizzo.

Quando invece il *Güterichter* svolge la funzione di mediatore si colloca in un processo strutturato nel quale cerca di agevolare la capacità autonoma delle parti di risolvere la loro differenza partendo dagli interessi, dalle preoccupazioni e dalle necessità. Induce le parti a non guardare alle conseguenze giuridiche di eventi passati, ma a pensare ad una autoregolamentazione costruttiva del futuro.

In questa prospettiva il *Güterichter* non agevola le parti nello scendere a compromessi in termini di concessioni reciproche, ma incoraggia le soluzioni creative in grado di soddisfare gli interessi di entrambe nella misura massima.

In mediazione *Güterichter* utilizza modi speciali di comunicazione, che consentono il cambio di prospettiva, che suscitano la consapevolezza nelle parti che esistono opzioni di soluzione che non avevano prima rilevato e che possono portare alla risoluzione dei problemi di relazione.

In veste di mediatore il *Güterichter* può, se le parti sono d'accordo, tenere anche dei *caucus* confidenziali.

La mediazione è principalmente scelta dal *Güterichter* quando le parti hanno tra loro una stretta relazione personale o aziendale (ad esempio, per i conflitti familiari o di eredità, di affitto, di partnership, o per i contratti di lavoro, i conflitti di prossimità, quelli tra proprietari di immobili o di azioni).

Il *Güterichter* può ancora svolgere le funzioni di conciliatore (*Schlichtung*): propone allora una soluzione, se le parti non riescono a trovare una soluzione da soli. La proposta non vincola le parti, ma spesso fornisce una valida base per ulteriori negoziati.

Il *Güterichter* non può svolgere invece funzioni di arbitrato (*Schiedsverfahren*), nel senso che non può sostituire la giurisdizione dello Stato. Ma può dire ad esempio che un contratto secondo lui si interpreta in un certo modo, o può ad esempio stimare una prestazione. Così come può incoraggiare le parti a contattare un arbitro od uno stimatore.

Il *Güterichter* può inoltre proporre dei metodi per la divisione dei beni che siano standardizzati (asta, sorteggio ecc.).

Il *Güterichter* può infine combinare elementi di diverse procedure o passare da un metodo a un altro, sempre che intervenga il consenso delle parti.

Ricordo che anche il conciliatore siciliano ed italiano del XIX secolo avevano una duttilità ancora più ampia: potevano conciliare ed arbitrare, ovvero preparare il compromesso per altri arbitri.

Il c. 5 del § 278 ZPO previgente prevedeva già che il giudice potesse nominare un altro giudice (o che esso possa essere richiesto dalle parti) per la conciliazione ovvero che potesse proporre alle parti un altro metodo alternativo di risoluzione delle controversie.

Oggi la norma ha eliminato la facoltà per il giudice di proporre un altro metodo alternativo di risoluzione delle controversie e considera solo l'invio delle parti ad un giudice conciliatore o moderatore di giustizia (*Güterichter*).

Ai sensi del § 159 c. 2 ZPO l'audizione davanti al *Güterichter* può essere registrata se le parti lo richiedono¹⁷⁰.

Prima della riforma del 2012 la figura del giudice conciliatore (*Güterichter*) era già presente ad esempio in Baviera e Turingia: chi voglia iniziare qui ancora oggi un contenzioso deve indicare nella domanda introduttiva se ha preso in considerazione l'ipotesi di una conciliazione.

Dunque se il giudice di questi luoghi riteneva la questione adatta per una conciliazione poteva invitare le parti a partecipare ad una procedura davanti al giudice conciliatore o moderatore di giustizia. Se esse decidevano di partecipare e conciliavano si chiudeva anche il giudizio e se esse non conciliavano la pratica ritornava sul tavolo del giudice designato per il giudizio¹⁷¹.

L'eliminazione della facoltà per il giudice di proporre strumenti alternativi ai sensi del § 278 c. 5 ZPO ha però come *pendant* l'introduzione di altra norma che consente tale invito.

¹⁷⁰ § 159 Protokollaufnahme

(2) Absatz 1 gilt entsprechend für Verhandlungen, die außerhalb der Sitzung vor Richtern beim Amtsgericht oder vor beauftragten oder ersuchten Richtern stattfinden. Ein Protokoll über eine Güteverhandlung oder weitere Güteversuche vor einem Güterichter nach § 278 Absatz 5 wird nur auf übereinstimmenden Antrag der Parteien aufgenommen.

¹⁷¹ N. M. ALEXANDER, *International and comparative mediation: legal perspectives*, Kluwer Law International, 30/dic/2009, p. 137.

In oggi l'art. 278a ZPO stabilisce appunto che il giudice possa invitare le parti a coltivare la mediazione od altro processo di risoluzione dei conflitti extra giudiziario.

Se le parti decidono di perseguire una mediazione o altro extragiudiziale dei conflitti processo di risoluzione, il tribunale ordina la sospensione del procedimento¹⁷².

¹⁷² 6. Nach § 278 wird folgender § 278a eingefügt:

„§ 278a Mediation, außergerichtliche Konfliktbeilegung

(1) Das Gericht kann den Parteien eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen.

(2) Entscheiden sich die Parteien zur Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, ordnet das Gericht das Ruhen des Verfahrens an.“

7. La mediazione familiare e gli altri strumenti di regolamentazione dei rapporti familiari

La mediazione familiare ha acquistato sempre maggiore importanza nella regolamentazione delle conseguenze della separazione e del divorzio.

I contenuti oggetto di tale regolamentazione riguardano in sintesi l'esercizio della responsabilità dei genitori/affidamento dei figli, la ripartizione delle responsabilità in caso di affidamento congiunto, le obbligazioni alimentari, il finanziamento dei rispettivi nuclei familiari, la divisione dei beni e la compensazione patrimoniale, l'assegnazione della casa coniugale e la divisione delle suppellettili domestiche.

Scopo della mediazione è da un lato, aiutare a evitare o ridurre i rischi per lo sviluppo dei minori coinvolti e, dall'altro, fornire consigli e supporto ai genitori affidatari.

Nella prassi, le procedure di mediazione si sono dimostrate efficaci soprattutto per la risoluzione di problemi in ordine all'affidamento e al diritto di visita.

Unitamente alla mediazione vi sono da considerare anche altri strumenti che la legge appronta in ausilio dei rapporti parentali.

La legge sulla procedura in materia familiare e di giurisdizione volontaria (17 Dicembre 2008; FamFG)¹⁷³ ha subito ultimamente delle modifiche¹⁷⁴ al fine di regolare in modo sempre più efficace e compiuto il settore.

Si prevede in primo luogo che nei casi appropriati, la domanda dovrebbe contenere una dichiarazione che indichi se, prima del deposito del ricorso, abbia avuto luogo una mediazione od altro processo di risoluzione dei conflitti extra-giudiziale, nonché una dichiarazione relativa al fatto che sussistano motivi che ostacolano una definizione bonaria¹⁷⁵. Tale formulazione è simile a quella che è stata recentemente introdotta nel

¹⁷³ Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

¹⁷⁴ Ci riferiamo all'art. 4 della legge del 15 marzo 2012 (BGBl. 2012 II, p 178).

¹⁷⁵ 2. Nach § 23 Absatz 1 Satz 2 wird folgender Satz eingefügt:

„Der Antrag soll in geeigneten Fällen die Angabe enthalten, ob der Antragstellung der Versuch einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorausgegangen ist sowie eine Äußerung dazu, ob einem solchen Verfahren Gründe entgegenstehen.“

3. Nach § 28 Absatz 4 Satz 2 wird folgender Satz eingefügt:

„Über den Versuch einer gütlichen Einigung vor einem ersuchten Richter wird ein Vermerk nur angefertigt, wenn alle Beteiligten sich einverstanden erklären.“

4. Dem § 36 wird folgender Absatz 5 angefügt:

"(5) Das Gericht kann die Beteiligten für den Versuch einer gütlichen Einigung vor einen hierfür bestimmten und nicht entscheidungsbefugten Richter (Güterichter verweisen. Der Güterichter kann alle Methoden der

codice di procedura civile (§ 253 c. 3 ZPO), ma aggiunge l'inciso "nei casi appropriati", perché ci sono giustamente situazioni in cui la mediazione non costituisce strumento adeguato a risolvere il conflitto.

Ai sensi del § 36 FamFG - siamo nel procedimento di primo grado in materia familiare - le parti possono raggiungere un accordo su diritti disponibili, ed anche il giudice è tenuto a perseguire la via del tentativo di componimento bonario, salvo il rispetto della legge sulla protezione dalla violenza.

La novella del 2012 prevede che la corte possa anche indirizzare le parti ad una udienza di conciliazione e ad ulteriori tentativi di conciliazione presso un giudice designato per questo fine che non ha potere decisionale nella questione (*Güterichter*).

Il giudice conciliatore (*Güterichter*) può adoperare tutti i metodi di risoluzione dei conflitti inclusa la mediazione¹⁷⁶.

Il *Güterichter* non è un mediatore, ma un giudice e dunque non è vincolato dalla legge sulla mediazione, può adottare, come abbiamo già detto, gli strumenti che ritiene opportuni, compresa la mediazione.

Anche questa è dunque una scelta analoga a quella operata per i rapporti regolati dal Codice di rito (art. 278 c. 5 ZPO).

Dobbiamo dire che anche nel nostro paese alcuna parte della magistratura sta guardando da ultimo con simpatia a questa figura: tuttavia mi pare sia bene sottolineare che non si tratta di un giudice che abbia poteri decisionali nella controversia che gli è sottoposta.

Pure qui, come nel giudizio civile (§ 159 c. 2 ZPO), si evidenzia che è necessario il consenso delle parti per verbalizzare il tentativo di conciliazione¹⁷⁷.

Sempre in sintonia con il disposto del § 278a ZPO il giudice della famiglia può inoltre proporre alle parti la mediazione o un altro metodo extragiudiziale di risoluzione delle controversie.

Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen. Für das Verfahren vor dem Güterichter gelten die Absätze 1 bis 4 entsprechend."

¹⁷⁶ 4. Dem § 36 wird folgender Absatz 5 angefügt:

"(5) Das Gericht kann die Beteiligten für den Versuch einer gütlichen Einigung vor einen hierfür bestimmten und nicht entscheidungsbefugten Richter (Güterichter) verweisen. Der Güterichter kann alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen. Für das Verfahren vor dem Güterichter gelten die Absätze 1 bis 4 entsprechend."

¹⁷⁷ 3. Nach § 28 Absatz 4 Satz 2 wird folgender Satz eingefügt:

„Über den Versuch einer gütlichen Einigung vor einem ersuchten Richter wird ein Vermerk nur angefertigt, wenn alle Beteiligten sich einverstanden erklären.“

Il § 36a FamFG prevede appunto che la corte possa proporre ad una o a tutte le parti una mediazione o un altro metodo di risoluzione alternativa delle controversie. La preoccupazioni legittime della persona che sia stata destinataria di atti di violenza devono essere rispettate in relazione alla tutela apprestata in merito dalla legge.

