

The phenomenon of mediation:
judicial perspectives and an eye on
the future

Il fenomeno della mediazione:
prospettive giudiziali e obbiettivi
futuri

by
Rhys Clift

Preface

It is 20 years since I was first accredited as a mediator by CEDR in 1998. It is 19 years since the Civil Procedure Rules were implemented, following the recommendations of Lord Woolf, which brought mediation to centre stage in the administration of justice in England and Wales.

It is 10 years since the European Mediation Directive was passed by the European Union (in 2008), to be implemented by the summer of 2011.

In 2014 the European Parliament issued a report assessing the impact of the Mediation Directive and proposing measures to increase the number of mediations in the European Union. And in October 2017 the Civil Justice Council issued an interim report entitled "*ADR and Civil Justice*" with the objective of reviewing the ways in which ADR is encouraged and positioned within civil justice in England and Wales with a view to further encouragement of the use of ADR, including mediation.

This is therefore a very convenient point at which to assess the use and development of mediation. What seems clear is that there is a continuing need to provide knowledge and information about the nature of mediation, its use and effectiveness. With this in mind I will be in due course publishing the Second Edition of my book entitled "*Mediation in England and Wales*". In advance of publication of the main book I am, however, now republishing one of the main papers contained in it entitled "*The phenomenon of mediation: judicial perspectives and an eye on the future*".

I am enclosing within this publication both the original English and Italian texts.

The enclosed paper is deliberately short and concise, in order that the reader can readily absorb some of the core information on mediation, principally facilitative mediation. Although the original paper was published in 2010 it was deliberately drafted to contain a substantial amount of generic content, much of which remains valid today.

It is always important that those involved in legal disputes (whether domestic disputes, disputes of a personal character or complex international, commercial disputes) should understand the procedures by which those disputes are resolved. In order to play, it is essential to understand the rules of the game; and mediation is no exception. I hope that the enclosed paper will facilitate such an understanding.

Contents

	Page
1. The phenomenon of mediation: judicial perspectives and an eye on the future	1 – 14
2. Il fenomeno della mediazione: prospettive giudiziali e obiettivi futuri	15 – 30

Appendices

	Page
A. About the Author	31 – 32
B. Book reviews for the First Edition of “Mediation in England and Wales” by Rhys Clift, first published in 2010.	33 – 34

The phenomenon of mediation: judicial perspectives and an eye on the future¹

Rhys Clift²

Introduction

The “Review of Civil Litigation Costs: Final Report” by Sir Rupert Jackson was published on 14 January 2010³. It contains yet further support for Alternative Dispute Resolution (ADR), and mediation in particular. Prompted by the publication of the Final Report, this article sets out some points about mediation, its function, its place in civil justice, the likely effect of the European Mediation Directive, the role of mediation in the maritime field and, in particular, expresses a short note of concern about how mediation might develop. The author does not purport to cover the entire ground but touches upon a few selected areas and in particular focuses on certain views expressed, prior to the Final Report, by senior members of the judiciary in support of the wider use of mediation. Mediation is something of a global phenomenon, as a short glimpse on the internet alone will attest; but this article is primarily concerned with the picture in England and Wales. Mediation is in many ways a remarkable process; vigorous, dynamic and effective. Its wider use is to be encouraged; its development should be handled with care.

Disputes: the case for settlement

Historically, disputes were resolved in trial by battle; one lived, one died. Litigation and arbitration were developed as a fine set of rules to allow parties to obtain an adjudication to resolve legal disputes, even quite ferocious disputes, in a disciplined and effective manner without the need for bloodshed. But again, the idea is that there is a decision, and generally a winner(s) and a loser(s).

¹ This article was first published in the Journal of International Maritime Law at (2009) 15 JML 5008.

² Rhys Clift is a solicitor and commercial mediator. He has lectured widely on dispute resolution and insurance in the UK, Scandinavia, Europe, the USA and South America. He was short-listed in the CEDR Awards for Excellence in ADR 2006 and 2008.

³ The Final Report can be found on the website Judiciary of England and Wales at www.judiciary.gov.uk. Following publication of the Final Report, the Senior Judiciary has considered its response. The Judicial Executive Board has agreed to support the recommendations of the Final Report and has established a Judicial Steering Group to lead judicial contributions to its implementation

However, the vast majority of cases settle, generally by negotiation, leaving a small minority where settlement is truly impossible or where settlement is inappropriate, for example test cases to set a precedent or cases where publicity is both necessary and desirable. Both are relatively rare.

In March 2008 Lord Phillips, now President of the Supreme Court, expressed this view:

...It is madness to incur the considerable expense of litigation [...] without making a determined attempt to reach an amicable settlement. The idea that there is only one just result of every dispute, which only the Court can deliver is, I believe, illusory...⁴

Life was ever thus. More recently in June 2009 Lord Clarke observed:

A truth that our civil justice system has long recognised: that the vast majority of disputes settle before trial - the present figure of 98 per cent settlement rate mirrors that which was noted in the 1820s by the Common Law Commissioners [...] only a madman does not want to settle⁵.

I will touch on some of the reasons in a moment, but plainly effective new procedures that facilitate settlement must be welcomed. And although this is a matter of fine judgment in each case, this must be so especially if they facilitate earlier settlement, for example before incurring the costs of disclosure, witness statements, experts' reports and trial. Indeed the case for early settlement, with most "routine" disputes (as distinct from, say, the most complex civil fraud cases) is even more compelling with the advent of E Disclosure with the inevitable additional delay, cost and technical difficulty this must entail.

The effective management of litigation and arbitration requires considerable skill. It may be necessary, even essential, to go through some of the main procedural steps including, for instance, disclosure and exchange of witness statements and experts' reports, in order to put an individual case into the strongest position from which to negotiate, whether that negotiation is conducted in the usual way or through mediation. But a sharp focus on settlement on the 'right terms' (whatever they may be) remains an imperative for almost all cases.

⁴ Lord Phillips of Worth Matravers, then Lord Chief Justice of England and Wales 'Alternative Dispute Resolution, An English Viewpoint', India 29 March 2008.

⁵ Lord Clarke of Stone-Cum-Ebony, Master of the Rolls: 'Mediation ± An Integral Part of our Litigation Culture', Littleton Chambers Annual Mediation Evening, Gray's Inn, 8 June 2009.

What, in a nutshell, is mediation?

Mediation is a relatively new and highly effective means to settle commercial disputes, often more quickly and more cheaply than by normal litigation, arbitration and negotiation. Mediation has a long history in family and labour relations, it has featured in international diplomacy and particularly in the Far East.

There are essentially two types of mediation; facilitative and evaluative. In evaluative mediation (something of a minority sport) the mediator at some point may express a view to the parties about the strengths and weaknesses of their cases, or about what might be a fair and just resolution to their dispute. This will almost never happen in facilitative mediation (although mediation agreements often contain a liberty for the mediator to express such views, if all the parties so wish).

In facilitative mediation a neutral third party, a mediator, assists the parties to settle their disputes. It is a voluntary process of managed negotiation where the parties negotiate their own deal, but it has a timetable, a structure and dynamics which 'simple' negotiation lacks. Mediators issue no judgments or awards. They control the process, not the result. Facilitative mediation is the dominant form of mediation used for the resolution of commercial disputes in England and Wales.

Mediation is a subset of ADR which includes for example adjudication (widely used in the construction industry) and early neutral evaluation. Mediation is probably the most widely used form of ADR. The mediator is the catalyst. The presence of, and the role played by the independent third party mediator is the key distinguishing feature of the process.

When mediation was in its infancy in the United Kingdom, about 20 years ago, and even 10 years ago, it attracted considerable scepticism. Some thought that it would probably, or inevitably result in a soft compromise or 50/50 split. In fact, in practice it is absolutely nothing like this. In mediation hard issues are often confronted and difficult things are said. Mediation is even effective in resolving disputes involving allegations of fraud or dishonesty, where a soft compromise or 50/50 split may have no place. Significantly it can preserve not only the relationships between the parties in the dispute but the reputations of the individuals involved (which can be important in relation to maritime matters where there may be substantial 'repeat business'). It is particularly effective at resolving multi-party disputes which can be so difficult to resolve by negotiation and where settlement discussions can (and do) break down on the whim of one party. Finally, and most particularly, mediation works; cases settle. The settlement rate is somewhere between 75 and 80 per cent, either on the day or shortly after.

What is the position of mediation in civil justice in England and Wales?

Arbitration and litigation proceedings in England and Wales are in many respects excellent; highly developed and refined, respected for honesty, thoroughness and intellectual rigour. And the legal process is arguably indispensable. In June 2009 Lord Clarke echoed the views of many senior jurists when he said:

*An effective Civil Justice System that is readily accessible to everyone is an absolutely essential element of any open, democratic society committed to the rule of law.*⁶

No one would dispute this. However, and these are broad generalisations, the legal process has its deficiencies which can be remedied in suitable cases (and at a suitable time) by the use of mediation. Many of the shortcomings of litigation and arbitration apply equally wherever the legal process is conducted, whether in England and Wales or elsewhere under foreign systems of law.

What are these shortcomings? Without denigrating the processes one jot, litigation and arbitration can be, to put it a little bluntly, slow, costly, adversarial and risky; slow to achieve a final result (judgment or award), costly with the inevitable time and effort required (by lawyers, barristers, experts, witnesses and clients), adversarial by its very form and method, risky in the sense that there is (rarely) any guarantee of result. The law is not physics; it is not a discipline of perfection. And whatever the care and skill applied, there are sometimes nasty surprises (inconvenient documents, inadequate witnesses and experts, surprising judgments). Indeed these are some of the factors that have always motivated parties to settle and must form the basis of the views expressed on the wisdom of settlement by Lords Clarke and Phillips, both of whom had extensive knowledge of litigation from their time at the bar before going to the bench.

