

Assemblea nazionale 2017

GRUPPO GIURISDIZIONE E ADR

Contributo dell'Osservatorio di Roma

(Pres. Franca Mangano - Avv. Paola Moreschini – Avv. Andrea Melucco – Avv. Stefano Di Meo)

L'ACCESSO ALLA GIUSTIZIA

E L'INFORMAZIONE SUI DIVERSI MODI DI GESTIONE DEL CONFLITTO

Gli Osservatori sulla giustizia civile hanno posto già da tempo l'attenzione sull'esigenza di avere “giudici nuovi” e “avvocati nuovi” che cooperino nel ridisegnare il perimetro della giurisdizione, -come Luciana Breggia diceva nella relazione introduttiva dell'Assemblea di Milano del 2016-, perchè la domanda di giustizia è diversificata e complessa ed ha bisogno di risposte articolate e pluriformi.

La domanda di giustizia, innanzitutto, va letta e compresa, perchè non è funzionale al processo ed alle sue logiche procedurali. All'opposto, è il processo ad essere a servizio della domanda di giustizia e, perciò, delle persone.

L'assemblea nazionale degli Osservatori di Salerno del 2008 ha lanciato per la prima volta l'allarme sulla giurisdizione come risorsa limitata. Nella relazione introduttiva la coordinatrice degli Osservatori paragonava la giurisdizione all'acqua e a tutti i beni pubblici, dei quali occorre fare buon uso, non sprecandoli. La giurisdizione è un bene comune che deve essere garantito e accessibile a tutti, ma non ha nè il monopolio nè la priorità come mezzo di soluzione dei conflitti, perchè rappresenta l'ultima possibilità dopo che è stato fatto ogni tentativo per una definizione della controversia fuori dal processo.

Questo appello per un accesso multiforme e pluralistico a varie forme di soluzione dei conflitti, compresi quelli sommersi che non arrivano davanti al giudice, nel corso degli anni e con l'avanzare dell'emergenza sulla giustizia civile, è stato tradotto come esigenza di degiurisdizionalizzazione, mettendo al primo posto l'aspetto dello smaltimento dell'arretrato civile per comprensibili e legittime ragioni di efficienza del servizio giustizia.

Sappiamo bene che i tribunali civili sono ingolfati di conflitti che nascono dalla vita e dalle relazioni quotidiane, come quelli condominiali o le questioni ereditarie. Tanti conflitti endemici che minano la qualità della vita delle nostre comunità e la coesione sociale, creano una

situazione di degrado sociale ed alimentano la sfiducia dei cittadini nelle istituzioni che dovrebbero governare la convivenza civile.

I dati del Rapporto 2016 sui conflitti e sulla conciliazione, elaborato dall'Osservatorio sui conflitti e sulla conciliazione, ci dicono che al Tribunale di Roma sono stati iscritti 291.000 nuovi procedimenti civili nel 2015, sebbene nell'ultimo triennio la riduzione delle iscrizioni a ruolo sia stata di oltre il 10%. Il 23% delle iscrizioni riguarda il contenzioso ordinario, il 21% procedimenti sommari ed il 25% lavoro e previdenza. Il contenzioso ordinario è soprattutto in materia di famiglia (25%) e contratti e obbligazioni (25%). E sempre nel 2015 sono arrivati a sentenza il 52% del procedimenti definiti nell'anno (38.000) mentre il 20% risultano cancellati o estinti (14.000). Un dato, quest'ultimo, che è indice di un elevato numero di transazioni, ma che non consente di verificare nè in quale momento avviene l'abbandono del giudizio nè l'incidenza della mediazione demandata dal giudice o della proposta conciliativa o transattiva del giudice.

Ma l'accesso alla giustizia non è l'accesso al giudice perchè la giustizia è qualcosa di più ampio del diritto. La giustizia non si esaurisce nelle regole, e nel ripristino della regola violata, e per questo per chiudere un conflitto non basta una sentenza o una pluralità di giudizi.

Un primo passaggio indispensabile è quello di aiutare le persone, soprattutto le nuove generazioni, a saper riconoscere i conflitti e ad imparare a risolverli facendo ricorso alle proprie risorse e senza delegare immediatamente la soluzione a giudici e avvocati. Attraverso processi di maturazione personale, che permettano di riconoscere il punto di vista dell'altro e di cercare di raggiungere soluzioni concordate ai propri conflitti. Si tratta di favorire processi di auto-responsabilizzazione che favoriscano le soluzioni negoziate delle liti e su questo aspetto l'Osservatorio di Firenze ha fatto una riflessione e sta attuando dei progetti molto avanzati, che sono confluiti nei lavori preparatori di questa assemblea nazionale.

Un secondo passaggio riguarda il nuovo ruolo dei professionisti e, soprattutto, degli avvocati. Il sistema degli strumenti di risoluzione dei conflitti si è molto arricchito negli ultimi anni, e per questo c'è bisogno di orientare chi chiede consulenza e assistenza verso il modo migliore per trattare ogni determinata domanda di giustizia. Il dovere di informativa che ha l'avvocato verso il cliente riguardo alla possibilità di utilizzare gli strumenti di risoluzione della controversia diversi dal ricorso al giudice, quali la mediazione e la negoziazione assistita, deve essere interpretato come garanzia del diritto del cliente a poter assumere una decisione consapevole su come affrontare il suo conflitto, dopo essere stato adeguatamente informato sulle diverse possibilità.