Se le parti decidono di partecipare ad una mediazione o ad altro metodo di risoluzione alternativa delle controversie, il giudice deve sospendere il processo.

Rimangono salvi in capo alla Corte i poteri di autorizzare o di sospendere la mediazione o ad altro metodo di risoluzione alternativa delle controversie¹⁷⁸.

Data la delicatezza della materia giustamente rimangono intatti in capo alla Corte i poteri di "gestione" del mezzo alternativo e comunque assume rilievo preminente il disposto della legge sulla protezione della violenza.

Il § 81 FamFG che si occupa della irrogazione delle spese processuali nel procedimento di famiglia introduce nella nuova formulazione un principio di forte moralizzazione delle parti.

Si prevede che il giudice, in difetto di legittima giustificazione, possa addossare le spese in tutto o in parte al litigante o ai litiganti che non abbiano partecipato ad una procedura alternativa obbligatoria ovvero qualora abbiano violato l'obbligo di consultazione degli organi consultivi o dei servizi sociali teso ad impostare un accordo¹⁷⁹.

Ai sensi del § 135 FamFG¹⁸⁰ è possibile già dal 1° settembre 2009 ed in relazione al procedimento di divorzio e alle questioni consequenziali che il Tribunale della famiglia

¹⁷⁸ 5. Nach § 36 wird folgender § 36a eingefügt:

„§ 36a Mediation, außergerichtliche Konfliktbeilegung

(1) Das Gericht kann einzelnen oder allen Beteiligten eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen. In Gewaltschutzsachen sind die schutzwürdigen Belange der von Gewalt betroffenen Person zu wahren.

(2) Entscheiden sich die Beteiligten zur Durchführung einer gerichtsnahen oder gerichtsinernen Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, setzt das Gericht das Verfahren aus.

(3) Gerichtliche Anordnungs- und Genehmigungsvorbehalte bleiben von der Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung unberührt.“

¹⁷⁹ 6. § 81 Absatz 2 Nummer 5 wird wie folgt gefasst:

„5. der Beteiligte einer richterlichen Anordnung zur Teilnahme an einem kostenfreien Informationsgespräch über Mediation oder über eine sonstige Möglichkeit der außergerichtlichen Konfliktbeilegung nach § 156 Absatz 1 Satz 3 oder einer richterlichen Anordnung zur Teilnahme an einer Beratung nach § 156 Absatz 1 Satz 4 nicht nachgekommen ist, sofern der Beteiligte dies nicht genügend entschuldigt hat.“

¹⁸⁰ La legge sulla procedura in materia familiare e in materia di volontaria giurisdizione (*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586, 2587), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 22. Dezember 2010 (BGBl. I S. 2255) geändert worden ist*) si può trovare in <http://www.gesetze-im-internet.de/famfg/BJNR258700008.html>.

obblighi le parti a partecipare ad una mediazione informativa o ad altro procedimento informativo di ADR davanti ad una persona o ad un ente di gradimento delle parti.

Il giudice può inviare alla procedura informativa entrambe le parti od una sola di esse.

Il provvedimento del giudice non è impugnabile¹⁸¹.

La legge sulla promozione della mediazione che ha riformulato quest'ultima norma, specifica opportunamente che tale sessione informativa può riguardare non solo le controversie, ma anche i conflitti¹⁸².

Il che pone la Germania all'avanguardia tra le legislazioni sul tema.

Se la parte o le parti che sono state inviate non danno esecuzione all'ordine di partecipazione ci possono essere conseguenze sulla ripartizione delle spese processuali, a meno che non vi sia una causa di giustificazione¹⁸³: il criterio peraltro vale anche per le cause di separazione¹⁸⁴.

Come si volge questa sessione informativa? Il mediatore in un incontro che dura trenta minuti presenta la mediazione, i suoi vantaggi e svantaggi, i costi, le conseguenze giuridiche della procedura; non affronta però il conflitto in essere tra le parti.

Alla fine i partecipanti ricevono un documento scritto che attesta la loro partecipazione¹⁸⁵.

Normalmente in Germania le controversie tra coniugi hanno una corsia preferenziale quanto alla tempistica, qualora sia coinvolta la prole.

¹⁸¹ "§ 135 Außergerichtliche Streitbeilegung über Folgesachen

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

In precedenza vi era anche un secondo comma che è stato eliminato dalla nuova legge sulla mediazione:

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

Indipendentemente da tale sessione informativa il Tribunale poteva suggerire alle parti un metodo di risoluzione extragiudiziale delle questioni consequenziali al divorzio.

¹⁸² 7. § 135 wird wie folgt geändert:

a) In der Überschrift wird das Wort „Streitbeilegung“ durch das Wort „Konfliktbeilegung“ ersetzt.

b) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) Die Absatzbezeichnung „(1)“ wird gestrichen.

bb) In Satz 1 wird das Wort „Streitbeilegung“ durch das Wort „Konfliktbeilegung“ ersetzt.

c) Absatz 2 wird aufgehoben.

¹⁸³ § 150 c. 4 FamFG.

¹⁸⁴ § 150 c. 5 FamFG.

¹⁸⁵ V. per maggiori dettagli il sito dell'Associazione Federale per la Mediazione Familiare (www.bafm-mediation.de)

La mediazione può costituire però causa di sospensione di tale tempistica ed allora il novellato § 155 FamFG dispone che comunque il processo debba riprendere entro tre mesi se è stato sospeso per celebrare un rito alternativo¹⁸⁶.

Sempre nell'ambito delle procedure da condursi quando sia coinvolta la prole si colloca il § 156 FamFG che riguarda sia la separazione che il divorzio.

Prima dell'ultima novella il § 156 c 1 terza alinea FamFG stabiliva che il tribunale nei casi che coinvolgono la custodia, la residenza, i diritti di visita e di consegna dei bambini, doveva indicare, nei casi appropriati, la possibilità di mediazione o altra risoluzione alternativa delle controversie.

Oggi il giudice ha a disposizione una vasta gamma di provvedimenti: può coltivare in ogni momento l'accordo con le parti, se ciò non è in contrasto con il benessere del bambino¹⁸⁷; può indicare le modalità di una eventuale consulenza degli organi a ciò deputati e dei servizi di supporto (l'Ufficio per i giovani, bambini e famiglie) al fine di sviluppare un piano concordato per l'esercizio della patria potestà e della responsabilità genitoriale; può ordinare che i genitori singolarmente o congiuntamente partecipino a una sessione informativa gratuita in materia di mediazione o di altro strumento di risoluzione alternativa dei conflitti in tribunale assegnata ad una persona o ad un *provider* di gradimento delle parti; può ordinare la partecipazione ad una procedura condotta dagli organi consulenti o dai servizi di supporto per la definizione di un piano concordato per l'esercizio della patria potestà e della responsabilità genitoriale¹⁸⁸.

Entrambi gli ordini (per la procedura informativa e per la consultazione) peraltro non sono autonomamente impugnabili.

Se vi è un ordine di partecipazione da parte della corte ad una sessione informativa di mediazione ovvero ad una procedura per l'impostazione del piano concordato, il giudice condanna alle spese il genitore che non si presenta senza una giustificazione¹⁸⁹.

Se le parti raggiungono un accordo sulla gestione del bambino e sul suo spostamento il giudice può approvarlo se non è contrario agli interessi dello stesso.

¹⁸⁶ 9. Dem § 155 wird folgender Absatz 4 angefügt:

„(4) Hat das Gericht ein Verfahren nach Absatz 1 zur Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung ausgesetzt, nimmt es das Verfahren in der Regel nach drei Monaten wieder auf, wenn die Beteiligten keine einvernehmliche Regelung erzielen.“

¹⁸⁷ Se ad es. il bambino vive in un ambiente violento coltivare un accordo potrebbe non essere saggio.

¹⁸⁸ In precedenza questa era l'unica ipotesi di obbligatoria partecipazione stabilita dal § 156 FamFG.

¹⁸⁹ Cfr. § 81 c. 5 che abbiamo già analizzato.

Se un accordo non viene raggiunto in materia di residenza e diritti di visita, il giudice deve discutere l'adozione dei provvedimenti provvisori con le parti e con l'Ufficio per i giovani, bambini e famiglie¹⁹⁰. I genitori prenderanno parte ad una consultazione, ad un mezzo alternativo oppure saranno destinatari di una valutazione scritta sulla cui base il giudice prenderà o regolerà i provvedimenti provvisori. I minori devono essere comunque sentiti prima dell'emissione dei provvedimenti provvisori.

Ricordiamo ancora il contenuto del § 165 FamFG che titola "mediazione" (*Vermittlungsverfahren*) e che è di antecedente formulazione rispetto al dettato della riforma del 2012: si occupa del caso in cui sussista una inosservanza del provvedimento del giudice o dell'accordo che i genitori hanno rinvenuto e che è stato approvato dal giudice stesso.

Se un genitore lamenta che l'altro contrasta od impedisce l'esecuzione di una decisione giudiziale o di un accordo preso con il supporto dell'Ufficio per i giovani, bambini e famiglie ed omologato dal giudice può essere disposto dal giudice una mediazione su richiesta di parte. La corte può rifiutare di disporre una mediazione, se una conciliazione od altro strumento alternativo si è rivelato inutile¹⁹¹.

La corte fissa immediatamente un appuntamento di mediazione. La Corte può ordinare la comparizione personale dei coniugi e con la convocazione li ammonisce sulle conseguenze giuridiche che può avere un processo di mediazione non riuscito (ossia provocare una decisione del giudice stesso). Nei casi appropriati può essere convocato all'incontro anche l'Ufficio per i giovani, bambini e famiglie¹⁹².

Durante la procedura la corte discute con i genitori in ordine alle conseguenze che ci possono essere per il benessere del bambino se non viene trovato un accordo. E in particolare rappresenta che ci possono essere conseguenze legali e pratiche come nel caso in cui un genitore impedisca il diritto di visita, ossia un ordine del giudice che determini la

¹⁹⁰ Amt für Kinder, Jugend und Familie.

¹⁹¹ (1) Macht ein Elternteil geltend, dass der andere Elternteil die Durchführung einer gerichtlichen Entscheidung oder eines gerichtlich gebilligten Vergleichs über den Umgang mit dem gemeinschaftlichen Kind vereitelt oder erschwert, vermittelt das Gericht auf Antrag eines Elternteils zwischen den Eltern. Das Gericht kann die Vermittlung ablehnen, wenn bereits ein Vermittlungsverfahren oder eine anschließende außergerichtliche Beratung erfolglos geblieben ist.