Litigation (and arbitration) is also necessarily focused on the past (perhaps a distant past by the time matters finally come to trial) whereas mediation is directed to the future.

The enormous potential of mediation has been recognised at the very highest level in the English judiciary for some time. Lord Woolf may well have been a pioneer in this respect in 1998/9, but his views have since spread widely. Lord Phillips declared his position in March 2008: *Let me end by nailing my colours firmly to the mast. I number myself with Sir Anthony Coleman and Sir Gavin Lightman as an enthusiastic supporter of ADR*⁷. In May 2008 Lord Clarke (Sir Anthony Clarke, as he then was) was equally unequivocal:

⁶ Lord Clarke *ibid.*

⁷ Lord Phillips (n 2).

...ADR in general and mediation in particular, where it is the appropriate ADR mechanism, must become an integral part of our litigation culture. It must become such a well established part of it that when considering the proper management of litigation it forms as intrinsic and as instinctive a part of our lexicon and thought processes as standard considerations like what, if any, expert evidence is required...

He goes further, expressing the view that mediation must become *'...part of the culture; so that it becomes second nature to us all'*.⁸

Perhaps the full integration of mediation has since been achieved? In June 2009 Lord Clarke expressed the position succinctly thus:

*...Mediation and ADR are part of the civil procedure process. Thus, as I see it, mediation too is an integral part of litigation, and not simply ancillary to it. [...] Mediation is an adjunct to formal justice.*⁹

Indeed, in some quarters there are suggestions that mediation is even usurping the function of the civil justice system. Nothing could be further from the truth. The courts exist to try cases and in appropriate cases (the tiny minority) will always be there to discharge that function. Those who are engaged in disputes, whether as a routine part of their daily work or, sadly, where they have become wrapped up in a dispute in their personal life, will always have access to justice (although at a price).

Here again are the views of Lord Clarke:

*Speaking only for myself (as they say in the Court of Appeal [where he then sat]) I do not think that the proper use of ADR and mediation supplants in any way the role of the courts or risks any downgrading of civil justice. On the contrary the existence of the judges and the courts remain in order to determine the rights and obligations of the parties in the very few cases in which settlement is impossible.*¹⁰

There are those who favour referring disputes to mediation even before proceedings are started; Lord Phillips is one. Indeed some favour making mediation compulsory or mandatory (attendance and participation at mediation that is, not settlement). And the spread of compulsory mediation is foreshadowed by the European Mediation Directive (see below). But for all sorts of good reasons mediation before the commencement of proceedings is relatively unusual (at least

⁸ Sir Anthony Clarke, Master of the Rolls, the Second Civil Mediation Council National Conference 'The Future of Civil Mediation', Birmingham 8 May 2008

⁹ Lord Clarke (n 3)

¹⁰ *ibid.* Lord Clarke was appointed as a Justice of the Supreme Court with effect from 1 October 2009; the first Justice to be appointed direct to the Supreme Court.

for the present). These reasons include (with a particular eye on maritime disputes) preservation of time bar, securing an advantageous jurisdiction, obtaining security for a claim or preserving evidence (including by search and seizure in suitable cases).

Mediation is therefore most usually invoked after the commencement of proceedings, in tandem with legal process; it is the silk glove on the iron fist of litigation (or arbitration). And in this it discloses part of its heritage in international diplomacy, when it was often bolstered by the sword or the gun ship.

Why has mediation not spread more rapidly - misconceptions and a lack of education?

Although there has certainly been a significant increase in the use of mediation in England and Wales in recent years, it has not spread as rapidly as it might have done. If the process is so good, so effective, the question must be: 'Why not?' This is something of a puzzle, given some of the obvious virtues and values of mediation. Perhaps it is because, even now, nearly ten years after the reform of the rules of civil justice in 1999 (the Woolf Reforms), which first brought mediation to prominence, misconceptions remain. Many of the key ideas and concepts are thought to be well known and understood; it is voluntary, without prejudice, private and confidential, it necessarily involves an independent mediator and the like. But nonetheless there is undoubtedly an enduring need to explain what mediation is and, moreover, how it works. Sir Anthony Clarke rather lamented in May 2008: *'Experience...shows even now there are far too many people who know far too little about mediation. I think we can all agree that this has to change...'*¹¹.

And this view has been reiterated most recently in Sir Rupert Jackson's report (Review of Civil Litigation Costs: Final Report). The report aims to set out a coherent package of interlocking reforms designed to control costs in litigation and to promote access to justice. Sir Rupert observes:

*Alternative Dispute Resolution (ADR) (particularly mediation) has a vital role to play in reducing the costs of civil disputes by fomenting the early settlement of cases. ADR is, however, underused. Its potential benefits are not as widely known as they should be.*¹²

¹¹ Sir Anthony Clarke (n 6).

¹² Note1.

He then recommends:

**There should be a serious campaign to ensure that all litigation lawyers and judges are properly informed of how ADR works, and the benefits it can bring.*

**...An authoritative handbook for ADR should be prepared, explaining what ADR is and how it works and listing reputable providers of ADR services. This handbook should be used as the standard work for the training of judges and lawyers.¹³*

I shall return to the latter point in a moment, and will touch on the former in the context of maritime disputes.

But it must be said that it is somewhat curious that misconceptions and misunderstandings persist. Over a number of years there has been a veritable explosion of interest in mediation and a substantial growth in the number of mediation service providers. In this, I am not thinking simply of the United Kingdom (although very significant progress has been made here) but generally internationally both in the common law nations and more recently in the civil law nations (where costs pressures are said to be less of a factor in settlement). Again, this much is clear if one only looks on the internet. There is a vast literature available, in a multitude of languages.

Literature may not be the best way of teaching this new art. It is often best to explain in person, by talk or seminar. But reference works certainly have their place. In this the Insurance Institute of London is playing its part. Under its programme of Research Study Groups the IIL is creating a 'manual' of mediation by and for the insurance and reinsurance industry (and this will include of course the maritime industry) under the chairmanship of Paul Moss of Montpellier Re. The book is to be published later in 2010 and will go some way to providing the sort of manual that Sir Rupert, perhaps, had in mind (and although sharply focussed on a particular industry, it has substantial generic content).

The inherent conservatism of the legal profession and the paradigm shift

Has the spread of use of the process been restrained by the inherent conservatism of the legal profession? Perhaps...It has been the case until relatively recently that mediation meant very little to English lawyers. Indeed, some had a negative attitude towards mediation and some may still have; such views can be heard (although less so, latterly). Until recently lawyers in England were not trained in negotiation skills or dispute resolution either at university or in law school. The inevitable consequence was that this had an effect on their thinking and way of working.

¹³ *ibid*

The emphasis was on the process of handling disputes; knowledge of the rules of arbitration organisations and familiarity with the Commercial Court Guide. The mindset was to identify issues and unearth evidence by way of documents, witness testimony and expert opinion, the objective being to place that material in a suitable form, at a suitable time before an arbitrator or a judge. Less emphasis perhaps, was placed upon seeking out a solution. Perhaps this is, in part, an expression of English reserve (and deference?), of sticking to the rules, forming queues and a reluctance to haggle.

Surely, however, matters have changed? Law firms have undergone a cultural change of approach. Almost all now have 'Dispute Resolution' departments, rather than litigation departments. And mediation has been a key feature and driver of this process.

Perhaps then it is less a matter of lack of familiarity on the part of lawyers and the judiciary, but, rather, a lack of familiarity with, and understanding of, mediation within society generally; that is, amongst the clients, the users of the courts and arbitration processes. Even this is something of a surprise; many members of the judiciary, solicitors, barristers, mediators and mediation service providers have put in enormous time and effort to spread the word over many years. Perhaps it is simply the fact that the enormous cultural and social change represented by the spread of mediation simply takes time; and a great deal of time at that.

New ideas will always take time to reach acceptance; their integration into orthodox thought follows a predictable pattern: first they are ignored, if they persist they may be treated with hostility or derision and then, finally, suddenly they form part of mainstream thinking. One can think of parallel examples in art (Picasso's Blue Period), science (heliocentricity, plate tectonics) and social justice (universal suffrage).

Some view the phenomenon of mediation as a change of radical proportions, comparable even to the revolution worked by the Judicature Acts at the end of the nineteenth century. Perhaps it is simply an illustration of the time required to recognise, and adapt to, a paradigm shift?

However, presumably for those who have never actually taken part in mediation, its subtle alchemy has remained and will remain a mystery; after all how can a voluntary, non-binding, non-decision making process solve what are often long standing, entrenched and sometimes bitter disputes? Participation in the process is often a revelation.

What will be the impact of the new European Mediation Directive?

The Mediation Directive was published in the Official Journal of the European Union on 24 May 2008 and took effect from 11 June 2008.¹⁴ It is the culmination of a body of work within the European Union, including the European green paper published by the Commission in 2002,¹⁵ the European Code of Conduct for mediators launched in 2004¹⁶ and the draft Mediation Directive published in October 2004.¹⁷

ADR has been recommended directly or indirectly by a diverse body of other European Union legal instruments or proposals, for example those touching on legal aid, family relationships, consumer disputes in e-commerce, so called open network provision (telephony) and the Framework Directive for electronic communications networks. It can be seen by this that ADR and mediation have already penetrated wide and deep into the structures of the European Union and that, notwithstanding the fact that most of the Member States in the European Union are civil law states, mediation is strongly supported within the European Union.

The Directive applies only to cross border disputes, in other words disputes where parties are domiciled or resident in two different Member States. But nothing in the Directive prevents Member States from extending the scope of any implementation legislation they pass to Cover domestic disputes.