Nella prospettiva della diffusione della cultura della conciliazione e della gestione differenziata dei conflitti, si può ricorrere agli strumenti di risoluzione delle controversie diversi

dal processo solo tenendo conto delle caratteristiche che connotano ogni particolare tipo di conflitto e degli indici concreti di negoziabilità e mediabilità della controversia.

Gli obblighi a mediare o a negoziare, come filtri introdotti per esigenze deflattive, hanno il limite di apparire rivolti a scoraggiare o rendere più difficile l'accesso al giudice, ed a realizzare un "respingimento" della domanda di giustizia. E per questo ancora molti professionisti guardano con sospetto alle ADR.

I dati sulla mediazione a Roma, e forse non solo a Roma, dimostrano questa difficoltà a cogliere le potenzialità delle ADR nel favorire la risoluzione delle controversie fuori dalle aule dei Tribunali.

I procedimenti di mediazione iscritti negli organismi con sede nel Distretto di Roma sono stati 26.000 nel 2015 ma solo il 9% si è concluso con un accordo (2.400 accordi). E la percentuale degli accordi è rimasta costante nell'ultimo triennio nonostante l'attuale tendenza alla comparizione personale di entrambe le parti davanti al mediatore. La mancata partecipazione del chiamato in mediazione si è, infatti, ridotta tra il 2013 ed il 2015 dal 70% al 49%, a motivo del diffondersi della giurisprudenza sul principio di effettività della mediazione e, quindi, sull'obbligo per le parti di comparire personalmente al primo incontro di mediazione.

Quello dell'effettività della mediazione è sicuramente un principio virtuoso, volto a promuovere la cultura della conciliazione, garantendo alle parti la possibilità effettiva di ripristinare i canali di comunicazione e di rendersi conto della reale possibilità di risolvere il conflitto in un modo più soddisfacente per entrambe. Ma è un principio virtuoso che è stato strumentalizzato, ed utilizzato talvolta dai giudici in chiave sanzionatoria nei confronti delle parti non comparse, con esiti non positivi ai fini del consolidamento di un corretto rapporto tra giurisdizione e ADR.

La prospettiva è, invece, per tutti gli operatori del conflitto, giudici, avvocati, mediatori e anche CTU, quella di una attenzione alle persone dalla cui relazione si è originato il conflitto, al fatto concreto, a tutte le circostanze ed alle questioni in gioco. Ed una attenta analisi delle caratteristiche delle diverse domande di giustizia aiuta a capire quando serve il processo e quando posso rivelarsi più utili gli strumenti di soluzione dei conflitti diversi dal processo.

Anche la relazione della Commissione Alpa ha messo in evidenza l'importanza dell'informazione diffusa sugli strumenti di ADR, denunciando che ancora molto poco è stato fatto in questa direzione.

E' indispensabile, pertanto, che i Tribunali si dotino di servizi di informazione e orientamento per i cittadini in cui si fornisca una adeguata informazione alle persone coinvolte in un conflitto, sull'esistenza di varie possibilità di definizione dei conflitti, anche a seconda della

specificità del conflitto, e del modo in cui poter accedere ai vari strumenti di risoluzione delle controversie diversi rispetto al ricorso al giudice.

L'UTILIZZO DELLA PRIMA UDIENZA A FINI CONCILIATIVI,
GLI INDICI DI MEDIABILITA' DELLA CAUSA
E LA PROPOSTA DEL GIUDICE ALL'INTERNO DEL DIALOGO PROCESSUALE

Forma oggetto di una acquisizione consolidata la consapevolezza di quanto il successo delle forme alternative alla giurisdizione sia condizionato dalla benefica sinergia di tutti i protagonisti del processo civile. Dunque, se si chiede alla classe forense di adeguare la propria cultura giuridica ai valori della mediazione, di analogo tenore sono le aspettative rivolte all'intervento dei giudici nella direzione di un superamento della logica esclusivamente contenziosa e conflittuale della lite.

La mediazione delegata (art. 1, comma 2 D.Lgvo n. 28 /2010 e succ. mod.) è l'istituto che in modo più evidente rappresenta il momento di raccordo tra giurisdizione e ADR e che misura l'efficacia dell'intervento del giudice civile nella direzione sopra indicata.

Anche se la prospettiva è limitata, il dato che proviene dall'Organismo di mediazione forense di Roma indica un fenomeno nel complesso stazionario, con 984 procedure nel 2016 su invio del giudice a fronte di 953 nel 2015. Il fatto che tali valori assoluti si traducano nel 2016 in una percentuale più elevata dell'anno precedente e più prossima al 20%, è l'effetto della flessione del numero complessivo delle procedure di mediazione, scese a 6245 nel 2016 mentre nel 2015 sono state 6638.

Pertanto, la sanzione di improcedibilità connessa all'invio in mediazione da parte del giudice non vale a favorire il decollo di un istituto, che assegna ai giudici una funzione di grande rilievo nella evoluzione della cultura della giurisdizione.

Deve essere ribadito che le ADR funzionano soltanto se funziona la giurisdizione. I principi di prevedibilità della decisione e di ragionevole durata del processo sono prerequisiti indispensabili per il successo degli strumenti di ADR. Diversamente, sarà difficile per le parti apprezzare i benefici di una soluzione esterna al giudizio, quando almeno una delle parti in conflitto troverà conveniente avvalersi dei disservizi della giustizia per consolidare la propria posizione di vantaggio.