¹⁹² (2) Das Gericht lädt die Eltern unverzüglich zu einem Vermittlungstermin. Zu diesem Termin ordnet das Gericht das persönliche Erscheinen der Eltern an. In der Ladung weist das Gericht darauf hin, welche Rechtsfolgen ein erfolgloses Vermittlungsverfahren nach Absatz 5 haben kann. In geeigneten Fällen lädt das Gericht auch das Jugendamt zu dem Termin.

privazione totale o parziale della cura parentale. I genitori possono optare per una consulenza degli organi preposti o dei servizi¹⁹³.

La corte deve accertarsi che i genitori siano d'accordo ad incontrarsi. Se viene approvato un accordo tiene luogo del precedente regime. Se l'accordo può essere raggiunto il relativo contenuto deve essere verbalizzato¹⁹⁴.

Se non si raggiunge un amichevole componimento né in mediazione né tramite la consulenza degli organi preposti o dei servizi oppure se un genitore non si presenta alla mediazione, la corte constata con provvedimento inappellabile che la mediazione non ha avuto successo e dà i provvedimenti meglio visti. Se la procedura è stata avviata *ex officio* o su richiesta di un genitore entro un mese i costi seguono quelli del procedimento¹⁹⁵.

In tempo antecedente a queste disposizioni tuttavia veniva già svolta dagli organi di assistenza minorile attività di aiuto preventivo destinato a promuovere l'autotutela dei genitori al fine di prevenire situazioni di crisi.

I servizi di consulenza e supporto offerti dagli organi di assistenza minorile in Germania sono gratuiti per i genitori e i figli che vi fanno ricorso.

In particolare, nei casi di crisi familiari, l'assistenza era ed è diretta ad aiutare a superare i conflitti e le crisi, e in caso di separazione o divorzio, a creare le condizioni che consentano di esercitare congiuntamente la responsabilità dei genitori.

¹⁹³ (3) In dem Termin erörtert das Gericht mit den Eltern, welche Folgen das Unterbleiben des Umgangs für das Wohl des Kindes haben kann. Es weist auf die Rechtsfolgen hin, die sich ergeben können, wenn der Umgang vereitelt oder erschwert wird, insbesondere darauf, dass Ordnungsmittel verhängt werden können oder die elterliche Sorge eingeschränkt oder entzogen werden kann. Es weist die Eltern auf die bestehenden Möglichkeiten der Beratung durch die Beratungsstellen und -dienste der Träger der Kinder- und Jugendhilfe hin.

¹⁹⁴ (4) Das Gericht soll darauf hinwirken, dass die Eltern Einvernehmen über die Ausübung des Umgangs erzielen. Kommt ein gerichtlich gebilligter Vergleich zustande, tritt dieser an die Stelle der bisherigen Regelung. Wird ein Einvernehmen nicht erzielt, sind die Streitpunkte im Vermerk festzuhalten.

¹⁹⁵ (5) Wird weder eine einvernehmliche Regelung des Umgangs noch Einvernehmen über eine nachfolgende Inanspruchnahme außergerichtlicher Beratung erreicht oder erscheint mindestens ein Elternteil in dem Vermittlungstermin nicht, stellt das Gericht durch nicht anfechtbaren Beschluss fest, dass das Vermittlungsverfahren erfolglos geblieben ist. In diesem Fall prüft das Gericht, ob Ordnungsmittel ergriffen, Änderungen der Umgangsregelung vorgenommen oder Maßnahmen in Bezug auf die Sorge ergriffen werden sollen. Wird ein entsprechendes Verfahren von Amts wegen oder auf einen binnen eines Monats gestellten Antrag eines Elternteils eingeleitet, werden die Kosten des Vermittlungsverfahrens als Teil der Kosten des anschließenden Verfahrens behandelt.

8. La legge sulla promozione della mediazione e di altre procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie

La legge sulla promozione della mediazione è in vigore dalla fine di Luglio 2012¹⁹⁶ ha avuto un percorso molto travagliato di cui mi sembra opportuno dare conto.

In data 12 gennaio 2011 il Consiglio dei Ministri tedesco ha approvato un primo progetto di legge federale del Dipartimento federale di Giustizia sulla mediazione¹⁹⁷ anche in vista della attuazione della direttiva 52/08.

Il progetto di legge si dedicava soprattutto ai doveri del mediatore e poi andava ad incidere sulla legge giudiziaria, sul Codice di rito per quanto riguarda l'inserimento della mediazione giudiziaria in campo civile, sulle leggi in materia di famiglia e di lavoro, di marchi e brevetti, sul procedimento amministrativo, tributario e su quello davanti alla Corte sociale.

Il processo di legificazione in materia si è ispirato peraltro alla legge austriaca sulla mediazione del 6 giugno 2003¹⁹⁸: anche la legge spagnola sulla mediazione civile e commerciale del 2012¹⁹⁹ peraltro ha avuto come riferimento questo modello e ciò in quanto l'Austria è stata uno dei primi Paesi che ha regolato la mediazione in Europa.

La conversione in legge del progetto teutonico sarebbe dovuta intervenire entro il mese di maggio 2011, tempo massimo peraltro assegnato dalla direttiva 52/08, ma si annunciarono delle modifiche relative al fatto che non si prevedevano incentivi per coloro che decidessero di mediare, al di fuori della ipotesi della mediazione giudiziaria²⁰⁰.

In data 18 marzo 2011 il Ministro della Giustizia Uta-Maria Kuder (CDU) ebbe inoltre a criticare il progetto, perché non conteneva norme sulla formazione del mediatore²⁰¹; il governo federale chiedeva ancora che la mediazione giudiziaria si radicasse presso tutte le

¹⁹⁶ Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vom 21.07.2012 (BGBl. I S. 1577) m. W. v. 26.07.2012. Per il testo in tedesco ed in inglese v. http://www.bmj.de/DE/Recht/Rechtspflege/MediationSchlichtungInternationaleKonflikteKindschaftssachen/_doc/mediation_was_ist_das.html?nn=1469876

¹⁹⁷ Il progetto di legge originario era datato 12 agosto 2010.

¹⁹⁸ *Zivilrechts-Mediations-Gesetz - Ziv-MediatG.*

¹⁹⁹ Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles in <http://www.boe.es/boe/dias/2012/07/07/pdfs/BOE-A-2012-9112.pdf>

²⁰⁰ Tale carenza peraltro rimane ancora oggi.

²⁰¹ La critica è rimasta al momento parzialmente disattesa.

giurisdizioni²⁰² e che si prevedessero delle linee guida uniformi per quella extragiudiziaria²⁰³ ai fini di una maggiore diffusione.

A tale progetto se ne è aggiunto dunque un altro che è stato adottato in data 14 aprile 2011²⁰⁴.

La relazione del governo federale specifica che questo nuovo progetto rafforzava il principio della riservatezza, regolava alcuni requisiti minimi attinenti ai mediatori, rendeva possibile progetti pilota di *Gerichtsinterne Mediation*²⁰⁵.

La *Gerichtsinterne Mediation* è un tipo di mediazione che è nata nella Bassa Sassonia nel 2002 e che investe più tribunali in tutta la Germania. Viene svolta da giudici addestrati che non si occupano del caso in fase giudicante.

Anche a seguito dell'ampia consultazione svolta tra i soggetti coinvolti²⁰⁶ il 15 dicembre 2011 è stato approvato un altro progetto dal *Bundestag* e la normativa è andata all'attenzione del *Bundesrat*²⁰⁷; in esso si è ritenuto di cancellare la *Gerichtsinterne Mediation*²⁰⁸ per dare invece spazio al giudice conciliatore o moderatore di giustizia (*Güterichter*), figura presente in Baviera ed in altri *Länder*²⁰⁹.

Sulla base di quest'ultimo progetto²¹⁰ ha preso corpo la legge sulla promozione della mediazione e di altre procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie che è appunto entrata in vigore il 26 luglio 2012.

Ne vediamo di seguito il contenuto tenendo conto che si tratta di una normativa in divenire: comunque il Governo federale sarà tenuto entro il 26 luglio 2017 a presentare un rapporto al *Bundestag* sull'impatto della legge e lo sviluppo della mediazione in Germania,

²⁰² Questa richiesta è andata a buon fine parzialmente: non ci sono disposizioni, infatti, per il processo penale.

²⁰³ Cfr. il comunicato stampa del Governo in <http://www.regierung-mv.de>; per il testo integrale del parere v. <http://gesetzgebung.beck.de/sites/gesetzgebung.beck.de/files/br-drs60-11-B.pdf>.

²⁰⁴ Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung - Drucksache 17/5335 (Disegno di legge sulla promozione della mediazione e altri metodi di risoluzione alternativa delle controversie - Stampato 17/535).

²⁰⁵ All'uopo il progetto di legge richiede uno progetto accademico per valutare i costi (v. art. 1. §6).

²⁰⁶ Cfr. per i riferimenti a tutti pareri richiesti <http://gesetzgebung.beck.de/node/1006518>.

²⁰⁷ Che ha posto mano all'esame del disegno di legge a febbraio 2012.

²⁰⁸ "Die im Regierungsentwurf vorgesehenen Bestimmungen zur gerichtsinernen Mediation werden gestrichen." Così recita la Commissione giuridica del Bundestag.

²⁰⁹ Ad esempio la Turingia.

²¹⁰ Zusammenstellung des Entwurfs eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung - Drucksachen 17/5335, 17/5496 - mit den Beschlüssen des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) (Compilazione del progetto di legge per promuovere la mediazione e altri metodi di risoluzione alternativa delle controversie - stampati 17/5335, 17/5496 - con le decisioni della commissione giuridica (Comitato 6)). Cfr. <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/080/1708058.pdf>

sulla situazione della formazione iniziale e successiva dei mediatori, anche tenendo conto delle clausole di apertura a favore dei *Länder* in tema di costi.

In particolare, la relazione esaminerà e valuterà se per garantire la qualità e la tutela dei consumatori nel campo della formazione iniziale e successiva dei mediatori siano necessarie ulteriori misure legislative. Ed evidentemente, se necessarie, le proporrà all'interno della relazione²¹¹.

Vediamo ora i contenuti della *Mediationsgesetz* a partire dalla definizione di mediazione.

La mediazione è un processo riservato e strutturato in cui le parti si impegnano, su una base volontaria ed in autonomia, a raggiungere una amichevole soluzione del loro conflitto con l'assistenza di uno o più mediatori.

Il mediatore è una persona indipendente e neutrale, senza alcun potere decisionale che guida le parti attraverso una mediazione²¹².

Il mediatore viene scelto dalle parti²¹³.

Il mediatore deve assicurarsi che le parti abbiano compreso i principi fondamentali della procedura e il modo in cui la procedura è condotta e che essi stanno partecipando alla mediazione volontariamente²¹⁴.