At present within the European Union there exists quite a wide variety of practice in mediation. It seems almost certain that the Mediation Directive will give a new impetus to the spread of knowledge and use of mediation within the European Union, including here in the UK, and probably well beyond, given the range and extent of relationships between EU and non-EU states. It should also go some way to standardising the practice.

Where does mediation feature in the maritime world?

From the time of the implementation of the new Civil Procedure Rules in 1999, mediation has progressively become a fact of life in civil litigation. The pressure that the courts can apply by active case management has meant that mediation has become, even if somewhat slowly, more common. Indeed, many commercial lawyers would probably accept that there is now a strong possibility, or even a probability, that almost all disputes will be referred to mediation at some

¹⁴ Directive 2008/52/EC of the European Parliament and the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters OJ L136/3 24.5.2008. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:EN:PDF>

¹⁵ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0196:FIN:EN:PDF>

¹⁶ http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf

¹⁷ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0718:FIN:EN:PDF>

point if not settled before trial. The most likely point for the court to apply pressure will be at a Case Management Conference.

But similar pressures do not necessarily exist in arbitration and many of the typical disputes in the maritime field are subject to binding arbitration agreements (for example, charterparty and bill of lading disputes). Arbitration tribunals may not encourage or order parties to go off to mediation, but nonetheless mediation is becoming more common in resolving disputes which would otherwise be referred to a final determination by an Arbitration Tribunal. This is almost certainly a response to client demand. Increasingly clients, in particular insurers and mutual insurance associations, significant and highly sophisticated users of legal process, have seen that mediation saves time and that cases settle. They know that it works and so increasingly they are requiring that mediation be used in conjunction with arbitration. The inclusion of mediation clauses in standard form contracts (which also include arbitration clauses) will, however, be essential to speed up the spread of the process.

In this, the Maritime Solicitors Mediation Service (MSMS)¹⁸ has played a significant part. MSMS was originally set up in August 2003 and formally launched on the internet in January 2004. In 2009 MSMS was registered with the European Commission as a mediation service provider whose mediators comply with the European Code of Conduct for Mediators 2004. In many respects, MSMS is an unusual organisation. First, it is an unincorporated association of 19 English maritime law firms which set up the body in a collegiate manner and in the spirit of co-operation. Indeed that cooperation runs deep; immediately after the launch of MSMS the member firms ran a year-long programme of mock mediations (in the UK and other countries) to provide a practical demonstration of what the process is, how it works and just how effective it can be.

Secondly, MSMS is also somewhat unusual in that it is sector-specific, designed expressly for the maritime and marine insurance trades. There is a fairly large number of bodies providing ADR services whose focus is deliberately general, prominent amongst which is the Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR). This group now includes service providers such as the Chartered Institute of Arbitrators (who have recently welcomed mediation), the Academy of Experts and the Ombudsman Service. However, according to a thorough and lengthy report issued by the European Civil Justice Systems Research Programme, at the Centre for Social-Legal Studies, University of Oxford ('Civil Justice in England and Wales: Beyond the Courts'¹⁹) the sector-specific mediation service providers (MSPs) are few and far between. The report

¹⁸ See www.msmsg.com

¹⁹ www.csls.ox.ac.uk/documents/themelist.docx.

identifies a mere handful including, in addition to MSMS, the Pensions Advisory Service and ACAS (Employment).

How should mediation evolve?

The present

Mediation (in the UK at least) is currently a relatively informal process, but this may be under threat. The parties generally agree on the appointment of a particular mediator, sometimes on the recommendation of an MSP, sometimes, perhaps increasingly, from a (short) list of well known mediators. About ten years ago it was a fairly common view that any skilled mediator could mediate any dispute and to some degree that is certainly true. But with experience the market, particularly the maritime and marine insurance market, has matured. Many in this market would now say that it is important, some say vital, that the mediator has specialist expertise in the subject matter of the dispute. The development of the MSMS is a significant manifestation of this trend.

As it is at the moment the process is not complex and prescriptive. Generally all the parties need to do is to prepare a mediation summary (some call this a position statement) and put together the key documents. These summaries should certainly not be so long that they would take more than a few hours for a mediator to read; 10 to 20 pages are often more than enough. The summaries generally put forward the parties' best cases. It is important that they are written in normal prose and not in the arcane language of the law; not in the sort of technical legal language used in legal documents and in pleadings in court cases (and in some arbitrations). They are a pitch to a jury, not a summing up in legal argument. The ideal approach is accuracy, brevity, clarity. This is because a significant purpose of a mediation summary is to explain the dispute clearly, not only to help the mediator understand the case, but most particularly to help the party on the other side (as distinct from his lawyers) to understand the case against him.

These summaries exemplify what mediation is about. They distil in an easily understood form exactly what matters in a dispute, and what matters to the parties individually and in their relationships with one another (sometimes beyond the legal issues in the case), in a process where parties will be constantly asked to focus their attention on their interests and needs and not on their rights and wants, as they may perceive them. Indeed the whole process of creating the summary is a vital part of preparation. It should compel the parties (the lawyers and the clients) to think - very carefully. This work, and the work on the day, will (should) promote a dense effort of concentration.

As to documents, the papers gathered together for a mediation should include just a few core documents and sometimes charts, diagrams or photographs. The alpine snow-storm of documents that are typically seen in litigation or arbitration proceedings (after disclosure, especially after E Disclosure) is generally unhelpful and even if such documents are produced they are rarely looked at.

Generally a common bundle of documents is created to be used by the mediator and all the parties; each party will have a copy. But in addition to this sometimes parties provide documents (and information) to the mediator on a confidential basis. This may help the mediator to understand the background to the dispute and ultimately may assist him in fashioning a bargain between them.

Obviously mediators do not reveal either the existence or the contents of such confidential documents to other parties unless and until authorised to do so.

The whole mediation process itself is regulated by a simple mediation agreement setting out the key aspects of the process including confidentiality and certain protections for the mediator.

It is beyond the scope of this article to describe in detail how mediations work on the day. Every one is different. But broadly they fall into three phases; exploration, negotiation and a concluding phase, often settlement. The whole process is informal. Strict rules of evidence, legal terminology and legal advocacy are all inappropriate for mediation. In some senses mediation provides an artificial deadline, like an approaching day in court. There is often a rush of adrenaline, with the speed and clarity of thought that this brings. The guillotine concentrates the mind.

Of course not all cases settle on the day. It is not unusual for discussions between parties to continue after a mediation day, often with the assistance of the mediator, and for a settlement to be concluded days, weeks or even months later.

There is no central body gathering all mediation statistics in England and Wales (although the Civil Mediation Council is progressively encouraging mediation service providers to disclose settlement statistics on a confidential basis). Anecdotal evidence from some of the most active and prominent commercial mediators suggests that the ratio for settlement on the day may have originally been somewhere in the region of 60/40 or perhaps 50/50. But progressively this may have declined as parties (or perhaps lawyers?) get more used to the process; some refer now to a ratio of 40/60. In other words, about 60 per cent of cases may now settle after the mediation day, although the general percentage of settlements in absolute terms seems to have remained reasonably constant at somewhere in the region of between 75 per cent and 80 per cent.

The future

So much for the current picture; there are indeed concerns that the process of mediation may progressively become more structured and detailed, with the hazard that it may become progressively less effective. This is a serious matter. The Right Honourable Lord Judge touched on this concern at the end of an address to the Civil Mediation Conference on 14 May 2009 in the following terms:

Can we just take a long term view? Every few years, or about every ten years, there is a great hullabaloo about the cost of civil litigation. Arbitration, after all, is a system of avoiding court process. Do you remember when employment tribunals began? These were to be informal meetings at which the opposing parties would put their cases to a tribunal, almost a form of palm tree justice. Consider now how much more complicated and expensive the processes have become.

I do urge the Council to recognise this danger. The mediation process could, unless the danger is recognised and addressed, particularly if it is part of the court process, may eventually, and quite unintentionally, and by unforeseen accretion become increasingly formalised and procedural. It really must not eventually become just one more part of the expensive process that all of us are trying to avoid.²⁰

I would echo that sentiment; but it is not simply the matter of cost. Generally one should be wary of the development of what is described as mediation advocacy and the creation of a standard form timetable and procedural requirements and the risk of progressive linkage of mediation (solely) to the issues in an action. The youthful, dynamic and optimistic face of mediation must not be allowed or pressured to morph into litigation or arbitration by any other name; therein lies elaboration, rigidity, ossification. If it does it will have failed.

The fate of arbitration provides a clear warning. A splendid treatise on the subject is 'Arbitration: the new Litigation'²¹ by Professor Thomas Stipanowich, previously head of the International Institute for Conflict Prevention and Resolution (CPR).²² Although describing the American experience, the concerns expressed there should be heard here. For example he notes that:

Early in the twentieth century...Arbitration was popularly touted as a more efficient, less costly, and more final method for resolving disputes; there was little or no discovery,

²⁰ The Rt Hon The Lord Judge, Civil Mediation Council Conference 14 May 2009

²¹ University of Illinois Law Review vol 2010 No. 1. 2010

²² See www.cpradr.org for further details. CPR, based in New York, was one of the pioneers of mediation.

motion practice, judicial review, or other trappings of litigation. By the beginning of the twenty-first century, however, it was common to speak of US business arbitration in terms similar to civil litigation - "judicialized", formal, costly, time-consuming, and subject to hardball advocacy....These practices...have made arbitration...increasingly similar to civil litigation, and arbitration procedures have become increasingly like the civil procedures they were designed to supplant, including pre-hearing discovery and motion practice. Not surprisingly, clients and counsel often complain about the costliness and length of arbitration...