Un aspetto di fondamentale importanza riguarda il tempo dell'invio in mediazione.

La legge non indica un momento iniziale, ma soltanto lo sbarramento finale dell'invio (non oltre il rinvio per la precisazione delle conclusioni o per la discussione della causa) consentendo anche che l'invio avvenga in grado di appello.

Analogo il termine finale indicato per il diverso istituto della proposta conciliativa del giudice ai sensi dell'art. 185 bis c.p.c., ma in questo caso il legislatore indica espressamente la possibilità di ricorrere alla proposta conciliativa 'anche alla prima udienza'. Nonostante la diversità tra i due istituti, posto che nell'invio alla mediazione la valutazione del giudice attiene alla idoneità della controversia di trovare un più soddisfacente assetto di interessi fuori dal processo, mentre nella proposta conciliativa il giudice pone gli strumenti processuali disponibili –primo fra tutti l'auctoritas della sua proposta- a disposizione di una soluzione transattiva della lite, per entrambi l'esperienza pratica indica un tempo massimo di efficacia. Mediamente dopo due anni di giudizio, le possibilità di successo tanto dell'invio in mediazione tanto delle proposta conciliativa di assottigliano, perché la radicalizzazione del conflitto pregiudica l'abbandono della logica contenziosa. A smentire l'interpretazione che vede gli istituti di ADR come strumenti di eliminazione dell'arretrato, e non invece come presidio di prevenzione (in un circuito giurisdizionale efficiente).

Ciò è tanto più evidente per l'invio in mediazione delegata, dove assume fondamentale importanza il ruolo della prima udienza. Ovviamente, la conoscenza e lo studio del processo da parte del giudice è un requisito preliminare e anch'esso è possibile soltanto con un contenzioso suscettibile di essere gestito.

La selezione delle cause per le quali è ipotizzabile il successo della mediazione incrocia requisiti soggettivi e oggettivi (natura della causa e comportamento delle parti), di non facile individuazione.

Ma ci sono dei casi, per i quali, il giudice, pur disponendo di strumenti processuali tipici, decide di dismettere le categorie giurisdizionali, che possono solo definire la lite, senza fornire un assetto degli interessi, per dare spazio ad altre possibilità di soluzione della controversia. E il giudice, nel dialogo processuale con gli avvocati e eventualmente anche con le parti, può far emergere gli indici di mediabilità della causa o proporre una soluzione conciliativa:

- 1) Quando, nelle controversie aventi ad oggetto una domanda di condanna al pagamento di una somma di danaro, si rinviene dalla lettura degli atti, traccia di una pregressa trattativa tra le parti oppure c'è nella comparsa del convenuto una parziale adesione alla domanda dell'attrice. In questi casi l'art. 186 bis c.p.c. offre uno strumento immediato di definizione, almeno parziale del contrasto. Ma proprio perché parziale, potrebbe comportare anche il consolidarsi delle lite sugli ulteriori aspetti. Dunque, soprassedere

sullo strumento endoprocessuale e rendere edotte le parti della possibilità di definire il loro contrasto in maniera più completa nell'ambito di una procedura di mediazione.

- 2) Quando la causa è nata con un vizio preliminare ed è pertanto aperta la via ad una soluzione processuale della lite, l'attenzione per il conflitto, che tenderà a permanere a prescindere dall'estinzione del giudizio, può consigliare al giudice (che ne informerà i difensori) di dismettere la soluzione processuale per invitare le parti in mediazione.
- 3) Quando la causa viene introdotta dopo un ATP che non ha sortito esiti conciliativi della controversia, la impossibilità di utilizzare la CTU espletata nella fase preliminare per la mancata partecipazione di tutti i protagonisti della vicenda, può fare valutare, preliminarmente, l'opportunità di inviare in mediazione le parti che, a prescindere, dall'utilizzabilità della CTU, possono partire ad tale accertamento per una soluzione mediata del contrasto. E' una ipotesi divenuta molto frequente in materia di responsabilità medica, dopo che la nuova formulazione dell'art. 5 comma 4 della l. n. 28/2010, ha escluso la mediazione obbligatoria per i procedimenti di ATP. Una scelta legislativa che ha registrato una impennata pari a più di un quarto delle precedenti procedure, che, all'esperienza pratica, non risulta avere incrementato le possibilità di definizione conciliata della lite, anche per la resistenza delle compagnie di assicurazioni ad avvalersi di tale strumento conciliativo.

Le tre ipotesi esemplificate sono accomunate : 1) dal tempo molto anticipato dell'invio in mediazione 2) dal rappresentare ipotesi nelle quali il giudizio può essere definito abbastanza rapidamente sulla base di una definizione parziale e/o processuale o per il quale il rispetto del fondamentale principio del contraddittorio può comportare la perdita di un'attività processuale precedente. In tutti questi casi, il giudice sceglie di fare arretrare la soluzione giurisdizionale a favore di una possibilità esterna al processo che può determinare effetti di risoluzione del conflitto più ampi di quelli assicurati dal giudizio.

Inoltre, l'eventuale fallimento della mediazione, in questi casi, sia sulla base della parte non contestata della domanda sia sulle conclusioni delle CTU non comune a tutte le parti, può essere seguita da una proposta conciliativa del giudice ai sensi dell'art. 185 bis c.p.c..