²¹¹ Art. 1 § 8 (1) (2)

§ 8 Evaluierung

(1) Die Bundesregierung berichtet dem Deutschen Bundestag bis zum 26. Juli 2017, auch unter Berücksichtigung

der kostenrechtlichen Länderöffnungsklauseln, über die Auswirkungen dieses Gesetzes auf die Entwicklung der Mediation in Deutschland und über die Situation der Aus- und Fortbildung der Mediatoren. In dem Bericht ist insbesondere zu untersuchen und zu bewerten, ob aus Gründen der Qualitätssicherung und des Verbraucherschutzes weitere gesetzgeberische Maßnahmen auf dem Gebiet der Aus- und Fortbildung von Mediatoren notwendig sind.

(2) Sofern sich aus dem Bericht die Notwendigkeit gesetzgeberischer Maßnahmen ergibt, soll die Bundesregierung diese vorschlagen.

²¹² Art. 1 § 1 (1) (2)

§ 1 Begriffsbestimmungen

(1) Mediation ist ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben.

(2) Ein Mediator ist eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt.

²¹³ Art. 1 § 2 (1)

§ 2 Verfahren; Aufgaben des Mediators

(1) Die Parteien wählen den Mediator aus.

²¹⁴ Art. 1 § 2 (2)

(2) Der Mediator vergewissert sich, dass die Parteien die Grundsätze und den Ablauf des Mediationsverfahrens verstanden haben und freiwillig an der Mediation teilnehmen.

È obbligo del mediatore trattare tutte le parti allo stesso modo. Egli promuove la comunicazione tra le parti e garantisce che le parti si siano integrate nel processo di mediazione attraverso un'equa ed appropriata partecipazione. Può condurre sessioni separate con le parti a condizione che vi sia il consenso da parte di tutte²¹⁵.

I terzi non possono essere coinvolti nella mediazione senza il consenso di tutte le parti²¹⁶.

Le parti possono porre fine alla mediazione in qualsiasi momento. Anche il mediatore può porre fine alla mediazione, in particolare se ritiene che non sia prevedibile una comunicazione reciproca responsabile od un accordo tra le parti²¹⁷.

In caso di raggiungimento di un accordo il mediatore deve comunque garantire che le parti siano pienamente consapevoli delle sottese circostanze e del contenuto.

Il mediatore informa le parti che non sono accompagnate da consulenti che possono rivedere l'accordo con questi ultimi, se necessario. Con il consenso delle parti, l'accordo raggiunto sarà documentato in un accordo finale²¹⁸.

Si tenga ben presente che il mediatore è responsabile per la facilitazione della comunicazione e per il mantenimento dell'equilibrio tra le parti, ma non per il risultato concreto dei negoziati²¹⁹.

Il mediatore deve comunicare alle parti ogni circostanza che possa incidere sulla sua indipendenza e la neutralità. In presenza di tali inficianti circostanze egli può fungere da mediatore solo se le parti lo convengono espressamente²²⁰.

²¹⁵ Art. 1 § 2 (3)

(3) Der Mediator ist allen Parteien gleichermaßen verpflichtet. Er fördert die Kommunikation der Parteien und gewährleistet, dass die Parteien in angemessener und fairer Weise in die Mediation eingebunden sind. Er kann im allseitigen Einverständnis getrennte Gespräche mit den Parteien führen.

²¹⁶ Art. 1 § 2 (4)

(4) Dritte können nur mit Zustimmung aller Parteien in die Mediation einbezogen werden.

²¹⁷ Art. 1 § 2 (5)

(5) Die Parteien können die Mediation jederzeit beenden. Der Mediator kann die Mediation beenden, insbesondere wenn er der Auffassung ist, dass eine eigenverantwortliche Kommunikation oder eine Einigung der Parteien nicht zu erwarten ist.

²¹⁸ Art. 1 § (6)

(6) Der Mediator wirkt im Falle einer Einigung darauf hin, dass die Parteien die Vereinbarung in Kenntnis der Sachlage treffen und ihren Inhalt verstehen. Er hat die Parteien, die ohne fachliche Beratung an der Mediation teilnehmen, auf die Möglichkeit hinzuweisen, die Vereinbarung bei Bedarf durch externe Berater überprüfen zu lassen. Mit Zustimmung der Parteien kann die erzielte Einigung in einer Abschlussvereinbarung dokumentiert werden.

²¹⁹

http://www.bmj.de/DE/Recht/Rechtspflege/MediationSchlichtungInternationaleKonflikteKindschaftssachen/_doc/mediation_was_ist_das.html?nn=1469876

²²⁰ Art. 1 § 3 (1)

§ 3 Offenbarungspflichten; Tätigkeitsbeschränkungen

Un mediatore non può operare in una controversia che veda coinvolta una parte con cui in precedenza ha avuto un rapporto di lavoro. Al mediatore non può essere permesso di agire nella stessa questione per alcuna delle parti durante o successivamente all'opera prestata nella mediazione²²¹.

Ad una persona non è permesso di agire come mediatore se un suo collaboratore o membro dello stesso ufficio ha agito per una delle parti nella stessa questione prima della mediazione.

A tale persona peraltro non sarà permesso di agire per una delle parti nella medesima controversia né durante, né successivamente alla mediazione²²².

Queste restrizioni possono essere superate in caso sia data alle parti una completa informazione, se le parti abbiano fornito il proprio consenso e se l'operato del mediatore possa considerarsi nell'interesse della giustizia²²³.

Il mediatore è tenuto ad informare le parti, su loro richiesta, in merito al suo background professionale, circa la sua formazione e la sua esperienza nel campo della mediazione²²⁴.

Il mediatore e tutti coloro che sono coinvolti nella realizzazione della mediazione sono tenute al segreto, salvo che la legge non disponga diversamente. Questo requisito si applica a tutte le informazioni che vengono rese note durante la loro attività.

Fatte salve le disposizioni di legge che regolano il dovere di confidenzialità, questo dovere non si applica²²⁵ 1) se è richiesta la comunicazione del contenuto dell'accordo

(1) Der Mediator hat den Parteien alle Umstände offenzulegen, die seine Unabhängigkeit und Neutralität beeinträchtigen können. Er darf bei Vorliegen solcher Umstände nur als Mediator tätig werden, wenn die Parteien dem ausdrücklich zustimmen.

²²¹ Art. 1 § 3 (2)

(2) Als Mediator darf nicht tätig werden, wer vor der Mediation in derselben Sache für eine Partei tätig gewesen ist. Der Mediator darf auch nicht während oder nach der Mediation für eine Partei in derselben Sache tätig werden.

²²² Art. 1 § 3 (3)

(3) Eine Person darf nicht als Mediator tätig werden, wenn eine mit ihr in derselben Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft verbundene andere Person vor der Mediation in derselben Sache für eine Partei tätig gewesen ist. Eine solche andere Person darf auch nicht während oder nach der Mediation für eine Partei in derselben Sache tätig werden.

²²³ Art. 1 § 3 (4).

(4) Die Beschränkungen des Absatzes 3 gelten nicht, wenn sich die betroffenen Parteien im Einzelfall nach umfassender Information damit einverstanden erklärt haben und Belange der Rechtspflege dem nicht entgegenstehen.

La norma sui rapporti di lavoro del mediatore o dei suoi collaboratori è stata inserita nel secondo progetto.

²²⁴ Art. 1 § 3 (5)

(5) Der Mediator ist verpflichtet, die Parteien auf deren Verlangen über seinen fachlichen Hintergrund, seine Ausbildung und seine Erfahrung auf dem Gebiet der Mediation zu informieren.

²²⁵ Art. 1 § 4 (1)

risultante dalla mediazione ai fini dell'applicazione o dell'esecuzione di tale accordo, 2) ovvero se la comunicazione sia prevista per ragioni imperative di ordine pubblico (*ordre public*), in particolare quando sussista una grave minaccia per il benessere di un bambino o nel caso di danno grave all'integrità fisica o mentale di una persona o ancora 3) qualora si tratti di fatti che sono di comune conoscenza o non sono sufficientemente importanti da giustificare un trattamento riservato²²⁶.

Il mediatore informa le parti sulla portata degli obblighi di riservatezza²²⁷.

Il mediatore assicura sotto la propria responsabilità che, in virtù di una appropriata formazione iniziale e di una regolare formazione successiva, egli possiede le conoscenze teoriche e le esperienze pratiche al fine di svolgere la mediazione in modo competente²²⁸.

Una formazione iniziale adeguata in particolare dovrebbe fornire 1) la conoscenza dei principi fondamentali della mediazione, del suo procedimento e della cornice in cui si muovono 2) la conoscenza della negoziazione e delle tecniche di comunicazione, 3) la conoscenza della gestione dei conflitti, 4) la conoscenza della legge di mediazione e del ruolo del diritto nella mediazione e 5) esercitazioni pratiche, giochi di ruolo e di supervisione²²⁹.

§ 4 Verschwiegenheitspflicht

Der Mediator und die in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundenen Personen sind zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit gesetzlich nichts anderes geregelt ist. Diese Pflicht bezieht sich auf alles, was ihnen in Ausübung ihrer Tätigkeit bekannt geworden ist. Ungeachtet anderer gesetzlicher Regelungen über die Verschwiegenheitspflicht gilt sie nicht, soweit

²²⁶ Art. 1 § 4 (1) n. 1-3

1. die Offenlegung des Inhalts der im Mediationsverfahren erzielten Vereinbarung zur Umsetzung oder Vollstreckung dieser Vereinbarung erforderlich ist, 2. die Offenlegung aus vorrangigen Gründen der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) geboten ist, insbesondere um eine Gefährdung des Wohles eines Kindes oder eine schwerwiegende Beeinträchtigung der physischen oder psychischen Integrität einer Person abzuwenden, oder 3. es sich um Tatsachen handelt, die offenkundig sind oder ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen.

²²⁷ Art. 1 § 4 (2)

Der Mediator hat die Parteien über den Umfang seiner Verschwiegenheitspflicht zu informieren.

Nel secondo progetto anche il principio di riservatezza è stato oggetto di una maggiore specificazione ed è comparsa però la deroga sulla ragionevolezza del segreto.

²²⁸ Art. 1 § 5 (1)

1) Der Mediator stellt in eigener Verantwortung durch eine geeignete Ausbildung und eine regelmäßige Fortbildung sicher, dass er über theoretische Kenntnisse sowie praktische Erfahrungen verfügt, um die Parteien in sachkundiger Weise durch die Mediation führen zu können.

²²⁹ Art. 1 § 5 (1)

Eine geeignete Ausbildung soll insbesondere vermitteln:

1. Kenntnisse über Grundlagen der Mediation sowie deren Ablauf und Rahmenbedingungen,
2. Verhandlungs- und Kommunikationstechniken,
3. Konfliktkompetenz,

Questi elementi peraltro erano già presenti dal 2009 nella formazione da mediatori degli avvocati berlinesi²³⁰.

Una persona può essere autorizzata a definirsi mediatore certificato se ha completato la relativa formazione e soddisfa i requisiti dell'ordinanza di cui al § 6: si tratta di uno strumento statutario che verrà emessa dal Ministero della Giustizia²³¹.