Although there are differences, of course, one sometimes hears similar views expressed about English arbitration procedure. Stipanowich then observes that the emergence of mediation has, in the USA:

...revolutionized public and private dispute resolution, as well as challenged the primacy of litigation and arbitration with their emphasis on full information exchange, full exposition, and extensive due process.

His description of and explanation for the upsurge in popularity of mediation, on the phenomenon of mediation, makes compelling reading.

Those who run litigation and arbitration should not, therefore, seek to bring their skills, their work-template and their mindset to mediation and seek to impose these on this lively new process. They should set aside preconceptions about the ways disputes are conducted and resolved, and learn the new processes. Mediation is not merely common sense; it is a new skill that repays time spent in learning. Those involved in disputes of any character need to be vigilant to ensure that mediation (probably used skilfully in conjunction with legal process) retains its dynamism, simplicity and effectiveness. In architecture, clarity of expression and now in the resolution of disputes it seems that in some measure 'less is more'.²³

© Rhys Clift, 2010, 2018

²³ Mies van der Rohe.

Il fenomeno della mediazione: prospettive giudiziali e obiettivi futuri

Rhys Clift²⁴

Introduzione

Il “*Review of Civil Litigation Costs: Final Report*” (n.d.r. una critica sui costi del procedimento civile) è stata pubblicata da Sir Rupert Jackson in data 14 gennaio 2010²⁵ ed è a supporto di ciò che nel Regno Unito viene definito come “*Alternative Dispute Resolution*” (ADR) (n.d.r. che in italiano si può tradurre come soluzioni alternative delle controversie), propugnando, soprattutto, l’istituto giuridico conosciuto come “mediazione”. Questo articolo, ispirato dalla recente pubblicazione del *Report*, si propone di trattare alcuni aspetti della mediazione, come la sua funzione, la sua collocazione nel processo civile, l’effetto che la Direttiva Europea sulla mediazione potrà riversare sulla soluzione delle controversie, il ruolo della mediazione nel campo marittimo ed, in particolare, come il ruolo della mediazione potrà evolvere nel tempo. L’autore non intende certo esaurire questo argomento in tutta la sua globalità ma si concentrerà su alcuni aspetti relativi alle opinioni espresse da membri del Consiglio Giudiziario, in favore di un utilizzo più ampio della mediazione, prima della pubblicazione del *Report*.

Nonostante il ricorso alla mediazione sia diventato un fenomeno globale, come si può constatare da una semplice ricerca su internet, questo articolo si concentrerà sulla situazione in Inghilterra e in Galles. La mediazione è un processo dinamico ed efficace. Il suo utilizzo e sviluppo vanno incoraggiati.

“Questo articolo è stato già pubblicato nel “*Journal of International Maritime Law*” (2009) 15 JIML 5008”

²⁴ Rhys Clift è *Solicitor e Commercial Mediator*. Ha tenuto numerose conferenze in materia di soluzione delle controversie e di assicurazione nel Regno Unito, in Scandinavia, in Europa, negli Stati Uniti d’America e anche in America Latina.

²⁵ Il *Final Report* si trova sul sito del Consiglio Giudiziario del Regno Unito: www.judiciary.gov.uk. Dopo la pubblicazione di tale *Report*, i *Senior Judiciary* (ossia i membri più senior del Consiglio) hanno considerato una replica. Il Consiglio ha approvato le raccomandazioni del *Report* ed è stato creato un gruppo apposito per dirigere la sua implementazione.

Controversie – come raggiungere un accordo

Le controversie legali venivano storicamente risolte con una vera e propria “battaglia” giudiziale; una parte vinceva, la controparte perdeva. Il processo contenzioso giudiziale e gli arbitrati facilitano le parti nella risoluzione della loro disputa in un modo pacifico e concreto, attraverso un conglomerato di regole. Alla fine, comunque, ci sarà sempre un vincitore ed uno sconfitto.

La maggior parte dei casi si risolvono, solitamente, tramite accordi amichevoli e solo in una piccola percentuale è veramente impossibile raggiungere un accordo. Tuttavia, ciò può succedere, occasionalmente in casi nei quali è necessario creare un precedente, o quando si rendesse utile una forma di pubblicità. Entrambi i casi sono relativamente rari.

Nel marzo 2008, Lord Phillips, ora presidente della *Supreme Court* (n.d.r. ossia l'equivalente della Corte di Cassazione in Italia) disse:

*...è una pazzia sostenere le spese di un processo giudiziale [...] senza cercare con determinazione di raggiungere un accordo amichevole. L'idea che esista solo un giusto risultato per ogni controversia, che solo un Tribunale può deliberare è, a mio avviso, illusoria...*²⁶

Più recentemente, nel giugno 2009, Lord Clarke osservò:

*Una verità che il nostro sistema giudiziale riconosce da tempo è la seguente: la maggior parte delle controversie si risolvono amichevolmente prima dell'udienza in Tribunale – i dati attuali dimostrano che nel 98% dei casi viene raggiunto un accordo amichevole, riflettendo ciò che sostenevano i Common Law Commissioners nel 1920, ossia che solo un pazzo non vorrebbe raggiungere un accordo*²⁷.

Cercherò di rappresentare alcune delle ragioni principali che dovrebbero indurre a preferire una mediazione a breve. È chiaro comunque che le nuove procedure che incentivano il raggiungimento di un accordo vanno accolte con favore poiché, anche se è bene premettere che ogni caso è diverso dall'altro e andrebbe analizzato singolarmente, tali procedure solitamente permettono di raggiungere un accordo ancora prima di avere affrontato le spese del processo contenzioso. I costi per “*disclosure*” (n.d.a. ossia la produzione obbligatoria dei documenti tra le parti), per le prove testimoniali e per le eventuali consulenze tecniche, e soprattutto i costi per un'udienza, possono appunto essere evitati tramite l'uso di queste nuove procedure.

²⁶ Lord Phillips of Worth Matravers, all'epoca Lord Chief Justice of England and Wales: 'Alternative Dispute Resolution, An English Viewpoint', India 29 marzo 2008

²⁷ Lord Clarke of Stone-Cum-Ebony, Master of the Rolls: 'Mediation – An Integral Part of our Litigation Culture', Littleton Chambers Annual Mediation Evening, Gray's Inn, 8 giugno 2009.

Raggiungere un rapido accordo nelle controversie più “*di routine*” (ad eccezione dei casi più complessi, come quelli che contengono aspetti di frode) è poi ancora più auspicabile da quando esiste la nuova regola di “*Electronic disclosure*” (n.d.r. ossia la produzione obbligatoria dei documenti digitali tra le parti) la quale crea ulteriori costi, ritardi e difficoltà tecniche.

Una gestione efficace di un procedimento giudiziale, o di un arbitrato, necessita di una notevole abilità. Può essere necessario ripassare alcune delle principali fasi della procedura giudiziale, come ad esempio *disclosure* ed individuare (per poi scambiare con la controparte) prove testimoniali e consulenze tecniche che mettano in luce gli aspetti maggiormente vantaggiosi di ogni singolo argomento in modo da poter poi intraprendere le trattative per raggiungere un accordo, sia nella maniera usuale, sia con l'aiuto della mediazione. Rimane comunque importante per la maggior parte dei casi, focalizzarsi su un accordo che sia basato su “termini vantaggiosi” (qualunque essi siano).

Il principio della mediazione

La mediazione è un metodo per raggiungere accordi amichevoli in controversie di materia commerciale, spesso in modo più rapido e meno dispendioso di un procedimento giudiziale, di un arbitrato e anche di una normale negoziazione. La mediazione ha una lunga tradizione in materia di diritto di famiglia e di diritto del lavoro ed ha rivestito un ruolo rilevante anche nel campo della diplomazia internazionale, particolarmente in Asia.

Esistono due tipi di mediazione: “facilitativa” e “valutativa”. Nella mediazione valutativa (meno utilizzata) il mediatore può esprimere ai partecipanti la sua opinione rispetto ai punti di rispettiva forza e debolezza nel caso sottoposto dalle parti, e può anche proporre i termini per una giusta risoluzione della disputa.

Ciò non accade, per contro, quasi mai nella mediazione facilitativa (anche se il *Mediation Agreement* (n.d.r. ossia l'accordo tra le parti che stipula le “regole” di una mediazione, e che viene firmato dalle parti e dal mediatore, come se fosse un vero e proprio contratto) normalmente contiene una clausola che specifica la libertà del mediatore ad esprimere tale parere, se autorizzato dalle parti in causa.

Nella mediazione facilitativa, una terza parte neutrale, il mediatore, assiste le parti per la definizione amichevole della loro controversia. È un processo volontario, dove le parti raggiungono un accordo seguendo le loro volontà, basandosi su determinate procedure e tempistiche precise, principi che non sono presenti durante una semplice negoziazione tra le parti. I mediatori non emettono sentenze. Controllano il processo, non il risultato. La mediazione

facilitativa è il tipo di mediazione più utilizzata per la risoluzione di controversie in materia commerciale in Inghilterra e nel Galles.

La mediazione fa parte della “famiglia” di ADR, il quale include anche la “*adjudication*” (n.d.a. ossia un giudizio definitivo richiesto ad una parte neutrale, di solito un perito, usato di frequente nel settore delle costruzioni) e la “*early neutral valuation*” (n.d.a. ossia una opinione data da una parte neutrale in materia). La mediazione è probabilmente la forma più diffusa di ADR. Il mediatore è il catalizzatore del processo. Ciò che distingue tale procedimento da altri similari usati per raggiungere un accordo amichevole tra le parti è appunto la presenza ed il ruolo del mediatore indipendente.