Il tempo della proposta conciliativa, infatti, ai fini del suo esito positivo è leggermente spostato più avanti, in quanto l'esperienza dimostra che le possibilità di successo sono legate all'espletamento di qualche fase processuale (richieste istruttorie, deposito documenti, espletamento CTU). In questi casi, la valutazione del giudice e la sua proposta non supera l'oggetto del giudizio, ma lo determina in relazione al tempo e alla certezza della prestazione

eseguita, mentre invece nella mediazione i limiti processuali (soggettivi e oggettivi) possono essere superati in vista dell'assetto complessivo degli interessi da ottenere.

Uno dei vantaggi dell'istituto della proposta conciliativa riguarda la possibilità di ottenere l'adesione della parte pubblica, in buona parte sollevata dalla proposta del giudice dai problemi di responsabilità evidenziati.

IL MEDIATORE NON E' UN AUSILIARIO DEL GIUDICE **E BUONE PRASSI PER LA CTU IN MEDIAZIONE**

Il Mediatore ed il Giudice hanno entrambi lo stesso scopo: risolvere la controversia loro sottoposta. I mezzi a disposizione dell'uno e dell'altro per risolverla sono decisamente diversi. Uno dei must del cosiddetto discorso del Mediatore, risulta infatti essere la dichiarazione: "*non sono un Giudice*". Il Mediatore infatti non emette sentenze ma, come è a tutti noto, è semplicemente *un facilitatore*.

Per l'espletamento della sua funzione e per poter addivenire ad un altro dei must "*l'allargamento della torta*", il mediatore non può essere ingabbiato nei lacci e laccioli imposti dal Magistrato che invia le parti in mediazione, come abbiamo visto accadere attraverso una recente giurisprudenza di merito.

Si pensi a fattispecie quali le controversie condominiali o ereditarie che possono avere alle spalle anni di rancori e risentimenti che travalicano la fattispecie oggetto della controversia e che, necessariamente, per il Giudice deve essere al centro della sua analisi. Ma così non è per il Mediatore che può e deve spaziare a tutto campo per cercare di aiutare le parti a risolvere il loro conflitto e di evitare che si ripresenti.

E' indubbio che vi debba essere un indirizzo da parte del Magistrato, nell'ordinanza di invio in mediazione demandata, ma è altrettanto vero che tale indirizzo non può essere rigido ed applicato in maniera anelastica.

La doverosa conclusione di questo ragionamento è che, rafforzata l'autonomia di cui deve godere ciascuna figura in relazione alle competenze che gli sono affidate, il mediatore può ben svolgere la funzione di collaboratore ma non certo quella di ausiliario.

Un aspetto rilevante del rapporto tra procedimento di mediazione e procedimento giudiziale, e del rischio di trasformare il mediatore in un ausiliario del giudice, è quello che riguarda la consulenza tecnica in mediazione.

Si tratta di una questione che è stata affrontata e risolta in maniera diversa e decisamente non

omogenea dai vari organismi presenti sul territorio. A ciò deve aggiungersi la diversa valutazione effettuata dai vari Tribunali su come considerare e quale valore dare alla consulenza esperita in mediazione.

Una recente comunicazione del Ministero della Giustizia derivante da una richiesta di chiarimenti ad un Organismo di Mediazione, ha fornito quelle che dovrebbero essere le linee guida sulla materia. La consulenza tecnica per il Ministero non potrà mai essere esperita in mediazione ove, alla presenza di tutte le parti, una di queste dichiara esplicitamente di essere contraria a detto espletamento. Diverso è il caso, sempre per il Ministero, in cui una o l'unica delle parti chiamate non compaia. In tale ipotesi, ove il regolamento dell'organismo lo preveda, sarebbe possibile entrare comunque in mediazione ed espletare anche una consulenza tecnica. All'esito di detta consulenza, sempre per il Ministero, ben potrebbe la parte comunicare al chiamato una proposta redatta sulla base della consulenza. Fattispecie questa non praticabile in caso di esplicito dissenso della parte chiamata. Sostiene infatti la Dr.ssa Verde che il dissenso non può essere equiparato alla contumacia - che è un comportamento neutro secondo il codice di procedura civile - e pertanto giustifica l'inammissibilità.

Si ritiene di NON poter condividere il riportato orientamento e la direttiva, per ragioni tecnico normative, ma anche teoriche e pratiche.

Sotto il profilo normativo, il "suggerimento" appare contenuto in una raccomandazione / circolare ministeriale che non può avere alcun effettivo rango di provvedimento normativo (neppure di grado inferiore) e, come tale, inidoneo a dettare in via generale regole per il procedimento di mediazione, regole che il d.lgs. 28/2010 non delega neppure al decreto attuativo ex art.16 (come si può agevolmente argomentare dalla sentenza Tar Lazio 1 aprile 2016 che ha annullato le disposizioni regolamentari in tema di incompatibilità).

La consulenza tecnica in mediazione, può essere un valido mezzo di risoluzione, specie in fattispecie complesse quali le cause ereditarie, la responsabilità medica ed i contratti bancari per quello che riguarda i c.d. tassi usurari.

Ma tale mezzo, trovandosi iscritto in un procedimento nel quale la volontà delle parti è (al di là delle sanzioni che possano conseguirne al di fuori, ovvero nel processo) sovrana, non può prescindere dal consenso di tutte le parti.

In altre parole, anche sotto il profilo teorico e dei "principi", proprio il tanto decantato e richiamato "spirito della mediazione" appare opporsi ad una simile forzatura.