Il mediatore certificato deve riqualificarsi in conformità dei requisiti della predetta ordinanza²³².

Il Ministro Federale della Giustizia è autorizzato ad adottare senza il consenso del *Bundesrat* un'ordinanza contenente disposizioni più dettagliate sulla formazione iniziale per diventare un mediatore certificato e per la formazione successiva, così come per gli standard applicabili alla formazione iniziale e successiva. Nell'ordinanza ai sensi dell'alinea 1 possono in particolare essere stabiliti:

- 1) disposizioni più dettagliate sul contenuto della formazione iniziale, con l'indicazione della cornice nella quale vanno collocati gli elementi della formazione iniziale e in secondo luogo per consentirgli di acquisire la richiesta esperienza pratica;
- 2) disposizioni particolareggiate sul contenuto della formazione successiva;
- 3) il numero minimo di ore di insegnamento per la formazione iniziale e successiva;
- 4) gli intervalli di tempo in cui conseguire la formazione successiva;
- 5) i requisiti degli insegnanti impiegati nella formazione iniziale e successiva dagli istituti di istruzione;
- 6) disposizioni le quali prevedono che, e che indicano come, le istituzioni certificano la partecipazione ad un programma di formazione di base e successiva;
- 7) le norme inerenti il completamento della formazione;
- 8) le disposizioni transitorie per le persone che sono già impiegate come mediatori antecedentemente all'entrata in vigore della legge sulla mediazione²³³.

4. Kenntnisse über das Recht der Mediation sowie über die Rolle des Rechts in der Mediation sowie
5. praktische Übungen, Rollenspiele und Supervision.

La norma costituisce aggiunta dell'ultimo progetto in tema.

²³⁰ Cfr. http://www.rak-berlin.de/site/DE/int/PDF_Mitglieder/180413_AusschussBRAKMediator.pdf

²³¹ Art. 1 § 5 (2)

(2) Als zertifizierter Mediator darf sich bezeichnen, wer eine Ausbildung zum Mediator abgeschlossen hat, die den Anforderungen der Rechtsverordnung nach § 6 entspricht.

²³² Art. 1 § 5 (3)

(3) Der zertifizierte Mediator hat sich entsprechend den Anforderungen der Rechtsverordnung nach § 6 fortzubilden.

Ad oggi l'ordinanza del Ministero non è ancora stata emanata²³⁴.

Ben prima di questa normativa il Codice deontologico degli avvocati²³⁵ ha disciplinato la figura dell'avvocato "neutro" con due norme: il § 18²³⁶ prevede che se l'avvocato agisce in qualità di mediatore, conciliatore o arbitro, egli è soggetto alle norme di diritto professionale ed il § 7a prevede che può dirsi mediatore, colui che può dimostrare attraverso una formazione adeguata, che ha imparato i principi della procedura di mediazione²³⁷.

Il 1° maggio 2013 il *RAK Berlin* ha voluto tener conto della modifica legislativa di cui all'art. 1 § 5 (1) *Mediationsgesetz* ed ha mutato il dettato del §7a del Codice deontologico che ha adesso la seguente formulazione: "L'avvocato che si descrive come mediatore, possiede i requisiti del § 5 comma 1 della Legge sulla mediazione in materia di istruzione e formazione, conoscenza teorica ed esperienza pratica"²³⁸.

²³³ Art. 1 § 6

§ 6 Verordnungsermächtigung

Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates nähere Bestimmungen über die Ausbildung zum zertifizierten Mediator und über die Fortbildung des zertifizierten Mediators sowie Anforderungen an Aus- und Fortbildungseinrichtungen zu erlassen. In der Rechtsverordnung nach Satz 1 können insbesondere festgelegt werden:

1. nähere Bestimmungen über die Inhalte der Ausbildung, wobei eine Ausbildung zum zertifizierten Mediator die in § 5 Absatz 1 Satz 2 aufgeführten Ausbildungsinhalte zu vermitteln hat, und über die erforderliche Praxiserfahrung;
2. nähere Bestimmungen über die Inhalte der Fortbildung;
3. Mindeststundenzahlen für die Aus- und Fortbildung;
4. zeitliche Abstände, in denen eine Fortbildung zu erfolgen hat;
5. Anforderungen an die in den Aus- und Fortbildungseinrichtungen eingesetzten Lehrkräfte;
6. Bestimmungen darüber, dass und in welcher Weise eine Aus- und Fortbildungseinrichtung die Teilnahme an einer Aus- und Fortbildungsveranstaltung zu zertifizieren hat;
7. Regelungen über den Abschluss der Ausbildung;
8. Übergangsbestimmungen für Personen, die bereits vor Inkrafttreten dieses Gesetzes als Mediatoren tätig sind.

In sede di progetto ci voleva indicare una data entro cui l'ordinanza dovesse essere adottata.

²³⁴ Se ne dovrebbe occupare l'Unità 7 del Ministero della Giustizia che si occupa altresì dell'arbitrato e della conciliazione ex § 15a EGZPO. Cfr. http://www.bmj.de/DE/Recht/Rechtspflege/MediationSchlichtungInternationaleKonflikteKindschaftssachen/_node.html

²³⁵ Berufsordnung in der Fassung vom 1.11.2011

²³⁶ Vermittelnde, schlichtende oder mediative Tätigkeit

Wird der Rechtsanwalt als Vermittler, Schlichter oder Mediator tätig, so unterliegt er den Regeln des Berufsrechts.

²³⁷ § 7a Mediator

Als Mediator darf sich bezeichnen, wer durch geeignete Ausbildung nachweisen kann, dass er die Grundsätze des Mediationsverfahrens beherrscht.

²³⁸ Der Rechtsanwalt, der sich als Mediator bezeichnet, hat die Voraussetzungen nach § 5 Abs. 1 Mediationsgesetz im Hinblick auf Aus- und Fortbildung, theoretische Kenntnisse und praktische Erfahrungen zu erfüllen.

Tra gli enti formativi c'è chi propone già oggi un corso in cinque moduli per un montante di 120 ore che permetterebbe di ottenere la certificazione²³⁹. Ma in assenza dell'emanazione dell'ordinanza ministeriale la denominazione di "mediatore certificato" è preclusa²⁴⁰.

La Federazione e i *Länder* possono trovare accordi per effettuare progetti di ricerca universitaria che accertino l'impatto finanziario che potrebbe avere un supporto economico alla mediazione in sede locale²⁴¹.

Il sostegno alla mediazione può essere concesso nel quadro di progetti di ricerca sulla base della domanda di una persona che ha necessità di agire in giudizio se, in relazione a circostanze personali o finanziarie, i costi di mediazione non possono, o possono essere parzialmente, pagati o possono essere pagati solo a rate da tale persona, e se il perseguimento previsto di azioni legali o di difesa legale non sembra essere vessatorio.

Il giudice sarà tenuto a decidere sulla domanda, alla condizione che la ricerca sia operata presso quella Corte. La decisione è inappellabile. I dettagli saranno regolati dagli accordi tra la Federazione e i *Länder* ai sensi del comma 1²⁴².

Il governo federale, dopo la conclusione dei progetti di ricerca universitari, informa il *Bundestag* dell'esperienza maturata e delle constatazioni fatte²⁴³.

La mediazione nelle controversie civili, che sia stata offerta in Corte prima del 26 luglio 2012 e che viene condotta durante i procedimenti di corte da un giudice che non ha potere

²³⁹ <http://www.streitvermittler.de/ausbildung-mediation-1.html>

²⁴⁰ http://www.rak-berlin.de/site/DE/int/03-fuer-mitglieder/03_02-berufsrecht/03_02_04a-Mediation/container-mediation.php

²⁴¹ Art. 1 § 7 (1)

7 Wissenschaftliche Forschungsvorhaben; finanzielle Förderung der Mediation

(1) Bund und Länder können wissenschaftliche Forschungsvorhaben vereinbaren, um die Folgen einer finanziellen Förderung der Mediation für die Länder zu ermitteln.

²⁴² Art. 1 § 7 (2)

(2) Die Förderung kann im Rahmen der Forschungsvorhaben auf Antrag einer rechtsuchenden Person bewilligt werden, wenn diese nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten einer Mediation nicht, nur zum Teil oder nur in Raten aufbringen kann und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht mutwillig erscheint. Über den Antrag entscheidet das für das Verfahren zuständige Gericht, sofern an diesem Gericht ein Forschungsvorhaben durchgeführt wird. Die Entscheidung ist unanfechtbar. Die Einzelheiten regeln die nach Absatz 1 zustande gekommenen Vereinbarungen zwischen Bund und Ländern.

²⁴³ Art. 1 § 7 (3)

(3) Die Bundesregierung unterrichtet den Deutschen Bundestag nach Abschluss der wissenschaftlichen Forschungsvorhaben über die gesammelten Erfahrungen und die gewonnenen Erkenntnisse.

decisionale nella questione, può continuare ad essere condotta sino al 1° agosto 2013 con la nomina usuale di un mediatore di corte²⁴⁴.

La stessa disposizione si applica alla mediazione presso le corti amministrativa, sociale, tributaria e del lavoro²⁴⁵.

Con quest'ultima disposizione si esaurisce quello che il dettato generale della disciplina della mediazione.

Il previgente disegno di legge sulla promozione prevedeva: "I governi dei länder hanno il potere di determinare con ordinanza che sia offerta la *Gerichtsinterne Mediation* per le cause civili. La *Gerichtsinterne Mediation* può essere assegnata un tribunale per i distretti di diverse Corti. I governi dei *Länder* possono delegare tale potere alla competente autorità suprema federale". La *Gerichtsinterne Mediation* è stata sostituita, come già osservato, dal procedimento da tenersi presso il *Güterichter*

L'articolo 2 della legge sulla promozione della mediazione e di altre procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie, si occupa in primo luogo del Codice di rito (ZPO).

Il codice di procedura civile nella versione nota del 5 dicembre 2005 come da ultimo modificato dall'art. 3 della legge 22 dicembre 2011 (BGBl. I, pag. 3044) è modificato nelle norme che seguono²⁴⁶.

Il § 41 è modificato come segue:²⁴⁷

²⁴⁴ Art. 1 § 9 (1)

§ 9 Übergangsbestimmung

(1) Die Mediation in Zivilsachen durch einen nicht entscheidungsbefugten Richter während eines Gerichtsverfahrens, die vor dem 26. Juli 2012 an einem Gericht angeboten wird, kann unter Fortführung der bisher verwendeten Bezeichnung (gerichtlicher Mediator) bis zum 1. August 2013 weiterhin durchgeführt werden.

²⁴⁵ (2) Absatz 1 gilt entsprechend für die Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, der Sozialgerichtsbarkeit, der Finanzgerichtsbarkeit und der Arbeitsgerichtsbarkeit.