Circa 20 anni fa, quando la mediazione comparve nel Regno Unito, fu accolta da un grande scetticismo che perdurò per una decina d’anni. Alcuni credevano erroneamente che fosse solo un metodo per suddividere equamente la responsabilità tra le parti. Al contrario, durante una mediazione le parti affrontano apertamente temi complicati e delicati con grande efficacia in tema di frode e disonestà, dove un semplice compromesso o una suddivisione al 50% delle rispettive responsabilità non sarebbero accettate. Una mediazione può essere efficace anche per mantenere intatte le relazioni commerciali tra le parti e la reputazione delle persone implicate (il che non è secondario, ad esempio, nel campo marittimo). La mediazione risulta inoltre particolarmente efficace per risolvere controversie dove sono presenti più parti, che, proprio a ragione di ciò, possono essere difficili da risolvere per il tramite di semplici negoziazioni e nelle quali le trattative necessarie per raggiungere un accordo possono essere ostacolate anche dall’opposizione di una sola parte. Infine, bisogna notare che il principio della mediazione funziona e le controversie vengono, in larga misura, risolte amichevolmente. Infatti la percentuale delle dispute che sfociano in un accordo è pari al 75-80 per cento, sia durante la mediazione che poco dopo la stessa.

La posizione della mediazione nella giustizia inglese e gallese

Il processo giudiziale e gli arbitrati in Inghilterra e nel Galles sono per molti versi eccellenti, sofisticati ed apprezzati per l’onestà delle decisioni che vengono prese, per la loro completezza ed il loro rigore intellettuale. Si potrebbe affermare che il processo giudiziale è insostituibile. Nel giugno 2009 Lord Clarke riassunse il punto di vista di molti rinomati giuristi dicendo:

Un sistema giudiziario efficiente ed accessibile a tutta la società è un elemento assolutamente essenziale in ogni sistema democratico trasparente e rispettoso delle norme di diritto²⁸.

Nessuno può dubitare di questo assioma. Tuttavia, pur tenendo in considerazione tali affermazioni di principio, il procedimento giudiziale ha i suoi difetti che, in molti casi, possono però essere temperati con l'uso della mediazione. Molti degli aspetti negativi del contenzioso giudiziale ed arbitrale si riscontrano non solo in Inghilterra e nel Galles ma anche in altri sistemi giudiziari stranieri.

Gli aspetti negativi dei processi giudiziari e degli arbitrati possono essere la lentezza, il costo, la loro concorrenzialità e soprattutto il rischio che comportano. Lenti nel pervenire ad un risultato finale (sentenza o lodo); dispendiosi in termini di tempo ed energie investiti (dagli avvocati, periti, testimoni e clienti), concorrenziali per la loro natura e rischiosi poiché non vi è nessuna garanzia di ottenere il risultato desiderato. Ovviamente la legge non è una scienza esatta. Nonostante una approfondita e diligente preparazione della vertenza, possono, comunque, sopravvenire spiacevoli sorprese (documenti pregiudizievoli, testimoni difficili, periti incompetenti, sentenze inaspettate). Questi sono alcuni dei fattori che, da sempre, suggeriscono alle parti di trovare un accordo extragiudiziale e sono la base delle opinioni espresse da Lord Clarke e Lord Phillips, attraverso la loro vasta esperienza maturata in questo campo, prima come avvocati e poi come giudici.

Il processo giudiziale (e l'arbitrato) è espressione del passato mentre la mediazione è rivolta al futuro.

L'enorme potenziale della mediazione è stato riconosciuto da tempo ai più alti livelli del sistema giudiziario inglese. Nel 1998/9 Lord Woolf fu un pioniere nel tentare di propugnare questa disciplina, e le sue idee sono ora ampiamente condivise. Lord Phillips spiegò la sua posizione nel marzo 2008:

“Vorrei terminare affermando pubblicamente che mi associo a Sir Anthony Coleman e Sir Gavin Lightman come un entusiasta sostenitore dell'ADR”²⁹

Nel maggio 2008 Lord Clarke (Sir Anthony Clarke, a quel tempo) fu ugualmente chiaro:

“...ADR in generale e la mediazione in particolare, nei casi in cui è il meccanismo di ADR più appropriato, deve diventare una parte fondamentale del nostro sistema

²⁸ Lord Clarke ibid

²⁹ Lord Phillips (n 2)

giudiziario, in modo che, quando si considera come procedere, essa formi una parte intrinseca e istintiva del nostro lessico e del processo di analisi come, per esempio, l'ottenere una perizia..."

Lord Clarke va oltre, affermando che la mediazione deve diventare:

*"... parte della nostra cultura in modo da diventare ovvia per tutti noi..."*³⁰

Ma la mediazione si è forse già totalmente integrata nel sistema processuale civile? Nel giugno 2009 Lord Clarke riassunse così la situazione:

*...la mediazione e l'ADR fanno parte del sistema processuale civile. Perciò, dal mio punto di vista, anche la mediazione è una parte fondamentale del processo arbitrale e non semplicemente un ausilio...la mediazione è complementare alla giustizia formale."*³¹

A questo riguardo, alcuni lamentano che la mediazione stia usurpando la funzione propria del sistema giudiziario civile. Niente potrebbe essere più lontano dalla verità. I tribunali esistono per esercitare la funzione giudiziaria e questa resterà immutabile nel tempo. Per coloro che sono coinvolti, loro malgrado, in una controversia, a qualunque titolo, l'accesso al sistema giudiziario civile sarà sempre consentito senza discussione (anche se questo comporterà dei costi).

In argomento il punto di vista di Lord Clarke:

*"Secondo il mio parere (come dicono nella "Court of Appeal" ossia il Tribunale d'Appello dove Lord Clarke era giudice) non credo che l'uso adeguato dell'ADR o della mediazione possa cancellare il ruolo dei tribunali o mettere in pericolo il sistema di giustizia civile. Al contrario, l'esistenza dei giudici e dei tribunali rimane per determinare i diritti e gli obblighi delle parti in quei pochi casi in cui un accordo amichevole non è possibile."*³²

Alcuni preferiscono suggerire il ricorso alla mediazione addirittura prima che l'azione legale sia iniziata; Lord Phillips è tra quelli. Alcuni vorrebbero addirittura rendere la mediazione un passaggio obbligatorio (si intende la partecipazione alla mediazione, non il raggiungimento di un accordo). Il diffondersi della mediazione obbligatoria è richiesto dalla Direttiva Europea sulla Mediazione (vedi qui di seguito). Ma per molti motivi, la mediazione obbligatoria prima dell'inizio

³⁰ Sir Anthony Clarke, Master of the Rolls, durante la conferenza "Second Civil Mediation Council National Conference" sul futuro della mediazione civile ("The Future of Civil Mediation") a Birmingham in data 8 maggio 2008.

³¹ Lord Clarke (n 3)

³² Ibid. Lord Clarke è stato nominato come giudice della corte suprema con effetto dal 1 ottobre 2009, il primo giudice ad essere stato nominato direttamente alla corte suprema.

dell'azione legale è ancora relativamente rara (almeno al momento). I motivi principali sono (in particolare nelle controversie marittime), il desiderio di assicurare una giurisdizione ritenuta più vantaggiosa, preservare periodi di prescrizione, preservare prove o ottenere misure a garanzia del credito tramite ordini sanciti dal Tribunale.

Di conseguenza, la mediazione è generalmente usata dopo l'inizio di un'azione legale, in tandem con essa. È il guanto di velluto che copre il pugno di ferro del contenzioso giudiziale (o dell'arbitrato), antico retaggio della diplomazia internazionale.

Equivoci e mancanza di informazione sono le cause della lenta diffusione della mediazione

Malgrado il notevole aumento del suo utilizzo in Inghilterra e nel Galles negli ultimi anni, la mediazione non si è diffusa così rapidamente come avrebbe dovuto. Se l'uso della mediazione è così efficace, la questione è: perché non utilizzarla, visti i suoi vantaggi. Forse perché, tuttora, quasi dieci anni dopo la riforma della procedura processuale civile del 1999 (le riforme Woolf), che ha assegnato un ruolo importante alla mediazione, molti equivoci rimangono irrisolti. Molte delle idee di base e dei concetti chiave della mediazione sono ben conosciuti e compresi – è volontaria, senza pregiudizio, privata e confidenziale, il mediatore è imparziale, ecc. - ma nonostante questo, è costantemente necessario spiegare cosa sia la mediazione e come funzioni. Nel maggio 2008 Sir Anthony Clarke si lamentò dicendo:

*“l'esperienza ... ci insegna che tuttora troppa gente capisce troppo poco lo schema usato dalla mediazione. Penso che siamo tutti d'accordo sul fatto che questo deve cambiare...”*³³

E questo punto di vista è stato ripreso recentemente nel Report di Sir Rupert Jackson sul costo dei processi giudiziari civili. Lo scopo del suo *Report* è di implementare un pacchetto di riforme coerenti, pensare a ridurre i costi dei processi giudiziari e di facilitare l'accesso alla giustizia. Sir Rupert osserva:

*“L'alternative dispute resolution (ADR) (e in particolare la mediazione) ha un ruolo fondamentale nel ridurre i costi dei processi giudiziari civili e nell'incoraggiare una soluzione stragiudiziale anticipata. L'ADR è però poco usata e i suoi benefici non sono conosciuti come dovrebbero essere.”*³⁴

³³ Sir Anthony Clarke (n 6).

³⁴ Nota 1.

E poi consiglia:

**“Ci dovrebbe essere una campagna seria per assicurare che tutti gli avvocati e giudici siano adeguatamente informati su come l’ADR funziona e sui suoi benefici.”*

**“...dovrebbe essere pubblicata una guida autorevole che spieghi quali sono e come funzionano i processi di ADR e che contenga anche una lista di centri che offrono servizi di ADR. Questa guida dovrebbe essere usata per la formazione professionale di avvocati e giudici.”³⁵*

Mi soffermerò su quest’ultimo punto in un secondo momento e mi soffermo ora sul primo punto con particolare riferimento alle dispute nel settore marittimo.