In assenza di ciò, la consulenza, anche se effettuata da C.T.U. iscritti agli Albi dei Tribunali, come avviene per l'Organismo di Roma, che ne possono garantire l'imparzialità, rimane sempre, in assenza di contraddittorio, una consulenza di parte.

Per quanto ad oggi risulta, l'atteggiamento della Magistratura nei confronti di detto mezzo è

decisamente ondivago. Si passa da un totale utilizzo di detto mezzo in giudizio - si veda quanto sostenuto da alcuni magistrati del Tribunale di Roma (in particolare il Dott. Moriconi) - ad un totale rifiuto del mezzo. La norma è invero poco chiara per non dire silente.

In tale situazione, emerge il rischio concreto di una perdita di tempo e di denaro, sempre facendo riferimento ad una consulenza ammessa in assenza dell'altra parte.

Una buona prassi da promuovere è quella di non disporre la consulenza in mediazione senza il consenso delle parti e, pertanto, mai in contumacia.

UNA POSSIBILE RAZIONALIZZAZIONE E RIFORMA DELLE ADR **ED IL PROCESSO CIVILE**

A sei anni dalla completa entrata in vigore della disciplina sulla mediazione, si può senz'altro tracciare un bilancio sui complessivi effetti apportati al sistema, così come delineare alcune ulteriori prospettive di evoluzione.

La stessa terminologia oramai utilizzata dal legislatore ci segnala come si sia avviata, pur tra mille distinguo e faticose precisazioni, una stagione di “degiurisdizionalizzazione” della giustizia civile che – prima di tutto per evidenti ragioni di risorse destinabili nel bilancio dello stato a sostenere i costi della giurisdizione civile - appare scelta difficilmente reversibile.

Sempre tra mille distinguo, sembra oramai acquisito anche come tale opzione rappresenti una straordinaria occasione di evoluzione del nostro paese e della nostra economia, insieme ai rilevanti profili culturali e sociali cui si accompagna.

Perché tale occasione si realizzi, occorre tuttavia chiarire definitivamente alcuni presupposti fondamentali.

Si deve, pertanto osservare preliminarmente che lo stesso termine di “degiurisdizionalizzazione” merita severa critica, non solo per la sua scarsa eleganza sotto lo stretto profilo lessicale.

L'inadeguatezza del termine è profonda e concettuale, perché tradisce come tutta la disciplina sinora adottata in materia muova da un punto di vista che è frutto della perenne emergenza i cui si opera, ma che – proprio per tale ragione – rischia di essere fuorviante: la vicenda contrappositiva tra le parti viene presa in esame solo DOPO che sia approdata nelle aule di giustizia, quasi che non esistesse PRIMA e A PRESCINDERE dal giudizio.

Il difetto, se così lo si vuole considerare, discende sicuramente dall'approccio oramai tradizionale, risalente alle modalità stesse in cui era concepito il diritto e la giurisdizione, allorché vennero forgiati quei codici che per tre quarti ancora reggono (sebbene sempre più faticosamente e

subendo l'erosione del tempo, delle continue novelle nonché della legislazione speciale) il tempio del diritto: il processo ORDINARIO di cognizione quale fulcro della tutela e della attuazione del Diritto (con la maiuscola).

La conseguenza è che ogni forma "alternativa" di realizzazione della giurisdizione (intesa come concreto attuarsi della stessa – come insegnava Salvatore Satta), posta in questa ottica, rischia di essere valutata quale momento di "sottrazione" e/o erosione della sfera della tutela giurisdizionale.

E' l'ottica che ha portato, per ragioni più umorali che di convinzione, una parte consistente dei professionisti a vivere in termini problematici l'avvento degli strumenti di cui parliamo anche oggi ed ha consentito, in una prima poco felice stagione, che gli alfieri delle battaglie di retroguardia alzassero muri, aizzando contro la mediazione le folle degli avvocati sempre più disorientate dalla feroce crisi ed impedendo così una discussione serena e sul merito di strumenti sicuramente perfettibili.

A oltre quattro anni dalla sentenza della Corte costituzionale 212/2012 che sembrava aver messo ingloriosa fine all'esperienza della mediazione obbligatoria e ad oltre tre anni dalla sua reintroduzione, si può forse finalmente dare per acquisito che le ADR sono divenute patrimonio degli operatori della giurisdizione, complessivamente considerati.

Si può quindi guardare avanti, nella speranza che l'aver consolidato tale assunto, consenta finalmente di fare anche quegli ulteriori sviluppi, che consentano di poter finalmente parlare, anche in Italia di (effettivo) "sistema" della ADR.

Un corretto sviluppo non può partire dalla corretta valorizzazione delle fondamenta degli istituti. Ecco dunque che occorre rimeditare la stessa definizione del fenomeno (degiurisdizionalizzazione) per sovvertire la prospettiva appunto "processocentrica" che ha sinora condizionato il legislatore.

L'erroneità della prospettiva deve infatti essere rimarcata non solo richiamando i molteplici precedenti della Corte costituzionale (che ha riaffermato in più occasioni che la previsione, in termini ragionevoli e temporalmente limitata, di strumenti a carattere conciliativo, anche previsti come condizione di procedibilità, non costituisce un vulnus al diritto di difesa e al diritto di adire il giudice naturale precostituito dalla legge – cfr. Corte cost. Ord. 18 febbraio 2009, n. 51; Corte cost., 30 novembre 2007, n. 403), ma evidenziando come nell'enfasi della funzione deflattiva degli istituti risieda un pericolo immenso cui occorre sottrarsi.