²⁴⁶ Artikel 2

Änderung der Zivilprozessordnung

Die Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), die zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. Oktober 2011 (BGBl. I S. 2082) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:.

²⁴⁷ 2. § 41 wird wie folgt geändert:

a) In Nummer 6 wird der Punkt am Ende durch ein Semikolon ersetzt.

b) Folgende Nummer 7 wird angefügt:

„7. in Sachen, in denen er an einem Mediationsverfahren oder einem anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung mitgewirkt hat.“

a) Al paragrafo 6, il punto è sostituito alla fine da un punto e virgola.

b) è aggiunto il seguente paragrafo 7:

"7 nei casi in cui è stato coinvolto nella mediazione, o in qualsiasi altro metodo di risoluzione alternativa delle controversie".

Il § 41 ZPO dispone opportunamente oggi che il giudice non possa giudicare un caso se ha prestato in esso ufficio di mediatore o abbia gestito altro metodo alternativo di risoluzione delle controversie.

La seguente alinea è aggiunta al § 159 comma (2):

"Un verbale di un'udienza di conciliazione o di ulteriori tentativi di conciliazione davanti ad un giudice di conciliazione ai sensi dell'art 278 comma (5) deve essere redatto solo su domanda presentata da entrambe le parti".

Il § 159 ZPO è destinato alla verbalizzazione processuale: si prevede che la verbalizzazione di una conciliazione davanti al giudice o davanti la giudice conciliatore dipenda dal consenso delle parti.

Il § 253 comma (3), è riformulato come segue:

"(3) La domanda deve contenere:

1 una dichiarazione che indichi se, prima del deposito del ricorso, abbia avuto luogo una mediazione od altro processo di risoluzione dei conflitti extra-giudiziale, nonché una dichiarazione relativa al fatto che sussistano motivi che ostacolino una definizione bonaria;

2 una dichiarazione del valore della materia in discussione se la giurisdizione della corte dipende da questa e l'oggetto della controversia non costituisce una specifica somma di denaro;

3 una dichiarazione che indichi se ci sono delle ragioni che potrebbero precludere l'aggiudicazione della questione ad un giudice monocratico ".

Il legislatore tedesco si pone qui col § 253 comma (3) ZPO, sulla falsa riga di quello anglosassone prevedendo che gli avvocati palesino al giudice 1) se ci sono già tentativi bonari, 2) se ci sono motivi che impediscano tali forme di composizione; così accade nel regno Unito e ad esempio in California: il giudice può comprendere dunque agevolmente se ci sono fatti o motivi per cui un ulteriore tentativo bonario avrebbe scarsa possibilità di trovare coronamento.

Il § 278 n. 5 è modificato come segue:

La corte può indirizzare le parti ad una udienza di conciliazione e ad ulteriori tentativi di conciliazione presso un giudice designato per questo fine che non ha potere decisionale nella questione (giudice conciliatore). Il giudice conciliatore può adoperare tutti i metodi di risoluzione dei conflitti inclusa la mediazione²⁴⁸.

Il c. 5 del § 278 ZPO previgente prevedeva che il giudice potesse nominare un altro giudice (o che esso potesse essere richiesto dalle parti) per la conciliazione ovvero che potesse proporre alle parti un altro metodo alternativo di risoluzione delle controversie.

Oggi la norma prevede l'abrogazione in questa sede della facoltà di proporre un altro metodo alternativo di risoluzione delle controversie e considera solo l'invio delle parti ad un giudice conciliatore o moderatore di giustizia (*Güterichter*)²⁴⁹.

Questa novità è stata introdotta per sostituire, lo si ribadisce, la *Gerichtsinterne Mediation* che appunto si è ritenuto di eliminare. La figura del giudice conciliatore è già presente, si è detto, ad esempio in Baviera e Turingia.

Dopo il § 278 è aggiunto il § 278a "Mediazione, risoluzione extra-giudiziale dei conflitti"²⁵⁰.

(1) Il giudice può invitare le parti a perseguire la mediazione od altro processo di

²⁴⁸ 5. § 278 Absatz 5 wird wie folgt gefasst:

"(5) Das Gericht kann die Parteien für die Güteverhandlung sowie für weitere Güteversuche vor einen hierfür bestimmten und nicht entscheidungsbefugten Richter (Güterichter) verweisen. Der Güterichter kann alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen."

²⁴⁹ Che peraltro si modifica nel quinto comma (art. 2 c. 5 disegno di legge sulla promozione cit.)

²⁵⁰ 1. Die Inhaltsübersicht wird nach der Angabe zu § 278 folgende Angabe eingefügt: „§ 278a Mediation, außergerichtliche Konfliktbeilegung“.

risoluzione dei conflitti extra giudiziario.

(2) Se le parti decidono di perseguire una mediazione o altro extragiudiziale dei conflitti processo di risoluzione, il tribunale ordina la sospensione del procedimento²⁵¹.

Ciò significa che la mediazione od altro sistema ADR si affiancano al già previsto e descritto tentativo di conciliazione introdotto nel 2002 (§ 278 ZPO): il giudice può ora proporli alle parti.

In precedenza si stabiliva anche una disciplina sull'esecuzione dell'accordo di mediazione ma è stata eliminata²⁵².

L'articolo 3 della legge sulla promozione della mediazione e di altre procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie si occupa poi della legge sulla procedura in materia familiare e in materia di giurisdizione volontaria del 17 Dicembre 2008 (FamFG)²⁵³, come da ultimo modificata dall'articolo 4 della legge del 15 marzo 2012²⁵⁴, e la modifica ulteriormente come segue²⁵⁵.

La seguente alinea è inserita dopo la seconda alinea del § 23 comma (1):

²⁵¹ 6. Nach § 278 wird folgender § 278a eingefügt:

„§ 278a Mediation, außergerichtliche Konfliktbeilegung

(1) Das Gericht kann den Parteien eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen.

(2) Entscheiden sich die Parteien zur Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, ordnet das Gericht das Ruhen des Verfahrens an.“

²⁵² Ne diamo comunque cenno. Raggiunto l'accordo di mediazione esso è dichiarato esecutivo su richiesta scritta di tutte le parti o, su richiesta fatta da un parte con l'espresso consenso delle altre parti. In tal caso si applica il § 796a comma 2. Prima della decisione sulla richiesta di esecutività l'altra parte può essere sentita se contraria. Sugli ostacoli alla esecuzione è il giudice che decide in un termine ragionevole. L'esecuzione della determinazione richiede il consenso delle parti. L'esecutività non è concessa se l'accordo non è valido. La decisione è presa con deliberazione non soggetta ad appello. La dichiarazione di esecutività spetta alla corte distrettuale cui si fa riferimento nel contratto di mediazione.

In mancanza di tale designazione e se il luogo del processo di mediazione è ubicato all'interno del paese, il tribunale competente è quello nella cui circoscrizione la mediazione si è tenuta.

In altri casi è competente il tribunale distrettuale di Berlino. Con il consenso di tutte le parti l'accordo di mediazione può anche essere dichiarato esecutivo da un notaio tedesco (art. 3 § 6 e 7 precedente disegno di legge sulla promozione cit.)

²⁵³ Gazzetta ufficiale federale I, pagina 2586, 2587.

²⁵⁴ BGBl. 2012 II, p 178.

²⁵⁵ Artikel 3

Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586, 2587), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 15. März 2012 (BGBl. 2012 II S. 178) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

Nei casi appropriati, la domanda dovrebbe contenere una dichiarazione che indichi se, prima del deposito del ricorso, abbia avuto luogo una mediazione od altro processo di risoluzione dei conflitti extra-giudiziale, nonché una dichiarazione relativa al fatto che sussistano motivi che ostacolano una definizione bonaria²⁵⁶.

E dunque anche alla domanda introduttiva del giudizio in materia di famiglia andrà palesato se ci sono stati già tentativi bonari e se ci sono ostacoli a tale definizione.

La seguente alinea è inserita dopo la seconda alinea del § 28 comma (4):

"Il tentativo di raggiungere un accordo amichevole tramite la conciliazione davanti a un giudice ai sensi della § sezione 36 comma (5) devono essere registrati in un verbale, solo se tutti i partecipanti acconsentono a ciò"²⁵⁷.

Anche qui, come nel giudizio civile, si evidenzia che è necessario il consenso delle parti per verbalizzare il tentativo di conciliazione.

Il seguente comma 5 è aggiunto al § 36:

La corte può indirizzare le parti ad una udienza di conciliazione e ad ulteriori tentativi di conciliazione presso un giudice designato per questo fine che non ha potere decisionale nella questione (giudice conciliatore). Il giudice conciliatore può adoperare tutti i metodi di risoluzione dei conflitti inclusa la mediazione²⁵⁸. I commi da 1 e 4 si applicano anche alla procedura condotta dal giudice conciliatore.

La formulazione è identica a quella di cui al 278 c. 5 ZPO.

²⁵⁶ 2. Nach § 23 Absatz 1 Satz 2 wird folgender Satz eingefügt:

„Der Antrag soll in geeigneten Fällen die Angabe enthalten, ob der Antragstellung der Versuch einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorausgegangen ist sowie eine Äußerung dazu, ob einem solchen Verfahren Gründe entgegenstehen.“

²⁵⁷ 3. Nach § 28 Absatz 4 Satz 2 wird folgender Satz eingefügt:

„Über den Versuch einer gütlichen Einigung vor einem ersuchten Richter wird ein Vermerk nur angefertigt, wenn alle Beteiligten sich einverstanden erklären.“

²⁵⁸ 4. Dem § 36 wird folgender Absatz 5 angefügt:

"(5) Das Gericht kann die Beteiligten für den Versuch einer gütlichen Einigung vor einen hierfür bestimmten und nicht entscheidungsbefugten Richter (Güterichter verweisen. Der Güterichter kann alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen. Für das Verfahren vor dem Güterichter gelten die Absätze 1 bis 4 entsprechend."

Ai sensi del § 36 FamFG - siamo nel procedimento di primo grado in materia familiare - le parti possono raggiungere un accordo su diritti disponibili, ed anche il giudice è tenuto a perseguire la via del tentativo di componimento bonario, salvo il rispetto della legge sulla protezione della violenza.

Il giudice dunque e secondo la nuova formulazione può anche inviare la parti da un *Güterichter* che persegue la strada stragiudiziale meglio vista.

Dopo il § 36, è inserito il seguente § 36a:

"§ 36a Mediazione, risoluzione stragiudiziale dei conflitti

(1) La Corte può proporre ad una o a tutte le parti una mediazione o un altro metodo di risoluzione alternativa delle controversie. Le preoccupazioni legittime della persona che sia stata destinataria di atti di violenza devono essere rispettate in relazione alla tutela apprestata in merito dalla legge.

(2) Se le parti decidono di partecipare ad una mediazione o ad altro metodo di risoluzione alternativa delle controversie, il giudice deve sospendere il processo.