Innanzitutto, è strano che equivoci e malintesi sussistano. Nell’arco di vari anni si è potuto assistere ad una vera esplosione a favore della mediazione e ad una sostanziale crescita nel numero di mediatori. E non mi riferisco solamente al Regno Unito (dove comunque grandi progressi sono stati compiuti) ma a livello internazionale, sia nei paesi di *“common law”* che nei paesi di diritto civile (dove i costi del contenzioso giudiziario sembrano essere un fattore meno importante nel raggiungere una soluzione extragiudiziale). Questo diventa chiaro anche da una semplice ricerca su internet. Una vasta letteratura in numerose lingue è disponibile.

La letteratura disponibile non è però il miglior viatico per propugnare questa nuova *“arte”*. È più facile spiegarla in un seminario o in una presentazione. Guide autorevoli assumono comunque la loro importanza. A questo riguardo, l’*Insurance Institute of London, ILL* (n.d.r. l’Istituto delle Assicurazioni di Londra) sta facendo la sua parte. Con il suo programma di gruppi di studio e ricerca, l’ILL sta elaborando un manuale sulla mediazione per il settore delle assicurazioni e riassicurazioni (che includerà anche il settore marittimo) sotto la presidenza di Paul Moss di Montpellier Re. Questo libro sarà pubblicato verso la fine del 2010 e, forse, si avvicinerà a quella guida che Sir Rupert aveva in mente (anche se centrata su uno specifico settore avrà un contenuto a carattere generale).

Lo spirito conservatore della professione forense e il cambio di paradigma

È possibile che l’uso generalizzato del procedimento della mediazione sia stato frenato dallo spirito intrinsecamente conservatore della professione forense? Forse...fino a poco fa il concetto di mediazione significava poco per gli avvocati inglesi. Alcuni, addirittura, la vedevano con scetticismo e per alcuni questo è ancora il caso (anche se sempre meno). Fino a pochi anni fa gli avvocati in Inghilterra non venivano formati sulla negoziazione o la risoluzione di controversie

³⁵ *ibid.*

nelle facoltà di giurisprudenza e questo ha influenzato il loro modo di pensare e lavorare. L'enfasi era sulla gestione di un procedimento giudiziario, sulla conoscenza delle norme per la conduzione di arbitrati e sulla familiarizzazione con la procedura processuale. L'obiettivo principale era quello di identificare i problemi e di individuare le prove utili tra i documenti di cui si dispone, nel caso, tra le diverse testimonianze possibili o con l'ausilio delle perizie in modo da poter presentare gli elementi di prova in modo adeguato e al momento giusto al giudice o al tribunale arbitrale. Probabilmente minor importanza veniva attribuita alla faticosa ricerca per addivenire ad una soluzione. Questo, forse, è dovuto alla ben nota riservatezza inglese, o deferenza, al rispetto sacrale delle regole e delle precedenze di ognuno e la poca propensione ad avviare un dialogo tra le parti.

Sicuramente, però, le cose sono cambiate. Studi legali hanno subito un cambiamento culturale nel loro approccio. Quasi tutti hanno ora un settore di "*Dispute Resolution*" (n.d.r. ossia di risoluzione delle dispute) piuttosto che di contenzioso. E la mediazione è stata un fattore trainante in questo processo.

Non è quindi una questione di mancata familiarità da parte degli avvocati e delle autorità giudiziarie, quanto piuttosto la mancata conoscenza o, quantomeno, confidenza con la mediazione da parte della società civile in generale ed a seguire da parte dei professionisti, che sono i veri protagonisti nella scelta delle procedure idonee per la singola vertenza. Tale realtà rappresenta, tuttavia una sorpresa; molti componenti del mondo giudiziario, avvocati e mediatori hanno investito molto del loro tempo e dedicato molti sforzi per diversi anni per pubblicizzare la mediazione. Forse il profondo cambiamento culturale e sociale necessario per la diffusione della mediazione richiede più tempo.

Idee nuove richiedono sempre molto tempo prima di essere accettate da una comunità e la loro diffusione segue un percorso prevedibile: inizialmente sono ignorate, se persistono vengono viste con sospetto o derisione e infine, improvvisamente, fanno parte del pensiero dominante. Si possono fare dei paragoni con il mondo dell'arte (il Periodo Blu di Picasso), della scienza (eliocentricità, placche tettoniche) e della giustizia sociale (suffragio universale).

Alcuni considerano il fenomeno della mediazione come un cambiamento epocale, paragonabile alla riforma delle istituzioni giudiziarie inglesi alla fine del XIX secolo. Forse, è semplicemente una illustrazione del tempo richiesto per riconoscere e accettare un cambio di paradigma.

Presumibilmente, per coloro che non hanno mai partecipato ad una mediazione i suoi meccanismi sono rimasti e rimarranno pervasi da un mistero - dopo tutto, come può, per costoro, essere comprensibile un processo volontario, non-vincolante, che non produce una

sentenza, come idoneo a risolvere dispute di lunga data, complicate e spesso aspre e solo con la attiva partecipazione ad un processo di mediazione si addiuvano, il più delle volte, ad una vera e propria rivelazione.

L'impatto della nuova direttiva Europea sulla mediazione

La Direttiva Europea sulla Mediazione è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 24 maggio 2008 ed è entrata in vigore in data 11 luglio 2008³⁶. L'approvazione da parte dell'Unione Europea di tale direttiva, compresa la pubblicazione da parte della Commissione di un "Green Paper" nel 2002³⁷, il Codice di Condotta per Mediatori nel 2004³⁸ e la bozza della Direttiva Europea sulla Mediazione nell'ottobre 2004³⁹ sancisce l'importanza del principio della mediazione.

L'uso dell'ADR è stato raccomandato direttamente o indirettamente da varie istituzioni e iniziative dell'Unione Europea, come per esempio quelle in relazione all'assistenza legale, relazioni di famiglia, controversie di consumatori nel commercio elettronico, la cosiddetta telefonia "open network provision" e la Direttiva Quadro per le comunicazioni elettroniche. Questo significa che l'idea della mediazione e dell'ADR è stata percepita perfettamente dall'organizzazione dell'Unione Europea e che nonostante la maggioranza degli stati membri dell'Unione Europea si dimostra scettica, essendo di tradizione civile, la mediazione è egualmente incoraggiata all'interno dell'Unione Europea.

La Direttiva concerne solamente controversie transfrontaliere e cioè controversie in cui le parti sono domiciliate o residenti in Stati Membri diversi. Niente però impedisce agli Stati Membri di estendere, tramite l'implementazione della legislazione nazionale, la sua applicazione a controversie domestiche.

All'interno dell'unione Europea esiste un'ampia varietà nella prassi della mediazione. Quasi certamente la Direttiva darà un nuovo contributo ed una spinta al diffondersi dell'uso della mediazione all'interno dell'Unione Europea, incluso il Regno Unito, e probabilmente anche al di là dei confini dell'Unione Europea considerate le profonde e molteplici relazioni tra l'Unione Europea e altri stati.

³⁶ Direttiva 2008/52/EC del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale OJ L136/3 24.5.2008. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:IT:PDF>

³⁷ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0196:FIN:ENG:PDF>

³⁸ http://ec.europa.eu/viviljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf

³⁹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0718:FIN:EN:PDF>

La posizione della mediazione nel mondo marittimo

Dall'implementazione del nuovo codice di procedura civile in Inghilterra, nel 1999, la mediazione sta progressivamente affermandosi da protagonista nell'ambito del contenzioso civile. La pressione che i tribunali possono praticare sulle parti tramite la loro attiva regia nella gestione dei casi ha fatto in modo che, anche se lentamente, l'uso della mediazione sia diventato più frequente. Infatti, molti avvocati concordano che vi è ora una forte possibilità, o addirittura probabilità, che tutte le controversie vengano sottoposte alla mediazione se non risolte prima dell'udienza. Generalmente, un tribunale sollecita le parti affinché facciano ricorso alla mediazione, in occasione delle udienze preliminari.

Nei processi arbitrali però, non è possibile esercitare questo tipo di pressione e molte delle tipiche controversie in campo marittimo sono soggette ad accordi arbitrali vincolanti (per esempio dispute che concernono una "*charterparty*" (n.d.a. contratti di noleggio) o "*bill of lading*" (n.d.a. polizza di carico)). Nonostante i tribunali arbitrali spesso non incoraggino, o non possano costringere, le parti a sottoporre una controversia alla mediazione, la mediazione sta diventando più frequente nel risolvere controversie che sarebbero altrimenti sottoposte alla valutazione di un tribunale arbitrale. Questo è certamente in risposta alle aspettative dei clienti. Sempre più spesso questi ultimi, in particolare le compagnie di assicurazioni, hanno osservato che la mediazione può fare risparmiare tempo e può portare alla risoluzione rapida di controversie. Sono ormai a conoscenza che la mediazione funziona e sempre più spesso richiedono che essa venga usata assieme a procedimenti arbitrali. L'inclusione di clausole di mediazione in contratti standard (che contengono anche clausole compromissorie) sarà essenziale per accelerare l'espansione della mediazione.