Se infatti si dovesse considerare le ADR esclusivamente in funzione della capacità di contribuire all'abbattimento dell'arretrato - la tanto auspicata funzione "deflattiva" - non vi è dubbio che i risultati *siano al di sotto delle aspettative* (di chi la propugnava, ovviamente) e debbano peraltro essere problematicamente letti, alla luce soprattutto di quanto sia difficile allo stato discernere in che

misura l'andamento comunque a decrescere del complessivo carico degli Uffici dipenda da tali strumenti ovvero: a) dalla crisi economica, b) dalla persistente sfiducia dei cittadini, ovvero ancora c) dall'aumento progressivo che hanno subito i costi di accesso alla giustizia (contributo unificato): tutti fattori sicuramente concorrenti, sebbene in misura variabile.

Questo effetto è dipeso anche dal fatto che, anziché dotare le parti di strumenti per gestire al meglio – secondo le proprie esigenze – il conflitto, assumendosi responsabilità, il legislatore ha preferito seguire la scorciatoia di implementare i poteri coercitivi del Giudice.

Non si può naturalmente negare che senza l'obbligatorietà e senza la valorizzazione della capacità del Giudice di evidenziare alle parti – con la mediazione delegata e/o con la proposta ex art.185 bis cpc (a volta addirittura in combinazione tra loro) – le possibili soluzioni compositive della controversia, non si sarebbe probabilmente neppure giunti all'attuale livello di diffusione della mediazione e delle ADR.

E' anche sotto gli occhi di tutti, al contempo, che gli strumenti via via introdotti non sono tra loro coordinati e che la stessa negoziazione assistita sia stata introdotta quasi più per (dare specialmente all'avvocatura l'idea che si voleva) erodere l'area di applicazione della mediazione che per costituirne occorrendo uno strumento prodromico regolamentato.

Il risultato è che le parti (ed i loro consulenti) si trovano a non poter programmare compiutamente i percorsi procedimentali e soprattutto la loro tempistica (ed i loro costi): sia perché gli strumenti di ADR non sono tra loro coordinati, sia perché, pur avendoli esperiti, vi è la concreta possibilità che dal giudizio si ritorni ad una fase conciliativa, ad esempio in caso di mediazione delegata.

Eppure stiamo parlando di controversie che (quanto meno per l'intero ambito della mediazione e per la negoziazione assistita in ambito negoziale / risarcitorio – con esclusione quindi della sola applicazione al campo familiare) trovano il loro radicamento e giustificazione anche teorica nella natura disponibile del diritto.

L'indubbia rivoluzione culturale rappresentata dalla introduzione della mediazione nel nostro ordinamento, si è allo stato concretata nella (invero fondamentale novità) di prevedere dapprima che la conciliazione sia raggiunta dalle parti con l'ausilio di un soggetto totalmente privato, soggetto solo alla vigilanza pubblica. A ciò si è poi aggiunta la possibilità che l'accordo raggiunto tra le parti acquisti efficacia di titolo esecutivo, solo in virtù della autentica delle firme da parte dei difensori e non più dopo un procedimento di omologazione avanti il Presidente del Tribunale (beneficio poi esteso all'accordo raggiunto a seguito della negoziazione assistita).

Ma questa rivoluzione deve essere completata valorizzando appieno il presupposto politico/filosofico della funzione centrale che assume in un ordinamento che VUOLE definirsi

liberal(democratico) *l'autonomia privata dei cittadini*, ovvero l'ambito nel quale essi sono in grado di determinare liberamente – nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento – i propri assetti di interesse. Non vi è infatti dubbio (al di là delle dotte e affascinanti disquisizioni della dottrina processualcivilistica – appartenenti oramai all'inizio del secolo che si è concluso - sulla indubbia differenza che corre tra “disponibilità” del diritto e “disponibilità” del processo, con i suoi riflessi sui poteri delle parti e del Giudice nell'ambito del giudizio) che oggi appaia anacronistico che in ambito processuale le modalità di risoluzione delle controversie relative ai diritti disponibili possano ancora essere caratterizzate da rigidità e strumenti di evidente matrice dirigista.

Strumenti (come anche la proposta del Giudice) che si giustificano in un'ottica di misure straordinarie e che sono anche stati utilizzati sicuramente con prudenza, ma non possono essere il *fulcro* di un “sistema” che rispetti i principi ora richiamati.

In questo quadro, la disamina svolta dalla Commissione di Studio istituita dal Ministero della Giustizia e presieduta dal Prof. Guido Alpa (che ha consegnato il 18 gennaio scorso la propria Relazione), appare ampia e sicuramente ricognitiva delle molte complessità che la materia della mediazione ha dovuto affrontare.

Sotto questo profilo, appare degno di attenzione il tentativo di operare una puntuale ricognizione delle problematiche evidenziate dall'applicazione pratica e dai precedenti giurisprudenziali che – anche in termini copiosi – si sono via via sedimentati, tralasciando intenzionalmente di affrontare altre questioni sollevate da dottrina ritenuta minore (proroga del termine e conseguenze sul procedimento del suo mancato rispetto, proposta della parte, ampliamento delle forme di mediazione, ad es. introducendo la “*early neutral evaluation*”).

Il poco tempo a disposizione ha forse determinato che il contributo della Commissione si arresti a questa fase di elaborazione, laddove forse ci si poteva attendere una progettualità più ampia, ***proprio con riferimento al coordinamento tra gli istituti***, tenuto conto che oggetto dell'indagine era (tra i tanti profili) una “*ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione con particolare riferimento alla mediazione, alla negoziazione assistita ed all'arbitrato*”.