(3) Rimangono salvi in capo alla Corte i poteri di autorizzare o di sospendere la mediazione o ad altro metodo di risoluzione alternativa delle controversie"²⁵⁹.

Il giudice della famiglia può dunque proporre alle parti la mediazione o un altro metodo extragiudiziale di risoluzione delle controversie. Data la delicatezza della materia giustamente rimangono intatti in capo alla Corte i poteri di "gestione" del mezzo alternativo.

Il § 81 comma 2, punto 5 è modificato come segue:

" al partecipante che non ha rispettato un ordine del tribunale di partecipazione a una

²⁵⁹ 5. Nach § 36 wird folgender § 36a eingefügt:

„§ 36a Mediation, außergerichtliche Konfliktbeilegung

(1) Das Gericht kann einzelnen oder allen Beteiligten eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen. In Gewaltschutzsachen sind die schutzwürdigen Belange der von Gewalt betroffenen Person zu wahren.

(2) Entscheiden sich die Beteiligten zur Durchführung einer gerichtsnahen oder gerichtswegigen Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, setzt das Gericht das Verfahren aus.

(3) Gerichtliche Anordnungs- und Genehmigungsvorbehalte bleiben von der Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung unberührt.“

sessione di informazioni gratuite sulla mediazione o su qualche altro mezzo di risoluzione extragiudiziale delle controversie ai sensi del § 156 comma 1 frase 3 od un ordine del tribunale di partecipare ad una consultazione ai sensi del § 156 comma 1 alinea 4 non è rispettato, a meno che il coinvolto, a meno che non vi sia una legittima giustificazione. ²⁶⁰

Il § 81 FamFG si occupa della irrogazione delle spese processuali nel procedimento di famiglia. Si prevede quindi con la nuova modifica che il giudice possa addossare le spese in tutto o in parte al litigante o ai litiganti che non abbiano partecipato ad una procedura alternativa obbligatoria ovvero qualora non abbiano violato l'obbligo di consultazione di un counseling o dei servizi tesa ad impostare un accordo.

Il § 135 è modificato come segue:

- a) nel titolo le parole "risoluzione delle dispute" sono sostituite con le parole "risoluzione dei conflitti".
- b) il comma 1 è modificato come segue:
 - aa) La designazione ", comma (1)" è soppressa.
 - bb) Nella alinea 1, le parole "risoluzione delle dispute" sono sostituite con le parole "risoluzione dei conflitti".
- c) il paragrafo 2 è abrogato²⁶¹.

In sostanza si specifica che in caso di divorzio e di questioni consequenziali la sessione informativa che può disporre il giudice e che è obbligatoria per le parti può riguardare non solo le controversie, ma anche i conflitti.

²⁶⁰ 6. § 81 Absatz 2 Nummer 5 wird wie folgt gefasst:

„5. der Beteiligte einer richterlichen Anordnung zur Teilnahme an einem kostenfreien Informationsgespräch über Mediation oder über eine sonstige Möglichkeit der außergerichtlichen Konfliktbeilegung nach § 156 Absatz 1 Satz 3 oder einer richterlichen Anordnung zur Teilnahme an einer Beratung nach § 156 Absatz 1 Satz 4 nicht nachgekommen ist, sofern der Beteiligte dies nicht genügend entschuldigt hat.“

²⁶¹ 7. § 135 wird wie folgt geändert:

- a) In der Überschrift wird das Wort „Streitbeilegung“ durch das Wort „Konfliktbeilegung“ ersetzt.
- b) Absatz 1 wird wie folgt geändert:
 - aa) Die Absatzbezeichnung „(1)“ wird gestrichen.
 - bb) In Satz 1 wird das Wort „Streitbeilegung“ durch das Wort „Konfliktbeilegung“ ersetzt.
- c) Absatz 2 wird aufgehoben.

Nel § 150, comma 4, alinea 2, dopo le parole "§ 135", la parola comma "1" è soppressa²⁶².

È una modifica necessitata dal cambiamento del § 135 FamFG.

Siamo nell'ambito del procedimento di divorzio e delle spese che dal giudice possono essere addossate a chi non abbia partecipato alla sessione informativa di un procedimento extragiudiziale.

Il seguente comma 4 è aggiunto al § 155:

"(4) se il tribunale ha sospeso della procedura ai sensi del comma 1 per una mediazione od altro mezzo alternativo di risoluzione dei conflitti, il processo riprende regolarmente entro tre mesi se le parti non raggiungono un accordo amichevole."²⁶³

Il codice della famiglia prevede una sezione destinata alle procedure da condursi in presenza di infanti e il § 155 FamFG ne fa parte.

Esso stabilisce che tali procedure (con riferimento alla residenza, al diritto di visita dei bambini ed altro) abbiano una corsia preferenziale.

L'aggiunta in commento prevede, a tutela di tale percorso accelerato, che comunque il processo debba riprendere entro tre mesi se è stato sospeso per celebrare un rito alternativo.

Il § 156 è modificato come segue:

a) al comma (1) è così modificato:

aa) La terza alinea è formulata come segue:

"Il giudice può ordinare che i genitori partecipino, singolarmente o insieme, ad una riunione informativa, a titolo gratuito, per quanto riguarda la mediazione od un'altra possibilità di una risoluzione del conflitto extragiudiziale con una persona o un fornitore

²⁶² 8. In § 150 Absatz 4 Satz 2 wird nach der Angabe „§ 135“ die Angabe „Abs. 1“ gestrichen.

²⁶³ 9. Dem § 155 wird folgender Absatz 4 angefügt:

„(4) Hat das Gericht ein Verfahren nach Absatz 1 zur Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung ausgesetzt, nimmt es das Verfahren in der Regel nach drei Monaten wieder auf, wenn die Beteiligten keine einvernehmliche Regelung erzielen.“

designato dal tribunale e di gradimento delle parti. "

bb) Nella quarta alinea, la parola "anche" è inserita dopo la parola "può".

cc) Nella quinta alinea, le parole "l'ordine deve" è sostituita dalla parole "gli ordini ai sensi della terza e quarta alinea devono".

b) al comma (3), seconda alinea, una virgola e le parole "in una riunione, a titolo gratuito, per quanto riguarda la mediazione od un'altra possibilità di risoluzione extragiudiziale dei conflitti " sono inserite dopo la parola "consultazione ".²⁶⁴

Siamo sempre nella sezione destinata alle procedure da condursi in presenza di infanti.

In caso di separazione e divorzio l'art. 156 c 1 terza alinea FamFG stabiliva, prima della modifica, che il tribunale nei casi che coinvolgono la custodia, la residenza, i diritti di visita e di consegna degli infanti, doveva indicare, nei casi appropriati, la possibilità di mediazione o altra risoluzione alternativa delle controversie.

Oggi il giudice può:

- 1) coltivare in ogni momento l'accordo con le parti, se ciò non è in contrasto con il benessere del bambino²⁶⁵;
- 2) indicare le modalità di una eventuale consulenza degli organi consultivi e dei servizi di supporto (l'Ufficio per i giovani, bambini e famiglie) al fine di sviluppare un piano concordato per l'esercizio della patria potestà e della responsabilità genitoriale;
- 3) ordinare che i genitori singolarmente o congiuntamente partecipino a una sessione informativa gratuita in materia di mediazione o di altro strumento di risoluzione alternativa dei conflitti in tribunale assegnata ad una persona o ad un *provider* di gradimento delle parti;

²⁶⁴ 10. § 156 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) Satz 3 wird wie folgt gefasst:

„Das Gericht kann anordnen, dass die Eltern einzeln oder gemeinsam an einem kostenfreien Informationsgespräch über Mediation oder über eine sonstige Möglichkeit der außergerichtlichen Konfliktbeilegung bei einer von dem Gericht benannten Person oder Stelle teilnehmen und eine Bestätigung hierüber vorlegen.“

bb) In Satz 4 wird nach dem Wort „kann“ das Wort „ferner“ eingefügt.

cc) In Satz 5 werden die Wörter „Die Anordnung ist“ durch die Wörter „Die Anordnungen nach den Sätzen 3 und 4 sind“ ersetzt.

b) In Absatz 3 Satz 2 werden nach dem Wort „Beratung“ ein Komma sowie die Wörter „an einem kostenfreien Informationsgespräch über Mediation oder einer sonstigen Möglichkeit der außergerichtlichen Konfliktbeilegung“ eingefügt.

²⁶⁵ Se ad es. il bambino vive in un ambiente violento coltivare un accordo potrebbe non essere saggio.

4) ordinare la partecipazione ad una procedura per la definizione di un piano concordato²⁶⁶.

Entrambi gli ordini peraltro non saranno autonomamente impugnabili.

Se vi è un ordine di partecipazione da parte della corte ad una sessione informativa di mediazione ovvero ad una procedura per l'impostazione del piano concordato, il giudice condanna alle spese il genitore che non si presenta ingiustificatamente²⁶⁷.

Se le parti raggiungono un accordo sulla gestione del bambino e sul suo spostamento il giudice può approvarlo se non è contrario agli interessi dello stesso.

Se un accordo non viene raggiunto in materia di residenza e diritti di visita, il giudice deve discutere l'adozione dei provvedimenti provvisori con le parti e con l'Ufficio per i giovani, bambini e famiglie²⁶⁸. I genitori prenderanno parte ad una consultazione, ad un mezzo alternativo oppure saranno destinatari di una valutazione scritta sulla cui base il giudice prenderà o regolerà i provvedimenti provvisori. I minori devono essere comunque sentiti prima dell'emissione dei provvedimenti provvisori.

Vi è poi un intervento²⁶⁹ con riguardo alla legge sui Tribunali del Lavoro nella versione promulgata il 2 Luglio 1979 (ArbGG)²⁷⁰, da ultimo modificata dall'articolo 6 della legge 24 Novembre 2011²⁷¹.

1 Il seguente comma 6 è aggiunto al § 54

Il presidente può rimettere le parti al *Güterichter*, che è un magistrato che non ha poteri decisionali. Il *Güterichter* può usare qualsiasi metodo di risoluzione alternativa compresa la mediazione²⁷².

²⁶⁶ In precedenza questa era l'unica ipotesi di obbligatoria partecipazione stabilita dal § 156 FamFG.

²⁶⁷ Cfr. § 81 c. 5 che abbiamo già analizzato.

²⁶⁸ Amt für Kinder, Jugend und Familie.

²⁶⁹ Artikel 4

Änderung des Arbeitsgerichtsgesetzes

Das Arbeitsgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Juli 1979 (BGBl. I S. 853, 1036), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 24. November 2011 (BGBl. I S. 2302) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

²⁷⁰ BGBl. I, pag 853, 1036.

²⁷¹ Gazzetta ufficiale federale I, pag 2302.

²⁷² (2) Die Klage kann bis zum Stellen der Anträge ohne Einwilligung des Beklagten zurückgenommen werden.