In questo, il *Maritime Solicitors Mediation Service (MSMS)*⁴⁰ ha giocato un ruolo importante. L'MSMS fu fondato nel 2003 e formalmente lanciò un sito internet nel gennaio 2004. Nel 2009, l'MSMS fu registrato con la Commissione Europea come un servizio di mediazione i cui mediatori osservano il Codice di Condotta per Mediatori del 2004. Per molti versi, l'MSMS è un'organizzazione insolita. Prima di tutto è un'associazione di 19 studi legali inglesi che si sono uniti in modo collegiale e con l'obiettivo di cooperare. Infatti, la cooperazione è profonda e poco dopo la fondazione dell'MSMS gli studi legali membri hanno condotto, durante l'arco di un anno, un programma di mediazioni simulate (nel Regno Unito ed in altri paesi) per offrire una dimostrazione pratica del processo di mediazione, di come funziona e di quanto può essere efficace.

⁴⁰ Vedi www.msmsg.com.

Secondo, l'MSMS è insolito anche per il fatto che è specifico al settore marittimo e soprattutto per il settore delle assicurazioni marittime. Vi sono numerose organizzazioni che offrono un servizio di ADR generico, come per esempio il *Centre for Effective Dispute Resolution* (CEDR). Questo gruppo ora include il *Chartered Institute of Arbitrators* (che ha recentemente appoggiato la mediazione), la *Academy of Experts* e l'*Ombudsman Service*. Un lungo e dettagliato rapporto del *European Civil Justice System Research Programme* condotto al *Centre for Social-Legal Studies* dell'università di Oxford ("*Civil Justice in England and Wales: Beyond the Courts*"⁴¹) ha però confermato che i servizi di mediazione specifici per un particolare settore sono ancora pochi. Il rapporto ne identifica solo alcuni tra cui, oltre l'MSMS, il *Pension Advisory Service* e l'ACAS (vertenze tra lavoratori e datori di lavoro).

Lo sviluppo della mediazione

La situazione attuale

La mediazione (nel Regno Unito) è attualmente un processo informale e deve rimanere tale. Generalmente, le parti concordano sulla scelta di un mediatore sulla base di una raccomandazione o, sempre più spesso, scegliendo da una lista di mediatori accreditati. Circa dieci anni fa, si considerava che qualsiasi mediatore qualificato potesse mediare qualsiasi controversia e questo, fino a un certo punto, è così. Sulla base dell'esperienza, il mercato, e particolarmente il mercato delle assicurazioni marittime, è maturato. Molti in questo mercato ora sostengono che sia importante, per alcuni è addirittura vitale, che il mediatore abbia delle competenze specifiche sull'argomento della controversia. La fondazione e la crescita dell'MSMS è un chiaro segnale di questa tendenza.

Al momento, il procedimento non è complesso o rigidamente regolamentato. Generalmente, tutto quello che le parti devono fare è preparare un riassunto della propria posizione (alcuni in Inghilterra lo definiscono come "*position statement*") e compilare una raccolta dei documenti chiave. Questo riassunto non dovrebbe essere troppo lungo e non dovrebbe dunque richiedere più di un paio d'ore di lettura da parte del mediatore; da 10 a 20 pagine sono generalmente sufficienti. Questi riassunti devono mettere in rilievo i punti chiave di ciascuna delle parti. È importante che siano scritti in linguaggio comune e, quindi, senza le espressioni giuridico formali e tecniche che vengono usate nei documenti legali di processi giudiziari (e a volte anche in arbitrati). Devono presentare gli argomenti in modo logico e non costituire un semplice riassunto in linguaggio giuridico. L'approccio ideale è precisione, chiarezza e brevità. Uno degli scopi principali del riassunto è, appunto, cercare di spiegare con chiarezza in che cosa consiste la

⁴¹ www.csls.ox.ac.uk/documents/themelist.docx.

disputa e aiutare il mediatore a comprenderla ma, soprattutto, aiutare la controparte a comprendere le ragioni che vengono opposte alle sue tesi.

Questi riassunti esemplificano cosa si intenda per mediazione. Distillano in maniera succinta e facilmente comprensibile i punti essenziali della disputa e i punti che maggiormente interessano alle parti, individualmente o nel contesto delle loro relazioni (spesso al di là dei punti prettamente giuridici), in un processo in cui le parti stesse sono costantemente più orientate a concentrarsi più sui propri interessi e sulle proprie necessità, che non sui propri diritti. Infatti, la elaborazione di un riassunto è una parte cruciale della preparazione alla mediazione. Dovrebbe indurre le parti (gli avvocati e i clienti) a soppesare con attenzione soprattutto le eventuali buone ragioni dell'avversario.

I documenti per una mediazione dovrebbero includere solo quelli essenziali e, se necessario, grafici, diagrammi o fotografie. La valanga di documenti tipicamente presentati nei processi contenziosi o in arbitrati (durante la fase di divulgazione dei documenti) è controproducente e spesso questi documenti non vengono poi neanche letti e/o presi in considerazione.

Generalmente, una raccolta comune di documenti viene preparata e verrà usata sia dalle parti che dal mediatore; per questo motivo ciascuna delle parti avrà una copia di tali documenti. Può comunque succedere che le parti forniscano dei documenti aggiuntivi (e delle informazioni) al mediatore, a condizione che rimangano confidenziali. Questo può aiutare il mediatore a capire le cause della disputa e a proporre una soluzione. Ovviamente, i mediatori non riveleranno l'esistenza o il contenuto di questi documenti confidenziali senza previa autorizzazione dell'interessato.

L'intero processo di mediazione è regolamentato da un semplice contratto di mediazione che governa gli aspetti principali del processo e che include il principio di confidenzialità e certe garanzie per il mediatore.

Non è il caso di descrivere in dettaglio in questo articolo come si svolge una mediazione. Basti dire che ogni mediazione è diversa ma che, in termini generali, si divide in tre fasi: ispezione dei documenti, negoziazione ed, infine, la fase conclusiva che spesso termina con il raggiungimento di un accordo. L'intero processo è informale. Le rigide regole riguardanti le prove e la terminologia legale non sono appropriati per la mediazione. In un certo senso, la mediazione fornisce alle parti una "scadenza artificiale", simile all'avvicinarsi dell'udienza finale. C'è spesso una scarica adrenalinica che comporta chiarezza e velocità di pensiero.

Non tutte le dispute terminano con un accordo nello stesso giorno. Spesso le parti continuano a discutere, con l'assistenza del mediatore, e riescono a raggiungere un accordo dopo alcuni giorni, settimane o addirittura mesi.

Non esiste un'organizzazione che compili statistiche sulla mediazione in Inghilterra e nel Galles (anche se il *Civil Mediation Council* sta incoraggiando i servizi di mediazione a pubblicare statistiche confidenziali sugli accordi extragiudiziali raggiunti). Informazioni raccolte dai mediatori commerciali più attivi e prominenti suggeriscono che la proporzione di dispute che raggiungeva un accordo il giorno della mediazione si aggirava originariamente sul 60/40 o persino il 50/50. Progressivamente, questa proporzione si è mossa verso il 40/60 forse perché le parti (o gli avvocati?) si sono abituati al processo. In altre parole, circa il 60% dei casi ora raggiunge un accordo il giorno stesso della mediazione, anche se la percentuale generale di mediazioni che si concludono con un accordo è rimasta costante, attorno al 75 – 80%.

Il futuro

Alcuni temono che il processo di mediazione diventerà sempre più strutturato e regolamentato, con il rischio che diventi progressivamente meno efficace. Questo è un tema importante. L'Onorevole Lord Judge ha evidenziato questo problema al termine del suo discorso durante la conferenza sulla mediazione civile (*Civil Mediation Conference*) il 14 maggio 2009 in questi termini:

“Possiamo semplicemente adottare un’ottica a lungo termine? Periodicamente, ogni dieci anni circa, vi è una grande polemica sui costi dei processi giudiziari. Gli arbitrati, dopo tutto, sono un sistema per evitare i tribunali. Ricordate quando i tribunali del lavoro furono introdotti? Questi dovevano permettere alle parti di tenere incontri informali in cui presentare il proprio caso a un tribunale. Considerate solo quanto sono diventati complicati e costosi questi processi.

Esorto il Council a riconoscere questo pericolo, il processo di mediazione potrebbe - a meno che questo pericolo non sia riconosciuto e combattuto, e particolarmente se è parte di un processo giudiziale in un tribunale - al di là delle intenzioni, diventare sempre più formale e procedurale. Non deve diventare semplicemente un ulteriore aspetto di quel processo così costoso che tutti noi stiamo cercando di esorcizzare.”⁴²

Sono d'accordo con queste parole anche se non è solo una questione di costi. Generalmente, lo sviluppo di quello che viene descritto come avvocatura della mediazione e la creazione di un programma standard, requisiti procedurali e il rischio che la mediazione sia legata (unicamente)

⁴² L'Onorevole Lord Judge, conferenza del “Civil Mediation Council” il 14 maggio 2009.

alle questioni di un processo dovrebbero essere visti con scetticismo. Non dobbiamo permettere che l'immagine dinamica e propulsiva della mediazione venga trasformata in una analoga forma di processo contenzioso o arbitrato dove cambia solo la denominazione.

Il destino dell'arbitrato ci dovrebbe servire come ammonimento. Un ottimo articolo su questo argomento è *"Arbitration: the new litigation"*⁴³ (n.d.r. "Arbitrato – il nuovo contenzioso giudiziale") scritto dal Professor Thomas Stipanowich, già direttore dell'*International Institute for Conflict Prevention and Resolution (CPR)*⁴⁴ (n.d.r. Istituto Internazionale per la Prevenzione e Risoluzione dei Conflitti). Anche se descrive l'esperienza degli Stati Uniti, le sue osservazioni dovrebbero essere prese in considerazione anche qui. Per esempio:

"All'inizio del ventesimo secolo...l'arbitrato era spesso raccomandato come più efficiente, meno costoso e come un modo per risolvere definitivamente le dispute; si scambiavano pochi documenti... All'inizio del ventunesimo secolo era normale parlare dell'arbitrato negli Stati Uniti in termini simili a quelli del contenzioso civile – "giudizializzato", formale, costoso e lento. Questi attributi ... hanno reso l'arbitrato sempre più simile al contenzioso giudiziale e le procedure arbitrali sono diventate sempre più simili alle procedure del contenzioso giudiziale, che avrebbero invece dovuto essere sostituite. Non sorprende che i clienti si lamentano spesso sui costi e la lentezza dell'arbitrato."