I risultati non esattamente definitivi cui è pervenuta la Commissione Alpa hanno tuttavia rianimato le spinte “centrifughe” e le iniziative anche isolate.

Negli ultimi giorni si è avuta dapprima l'approvazione della c.d. Legge Gelli, che – rimodellando il campo della responsabilità civile in campo medico-sanitario – ha (fra molte novità attese e senz'altro positive) introdotto l'accertamento tecnico preventivo ex art.696 bis cpc quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale (in subiecta materia).

Tale previsione è stata solo in minima parte temperata dalla introduzione di un emendamento dell'ultimo minuto che ha (sempre all'art.8) “fatta salva” la possibilità in alternativa per la parte danneggiata di promuovere la mediazione.

Si tratta di un duplice provvedimento erroneo, sia perché riporta in Tribunale e sul tavolo del Giudice quei procedimenti che avrebbero potuto essere definiti in mediazione, ricorrendo appunto in quella sede ad una consulenza (affidata ad un CTU iscritto nelle liste del Tribunale tra i medici legali), sia perché – lasciando immutato il procedimento di mediazione, non si consente in quella sede appunto di svolgere necessariamente quell'accertamento sulla sussistenza o meno della responsabilità professionale che resta il nodo da sciogliere se si vuole rendere proficuo il dialogo tra le parti.

Secondo segnale è la presentazione di un emendamento al “Ddl concorrenza” da parte del Ministero per lo sviluppo economico, che prevede direttamente l'abolizione del periodo transitorio previsto dalla legge. Le valutazioni sulla sperimentazione del quadriennio, affidate dalla legge al Ministero di Giustizia (ed al quale era anche indirizzato il lavoro della Commissione Alpa) vengono così direttamente bypassati da altri attori della legiferazione

La circostanza che l'emendamento in questione sia scomparso dal testo esattamente come vi era comparso non è segnale comunque positivo (non fosse altro perché ora non si comprende neppure se vi sarà sul punto un provvedimento prima che – subito dopo l'estate – venga a scadere il periodo di sperimentazione quadriennale previsto dalla novella del 2013).

Il segnale complessivo e tutt'altro che incoraggiante è che la babele degli interventi casuali e privi di coordinamento sembra aver (ri)preso definitivamente il sopravvento ...

Tuttavia, gli spunti positivi non mancano e devono essere valorizzati.

Lo scopo degli strumenti di ADR deve infatti essere quello di coniugare l'esaltazione dell'autonomia privata delle parti ed al contempo perseguire la funzione deflattiva, risultando a tutti condivisibile l'assunto che il ricorso alla tutela giurisdizionale non possa che rappresentare, in un sistema normale, la *extrema ratio*, anziché la prassi normale (cioè obbligata dalla carenza di altri strumenti efficaci). Un principio che è a sua volta espressione della convinzione – che oramai si fa finalmente radicando – che il processo funziona se funzionano le ADR (perché vengono filtrate tutte quelle controversie che possono essere risolte senza il Giudice) e le ADR funzionano se funziona il processo (perché, venendo sanzionato chi non tenta lealmente di risolvere prima la lite, si incentiva una partecipazione effettiva nelle sedi precontenziose).

Ma la finalità deflattiva – ovviamente nel medio periodo – si raggiunge non tanto (ovvero non soltanto) affidando al Giudice il potere di “rimandare” le parti in sede conciliativa, quanto approntando dei percorsi che consentano alle parti di non andare MAI in giudizio.

Ciò naturalmente comporta l'affermarsi di un altro principio che faticosamente sta emergendo: una rilettura adeguata degli articoli 2,3, 24 e 111 della costituzione non può non renderci edotti che l'attuale sistema sanzionatorio (ancor prima che processuale) viene letto nel senso che OGGI al debitore è GARANTITO il diritto di COSTRINGERE il suo creditore a citarlo in giudizio. Ciò è intollerabile, antistorico e dannoso, da tutti i punti di vista, per il paese.

Il sistema delle ADR deve divenire il traino affinché si affermi il principio che se una delle parti propone la mediazione (o il Giudice ce le manda), il dovere di collaborazione e solidarietà sociale IMPONE che l'altra ci vada e collabori lealmente per la risoluzione del conflitto. Pena sanzioni molto severe da parte del Giudice, che è chiamato dalla collettività a vigilare che la risorsa giustizia sia utilizzata correttamente e quando davvero serve.

Se non si afferma questo principio, si dovrà gioco forza conservare la mediazione obbligatoria, ben oltre il termine decennale ipotizzato dalla Commissione Alpa.

L'armonizzazione degli istituti non può che passare dalle forme negoziali (le clausole c.d. *multistep*) che consentano alle parti di regolamentare una volta per tutte il procedimento di risoluzione della controversia, utilizzando razionalmente negoziazione assistita – mediazione ed arbitrato quale *road map* del proprio percorso di pace.

L'ordine scelto non è casuale (fermo restando che ragionevolmente negoziazione assistita e mediazione potrebbero essere in concorrenza alternativa tra loro) perché rispecchia il naturale evolversi del confronto e delle possibilità di definizione della lite.