In der Güteverhandlung erklärte gerichtliche Geständnisse nach § 288 der Zivilprozeßordnung haben nur dann bindende Wirkung, wenn sie zu Protokoll erklärt worden sind. § 39 Satz 1 und § 282 Abs. 3 Satz 1 der Zivilprozeßordnung sind nicht anzuwenden.

Il § 54 ArbGG stabilisce una conciliazione di carattere volontario sia per le parti sia per il giudice.

La modifica interviene rendendo possibile l'invito alle parti di conciliare per mezzo di un giudice conciliatore o moderatore di giustizia (*Güterichter*)²⁷³.

Si inserisce poi la mediazione come metodo di risoluzione dei conflitti²⁷⁴.

Il seguente § 54a è inserito dopo il punto 54:

"Sezione 54a

La mediazione, risoluzione dei conflitti extragiudiziale

(1) Il giudice può invitare le parti a cercare la mediazione o altro processo extragiudiziale di risoluzione dei conflitti.

(2) Se le parti decidono di portare avanti la mediazione o altro processo extragiudiziale la risoluzione dei conflitti, il tribunale ordina la sospensione del procedimento. Su richiesta di una delle parti, deve essere fissato un termine per l'udienza. In caso contrario, il giudice è tenuto a riprendere il processo dopo tre mesi a meno che le parti non indichino all'unanimità che la ricerca di una mediazione od il corso del processo extra-giudiziale di risoluzione dei conflitti siano ancora in corso. "²⁷⁵

(3) Das Ergebnis der Güteverhandlung, insbesondere der Abschluß eines Vergleichs, ist in die Niederschrift aufzunehmen.

(4) Erscheint eine Partei in der Güteverhandlung nicht oder ist die Güteverhandlung erfolglos, schließt sich die weitere Verhandlung unmittelbar an oder es ist, falls der weiteren Verhandlung Hinderungsgründe entgegenstehen, Termin zur streitigen Verhandlung zu bestimmen; diese hat alsbald stattzufinden.

(5) Erscheinen oder verhandeln beide Parteien in der Güteverhandlung nicht, ist das Ruhen des Verfahrens anzuordnen. Auf Antrag einer Partei ist Termin zur streitigen Verhandlung zu bestimmen. Dieser Antrag kann nur innerhalb von sechs Monaten nach der Güteverhandlung gestellt werden. Nach Ablauf der Frist ist § 269 Abs. 3 bis 5 der Zivilprozeßordnung entsprechend anzuwenden.

(6) Der Vorsitzende kann die Parteien für die Güteverhandlung sowie deren Fortsetzung vor einen hierfür bestimmten und nicht entscheidungsbefugten Richter (*Güterichter*) verweisen. Der *Güterichter* kann alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen.

²⁷³ § 54 c. 6

²⁷⁴ § 54a

²⁷⁵ 2. Nach § 54 wird folgender § 54a eingefügt:

„§ 54a

Mediation, außergerichtliche Konfliktbeilegung

(1) Das Gericht kann den Parteien eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen.

(2) Entscheiden sich die Parteien zur Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, ordnet das Gericht das Ruhen des Verfahrens an. Auf Antrag einer Partei ist Termin zur mündlichen Verhandlung zu bestimmen. Im Übrigen nimmt das Gericht das Verfahren nach drei Monaten wieder auf, es sei denn, die Parteien legen übereinstimmend dar, dass eine Mediation oder eine außergerichtliche Konfliktbeilegung noch betrieben wird.“

In ordine alla sospensione del procedimento, il § 55 ArbGG novellato ci dice che la decisione è prerogativa del Presidente del collegio²⁷⁶; il § 64 ArbGG modificato prevede che la mediazione od altro strumento di risoluzione alternativa può celebrarsi anche in appello²⁷⁷; il § 80 ArbGG, dedicato ai principi in materia di decisione, ci spiega che ai fini della decisione il Presidente della corte deve tener conto della mediazione e degli strumenti extragiudiziali e che può tenere una udienza di conciliazione con le stesse regole del primo grado²⁷⁸; il § 83a ArbGG prevede che le parti possano sempre chiedere di comporre in tutto o in parte bonariamente la vertenza davanti al giudice o davanti ai *Güterichters* ²⁷⁹ e il § 87 ArbGG precisa che il ricorso in appello deve tenere conto anche della mediazione e dei mezzi alternativi come proposti dai *Güterichters* ²⁸⁰.

Con l'articolo 5 la legge sulla promozione della mediazione e degli altri strumenti alternativi estende la mediazione (§ 278a ZPO) e la conciliazione (§ 278 ZPO) del codice di rito al processo sociale, se le differenze tra le procedure non lo impediscono²⁸¹.

Parimenti l'art. 6 estende la mediazione (§ 278a ZPO) e la conciliazione (§ 278 ZPO) al processo amministrativo²⁸². E l'art. 8 svolge la stessa operazioni a favore del campo tributario²⁸³.

²⁷⁶ 3. § 55 Absatz 1 Nummer 8 wird wie folgt gefasst:

„8. über die Aussetzung und Anordnung des Ruhens des Verfahrens;“.

²⁷⁷ 4. In § 64 Absatz 7 werden nach den Wörtern „der §§ 52, 53, 55 Abs. 1 Nr. 1 bis 9, Abs. 2 und 4,“ die Wörter „des § 52 Absatz 6, des § 54a,“ und nach den Wörtern „ehrenamtlichen Richter,“ die Wörter „Güterichter, Mediation und außergerichtliche Konfliktbeilegung,“ eingefügt.

²⁷⁸ Der Vorsitzende kann ein Güteverfahren ansetzen;...

²⁷⁹ 6. In § 83a Absatz 1 werden nach den Wörtern „oder des Vorsitzenden“ die Wörter „oder des Güterichters“ eingefügt.

²⁸⁰ 7. In § 87 Absatz 2 Satz 1 werden nach den Wörtern „ehrenamtlichen Richter,“ die Wörter „Güterichter, Mediation und außergerichtliche Konfliktbeilegung,“ eingefügt.

²⁸¹ Artikel 5

Änderung des Sozialgerichtsgesetzes

In § 202 Satz 1 des Sozialgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. September 1975 (BGBl. I S. 2535), das zuletzt durch Artikel 8 des Gesetzes vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3057) geändert worden ist, werden nach dem Wort „Zivilprozeßordnung“ die Wörter „einschließlich § 278 Absatz 5 und § 278a“ eingefügt.

²⁸² Artikel 6

Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung

In § 173 Satz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991 (BGBl. I S. 686), die zuletzt durch Artikel 5 Absatz 2 des Gesetzes vom 24. Februar 2012 (BGBl. I S. 212) geändert worden ist, werden nach dem Wort „Zivilprozeßordnung“ die Wörter „einschließlich § 278 Absatz 5 und § 278a“ eingefügt.

²⁸³ Artikel 8

Änderung der Finanzgerichtsordnung

L'art. 7 della legge sulla promozione della mediazione e degli altri strumenti alternativi si occupa degli incentivi: concede ai *Länder* di utilizzare strumenti statutari per ridurre entro un certo importo o per annullare i costi processuali se il processo si è interrotto con il ritiro del ricorso o con l'accettazione della offerta di mediazione o di altro strumento di risoluzione extraprocessuale o con la prospettazione di procedere con questi strumenti negli atti introduttivi del giudizio o ancora con l'accettazione dell'invito del giudice a perseguire la via degli strumenti alternativi; e ciò vale sia per il primo grado sia per l'appello nei tribunali dei *Länder*²⁸⁴.

L'articolo 7a infine prevede la stessa possibilità di riduzione od annullamento dei costi processuali nell'ambito del processo della famiglia²⁸⁵.

In § 155 der Finanzgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. März 2001 (BGBl. I S. 442, 2262; 2002 I S. 679), die zuletzt durch Artikel 2 Absatz 35 des Gesetzes vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S.3044) geändert worden ist, werden nach dem Wort „Zivilprozessordnung“ die Wörter „einschließlich § 278 Absatz 5 und § 278a“ eingefügt.

²⁸⁴ Artikel 7

Änderung des Gerichtskostengesetzes

Das Gerichtskostengesetz vom 5. Mai 2004 (BGBl. I S. 442, 2262; 2002 I S. 679), das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 24. November 2011 (BGBl. I S. 2302) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Dem § 70 wird folgender § 69b vorangestellt:

"§ 69b Verordnungsermächtigung

Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung zu bestimmen, dass die von den Gerichten der Länder zu erhebenden Verfahrensgebühren über die in den Nummern 1211, 1411, 5111, 5113, 5211, 5221, 6111, 6211, 7111, 7113 und 8211 des Kostenverzeichnisses bestimmte Ermäßigung hinaus weiter ermäßigt werden oder entfallen, wenn das gesamte Verfahren nach einer Mediation oder nach einem anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung durch Zurücknahme der Klage oder des Antrags beendet wird und in der Klage- oder Antragschrift mitgeteilt worden ist, dass eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung unternommen wird oder beabsichtigt ist, oder wenn das Gericht den Parteien die Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorgeschlagen hat. Satz 1 gilt entsprechend für die in den Rechtsmittelzügen von den Gerichten der Länder zu erhebenden Verfahrensgebühren; an die Stelle der Klage- oder Antragschrift tritt der Schriftsatz, mit dem das Rechtsmittel eingelegt worden ist."

2. In Nummer 1640 der Anlage 1 (Kostenverzeichnis) werden im Gebührentatbestand die Wörter "§ 148 Abs. 1 und 2" durch die Wörter "§ 148 Absatz 1 und 2 des Aktiengesetzes" ersetzt.'

²⁸⁵ Artikel 7a

Änderung des Gesetzes über Gerichtskosten in Familiensachen

Dem § 62 des Gesetzes über Gerichtskosten in Familiensachen vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586, 2666), das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 23. Mai 2011 (BGBl. I S. 898) geändert worden ist, wird folgender § 61a vorangestellt:

"§ 61a Verordnungsermächtigung

Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung zu bestimmen, dass die von den Gerichten der Länder zu erhebenden Verfahrensgebühren in solchen Verfahren, die nur auf Antrag eingeleitet werden, über die im Kostenverzeichnis für den Fall der Zurücknahme des Antrags vorgesehene Ermäßigung hinaus weiter ermäßigt werden oder entfallen, wenn das gesamte Verfahren oder bei Verbundverfahren nach § 44 eine Folgesache nach einer Mediation oder nach einem anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung durch Zurücknahme des Antrags beendet wird und in der Antragschrift mitgeteilt worden ist, dass eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung unternommen wird oder beabsichtigt ist, oder wenn das Gericht den Beteiligten die

Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorgeschlagen hat. Satz 1 gilt entsprechend für die im Beschwerdeverfahren von den Oberlandesgerichten zu erhebenden Verfahrensgebühren; an die Stelle der Antragschrift tritt der Schriftsatz, mit dem die Beschwerde eingelegt worden ist."