Anche se, ovviamente, esistono differenze, osservazioni simili vengono rivolte al processo arbitrale inglese. Stipanowich poi osserva che l'emergenza della mediazione negli Stati Uniti:

"...ha rivoluzionato i processi di risoluzione di conflitti in pubblico e in privato e ha sfidato il primato del processo giudiziale e dell'arbitrato con la loro enfasi su un completo scambio di informazione, piena esposizione ed un esteso processo regolare".

La sua descrizione e spiegazione per l'aumento della popolarità della mediazione è molto convincente.

Coloro che conducono processi giudiziari e arbitrati non dovrebbero trasferire e imporre i propri schemi logici, al processo della mediazione. Dovrebbero accantonare i preconcetti su come la risoluzione di una disputa sia condotta e imparare da questo nuovo modello. La mediazione non è solo l'uso del buon senso ma impone una nuova cultura da sviluppare. Coloro che sono coinvolti in dispute di qualsiasi natura devono prestare attenzione affinché la mediazione (probabilmente usata a fianco dei processi giudiziari) mantenga il suo dinamismo, la sua

⁴³ University of Illinois Law Review vol 2010 No. 1. 2010

⁴⁴ Vedi www.cpradr.org per ulteriori dettagli. CPR, che ha sede a New York è uno dei pionieri della mediazione.

semplicità e la sua efficacia. Così come avviene in architettura ora anche nella risoluzione delle controversie sembra valido, fino a un certo punto, il principio “meno è meglio.”⁴⁵

© Rhys Clift 2010, 2018

⁴⁵ Mies van der Rohe.

About the author

Rhys Clift is an English solicitor and commercial mediator. He has over 35 years' experience in litigation and arbitration. He is a partner in the London law firm Thomas Cooper LLP.

Rhys was trained and accredited as a mediator by the Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR) in 1998. Since then he has over nearly 20 years played a pivotal role in the establishment and use of mediation in the maritime field in England and Wales. He has “**a formidable reputation in the mediation marketplace**” (Sir Henry Brooke, then Chairman of the Civil Mediation Council in the United Kingdom).

He was a co-founder The *Maritime Solicitors Mediation Service* (in 2003), which he administered until 2018, and of *Seamediation Chambers* (2015). He is listed, for example, on the Panel of Distinguished Neutrals of *CPR: the International Institute for Conflict Prevention and Resolution* in New York. He has for several years acted as judge and mediator in the International Mediation Competition of the International Chamber of Commerce (ICC) in Paris.

He is the original architect of and contributing author in “*Alternative Dispute Resolution in Practice*”, published by the Institute of Insurance of London in 2011, primarily directed to the insurance and reinsurance market but with substantial generic content.

Rhys was shortlisted by CEDR in the CEDR Awards for Excellence in ADR in 2006 and 2008 for his work in the establishment of the *Maritime Solicitors Mediation Service* and for his work in mediation in the maritime field. In 2012 he acted as judge in the CEDR Awards, on a panel chaired by Lord Rix.

He has a “**unique ability to present complex processes in a way which is easily understood, not only by members of the legal profession but also by other interested parties**” (Secretary General, then International Union of Marine Insurance).

Rhys has published numerous bulletins, articles and papers on maritime law, insurance and dispute resolution (the latter particularly on mediation). These are published variously in hard copy and on-line, for example by the British Insurance Law Association, the Chartered Insurance Institute (CII), CPR (the International Institute for Conflict Prevention and Resolution, New York), the International Bar Association, the International Comparative Legal Guide, the International Marine Claims Conference (IMCC, Dublin), the Journal of International Trade (JIML) and by the International Union of Marine Insurance (IUMI). His publications are variously published, re-published and cited in French, Italian, Romanian, Chinese, Korean, Russian, Arabic, Portuguese, Slovenian, Spanish, Greek, Japanese and Turkish materials. He has an enduring interest in the loss and discovery of the RMS TITANIC.

Rhys is a highly regarded public speaker. He has spoken widely internationally (in Europe, Scandinavia, North America, South America, India, Middle East), in a huge number of private

and public forums, principally on maritime law, insurance and dispute resolution, for example at the Comité Maritime International (CMI), at the United States Maritime Law Association (USMLA), at the International Union of Marine Insurers (IUMI), at the International Marine Claims Conference (IMCC, Dublin), at the Comité d'Études et de Services des Assureurs Maritimes et Transports (CESAM), at Lloyds of London, at the International Underwriters Association, at Paris International Underwriters (SIP), at the French Insurance Institute (FFSA), at the Centre de Mediation et d'Arbitrage de Paris (CMAP), at the US Average Adjusters Association (New York), at the Superyacht Claims Adjusters' Association, at the Chartered Insurance Institute (CII Masterclasses - on mediation), at the Insurance Institute of London (IIL), at Lloyds Maritime Academy, at the London Shipping Law Centre, at Intertanko and at Intercargo (feedback...**"absolutely first class"**..).

Rhys has over 35 years' experience of commercial litigation and arbitration, with a particular emphasis on marine and non-marine insurance and reinsurance matters and disputes covering a very wide range of risks, for example, Aviation, BAR/CAR policies, Cargo, Charterers' Liability, Credit Risks, Energy, Hull, Increased Value, Kidnap and Ransom, Piracy and Terrorism, Marine Liability, Loss of Hire, Mortgagees' Interest, Specie, War, Political Violence on land and Yacht Insurance; and in disputes under contracts of carriage (bills of lading and charterparties).

He is also engaged in policy drafting, including work on the creation of a new French Market Superyacht Package Policy (in 2008) and on the new French Market Marine Hull Policy, launched in 2010.

He has for many years been widely listed amongst the world's leading lawyers in maritime law and insurance. For example, he is listed in *The Legal 500 2017* (for Shipping and Insurance) and in the *Expert Guides: The Legal Media Group Guide to the World's Leading Lawyers* (both in *Insurance and Reinsurance UK 2017*, and in *Shipping 2017*). *Legal 500 2016* states that he is **"highly regarded"**. The *International Who's Who of Shipping and Maritime Lawyers 2010* states that he possesses **"a remarkable depth of expertise."**

Rhys was raised in Shropshire and attended Wellington Grammar School until 1976. He read law in Aberystwyth University, graduating *magna cum laude* in 1979. He was awarded Honours in Solicitors Finals in 1980 and the Alfred Syrett Prize by the City of London Solicitors Company in 1981. He attended the University of Aix en Provence (Aix/Marseille) as a postgraduate and was awarded a DESU in 1980. After qualification in England he worked for an English law firm based in Paris. He is fluent in French and a regular visitor to Paris.

He is widely travelled in Europe, Scandinavia, North and Central Africa, North America, South America, Middle East, and Far East.

June 2018

Book reviews for the first edition of “Mediation in England and Wales” by Rhys Clift, first published in 2010

By Sir Henry Brooke, Chairman of the Civil Mediation Council:

“Mediation, as a means of resolving civil disputes, has been a slow starter. Ten years ago it thrived in a small world largely populated by zealots, and zealots are not always the most persuasive advocates of new ideas. Rhys Clift qualified as a mediator in 1998, and he has now built up a formidable reputation in the mediation marketplace. His present book, composed as it is of papers written in 2006 and 2010, has none of the hallmarks of zealotry. It is a ‘must read’ for anyone who has heard about mediation but has not yet taken the plunge – and for fairly advanced swimmers as well.

“It is no longer open to the litigator to know nothing about mediation. His or her clients deserve a modern dispute resolution service, and such a service must include expert knowledge of the different methods of dispute resolution now available to parties in conflict. This book provides answers to the obvious questions: How is mediation different from litigation or arbitration? How should one prepare for a mediation? What happens at a mediation? What are the strengths and weaknesses of the process? What are the tell-tale signs that a mediation may be more productive than a bipartite settlement meeting?

“Many mediators are puzzled that such an excellent way of bringing about an agreed closure has been so slow to catch on. Every experienced mediator has witnessed the relief and pleasure on parties’ faces when a hard day of facilitated negotiation ends in a signed agreement. The author explains how often good new ideas start by being ignored, may then be treated with hostility or derision, and finally form part of mainstream thinking.

“April 2011 saw the implementation of the EU Mediation Directive. It saw the publication of a Ministry of Justice Consultation Paper containing a very marked emphasis on the importance of mediation. It is seeing other departments urging parties everywhere to seek consensual solutions, rather than go down the slow, expensive path towards an imposed solution. In such a context the publication of this excellent short book is very timely.”

By Virginia A. Greiman, Harvard University, Kennedy School of Government:

“Rhys Clift’s book on Mediation in England and Wales is essential reading for all those interested in conflict resolution, and developing a powerful alternative to costly adversarial processes such as arbitration and the courts.

“The author, who brings his extensive experience as an international commercial mediator provides a practical overview of the tremendous value that mediation contributes to the resolution of complex disputes on a wide range of matters including insurance coverage disputes, off-shore construction, and class actions against major financial institutions. He provides an excellent review of the important differences between mediation and arbitration and why mediation is a more effective dispute resolution process.

“As mediation continues to expand and is recognized around the world, it is vital to understand the critical advantages of this important methodology for conflict resolution as highlighted in this book.”