Questi strumenti devono infatti essere pensati ed utilizzati analogamente ai mezzi di trasporto: io non prendo il taxi (ma le mie gambe o al più i pattini) per attraversare la strada, non vado in taxi ai caraibi o alle Maldive o in aereo da Roma a Viterbo.

Il conflitto nasce infatti tra le parti (che molte volte lo risolvono direttamente tra loro, senza neppure bisogno dei legali) e dapprima vede il coinvolgimento dei loro consulenti (in primis i legali), i quali ragionevolmente (e da sempre, come si è notato) tentano di contribuire alla soluzione del caso. Oggi tale procedimento può (e in molti casi, deve) avvenire nella forma della negoziazione assistita.

Se la soluzione non si raggiunge nel semplice confronto tra le parti (ed i loro consulenti), è ragionevole che si debba modificare il panel dei soggetti chiamati a contribuire alla risoluzione, aggiungendosi il mediatore, che dalla propria ottica può agevolare la sintesi.

Se anche questo tentativo non riesce è ragionevole pensare che la controversia debba essere risolta, nel senso sciolta mediante un provvedimento a carattere autoritativo, che ben può essere assunto in sede arbitrale.

Nulla di nuovo o davvero rivoluzionario, quindi.

Tuttavia, per poter consentire alle parti di scegliere, consapevolmente e utilmente, occorre anche che gli strumenti siano non solo adeguati, ma formalmente appropriati.

Tale appropriatezza non può che passare da un rafforzamento della funzione degli organismi di mediazione, che siano chiamati – con le opportune garanzie (già ben note ad altri ordinamenti) sulla eventuale separazione degli albi di mediatori e arbitri – a svolgere congiuntamente le funzioni di mediazione e di arbitrato (occorrendo nelle forme note alla letteratura internazionale di med/arb o med then arb).

Il tutto con la speranza che, un giorno, ai nostri figli appaia naturale risolvere le controversie in tal modo e senza dover adire il Giudice, così come - in lontani ordinamenti – è già oggi ritenuto disonorevole.

Il legislatore ha IMPOSTO un modello unico (e dirigista) di mediazione (d.lgs.28/2010), sperando che l'obbligatorietà "illuminasse" cittadini e avvocati.

Poi ha concesso l'assistenza obbligatoria in mediazione (quando già oltre l'80% delle parti veniva con l'avvocato) e l'esecutività senza passare dalla omologazione (ove residuano delle zone d'ombra).

Per restituire centralità al ruolo ed alla volontà delle parti (tenuto conto che stiamo parlando di diritti DISPONIBILI – come sopra ricordato), occorre immaginare che (magari a seguito di un proroga del periodo di obbligatorietà – senza semplicemente stabilizzarlo come vorrebbe il Ministro Calenda, né estendere al decennio la sperimentazione come proponeva la Commissione Alpa) si pervenga ad un sistema equilibrato così articolato:

1. Introduzione di un sistema ad opzioni multiple, tra le quali il cittadino possa scegliere secondo le sue esigenze e la natura della controversia:

- NEGOZIAZIONE ASSISTITA;
- MEDIAZIONE (che in caso di mancato accordo si possa trasformare su istanza congiunta in ARBITRATO – incaricando lo stesso mediatore o ALTRO soggetto, sempre nell'ambito del medesimo organismo, secondo il modello anglosassone "med/arb" e "med then arb");
- PERIZIA INDIPENDENTE (per il caso che la controversia si incentri sulla determinazione dell'an più che sul quantum): in tal modo si risolve in campo medico o professionale l'ambiguità oggi persistente tra mediazione inefficiente e necessità di adire il Giudice anche solo per avere un Accertamento Tecnico preventivo ex art.696 bis cpc.

In questo modo le parti individuano *ab initio* un percorso lineare ("road map") che consenta di NON ricorrere all'AGO, diversamente da quanto accade ora che le parti sono costrette ad entrare ed uscire da una pluralità di procedimenti NON coordinati tra loro.

2. **Mediazione sempre facoltativa CON SANZIONI per la parte chiamata che non vada** (come in Inghilterra): in tal modo si evitano tutte le questioni processuali causate dalla attuale normativa, scritta sul punto assai male.

3. **Proposta fatta dalla parte** (e non dal mediatore, se non su richiesta di tutte le parti)

4. **Previsione della prorogabilità del termine** (come nell'arbitrato).

Per armonizzare il sistema, oltre a introdurre le modifiche di cui sopra, è sufficiente prevedere:

a) che la convenzione di negoziazione assistita possa servire per regolamentare in un'unica sede e contesto tutti i vari passaggi dei procedimenti di adr che le parti intendono prevedere. Il cittadino e chi lo assiste non devono intraprendere una via crucis ma un percorso chiaro e omogeneo che consenta (nel maggior numero possibile di casi) di evitare che un altro fascicolo si aggiunga alla mole dei giudizi pendenti. Ciò consentirà, a regime, di abolire tutte quelle norme (proposta del Giudice, conciliazione obbligatoria, filtri alle impugnazioni) che sono negli ultimi anni servite solo a (tentare, invano, di) difendere i Giudici dalla inarrestabile mole di processi.

b) Che gli organismi di mediazione siano anche organismi arbitrali, prevedendo un doppio albo (quello dei mediatori / arbitri e quello dei mediatori per specializzare chi fa med/arb e chi invece med then arb).

Queste proposte costituiscono la *pars costruens* delle modifiche che appaiono necessarie per mettere a regime l'istituto della mediazione in relazione coerente ed organica con le altre ADR.